



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

PROBLEMÁTICA LEGAL GENERADA POR LA FALTA DE REGULACIÓN RESPECTO AL MANEJO DE BASES DE DATOS GENÉTICOS DE USO FORENSE

Paola Andrea Paz Karaman

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Biociencias y Derecho

Director:

Master en Propiedad Intelectual, Oscar Lizarazo Cortés

Codirector Asociado:

Médico Especialista Forense, Felipe González Mariño

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Biociencias y Derecho
Bogotá D.C.
2012

Resumen

En Colombia, el INMLCF¹ administra la base de datos genéticos con fines de investigación criminal, en ella se almacenan perfiles de ADN (datos de carácter personal) de víctimas (de desaparición forzada y familiares de los desaparecidos), de personas relacionadas con la autoría de un delito y de vestigios encontrados en el lugar de los hechos. Sin embargo el marco regulatorio actual no delimita los criterios de uso de la base de datos genéticos con fines de investigación criminal de cara a la protección de los derechos fundamentales (derecho a la intimidad). El análisis de la normatividad de los países de referencia (Argentina, España y Reino Unido) permitió identificar los criterios de uso de la base de datos de perfiles de ADN y los aspectos primordiales a incluir en una propuesta de regulación para Colombia. La caracterización de la legislación colombiana permitió establecer el estado actual de la regulación y los vacíos normativos existentes. Como resultado se obtiene la presente propuesta que contiene los parámetros normativos aplicables a Colombia, incluyendo el tratamiento especial que debe darse a cada uno de los perfiles de ADN, dependiendo de la persona que provenga ya sean víctimas, familiares, indiciados, condenados o vestigios.

Palabras clave: Base de datos genéticos con fines de investigación criminal, perfil de ADN, criterios de uso, protección de derechos fundamentales.

Abstract

In Colombia, the INMLCF (National Agency of Forensic Science and Medicine) administrates DNA databases in criminal investigation. This is used for storing the DNA data of victims (of forced disappearance and of relatives of the disappeared) as well as those responsible for committing crimes, including remains found at the scene of the crime. However, the current regulatory framework does not delimit the outlines for use of the Colombian DNA databases in criminal investigation with respect to protecting fundamental rights (the right to privacy). On the one hand, an analysis of the prevailing norms in the countries chosen as case studies (Argentina, Spain and the United Kingdom) allows criteria for the use of the DNA database, and the key aspects to be included in regulation in Colombia, to be identified; on the other hand, characterizing Colombian legislation makes it possible to establish the current state of the regulation and locate gaps in the normative procedures. This facilitates the proposal around the normative parameters applicable in Colombia, including the way in which each DNA data should be handled, depending on the person from whom it is taken both victims, relatives, suspects, condemned criminal or remains of genetic material.

Key words: DNA databases in criminal investigation, DNA data, criteria for use, protection of fundamental rights.

¹ Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

RESUMEN	2
PRINCIPALES ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1. ENFOQUE METODOLÓGICO Y MARCO REFERENCIAL	8
MANEJO DE LA BASE DE DATOS GENÉTICOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL (BDG-IC)	8
SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERFILES GENÉTICOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL	9
METODOLOGÍA	10
MARCO REFERENCIAL CONCEPTUAL	12
MARCO REFERENCIAL TEÓRICO	13
MARCO REFERENCIAL NORMATIVO	16
ELEMENTOS NORMATIVOS RELEVANTES PARA EL MANEJO DE LA BDG-IC	18
DIAGRAMA 1. ELEMENTOS NORMATIVOS SEGÚN LA PIRÁMIDE KELSENIANA, BASADO EN LA NORMATIVIDAD DE LOS PAÍSES DE REFERENCIA ...	18
DIAGRAMA 2. ELEMENTOS NORMATIVOS SEGÚN LA PIRÁMIDE KELSENIANA BASADO EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA	19
CAPÍTULO 2. BASES DE DATOS GENÉTICOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL: UNA MIRADA A TRES ESCENARIOS INTERNACIONALES	20
BIOMETRÍA Y PERFILES DE ADN COMO FUENTE DE IDENTIFICACIÓN EN LOS PROCESOS JUDICIALES	20
- Naturaleza y valoración procesal de los perfiles de ADN.....	22
- Tensión <i>prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales</i>	24
<i>Los tres países de referencia.....</i>	25
NORMATIVIDAD APLICABLE A LAS BDG-IC.....	26
ESTADOS Y LEGISLACIÓN DE LA BDG-IC	26
DIAGRAMA 3. NIVELES DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS BDG-IC EN LOS PAÍSES DE REFERENCIA – NORMATIVIDAD APLICABLE	26
DIAGRAMA 4. ETAPAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL	28
ARGENTINA	29
<i>El contexto Argentino</i>	29
- Entrada de información y procedimientos previos.....	32
- Administración de la información almacenada en la base de datos.....	33
- Salida de información y procedimientos posteriores	34
- Otros aspectos.....	34
ESPAÑA.....	35
<i>El contexto Español.....</i>	35
- Entrada de información y procedimientos previos.....	37
- Administración de la información almacenada en la base de datos.....	38
- Salida de información y procedimientos posteriores	39
- Otros aspectos.....	40
REINO UNIDO	40
<i>El contexto del Reino Unido.....</i>	40
- Entrada de información y procedimientos previos.....	43
- Administración de la información almacenada en la base de datos.....	46
- Salida de información y procedimientos posteriores	48
- Otros aspectos.....	48
<i>El caso de la Unión Europea (para Reino Unido y España).....</i>	48
CAPÍTULO 3. BASE DE DATOS GENÉTICOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL: UNA MIRADA GLOBAL A LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA	50
- Tensión <i>prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales</i>	50
<i>El contexto colombiano</i>	52
EL FENÓMENO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA	53
LA LEY 1408/2010	57
- Entrada de información y procedimientos previos.....	59
VALORACIÓN DE LA PRUEBA AL INTERIOR DEL PROCESO PENAL. EVIDENCIAS: GOTA DE SANGRE O SEMEN DEL SOSPECHOSO	63
- Administración de la información almacenada en la BDG-IC en Colombia	66

- Salida de información y procedimientos posteriores	69
- Otros aspectos: Habeas data y protección de datos personales	69
CAPÍTULO 4. PARÁMETROS NORMATIVOS APLICABLES AL MANEJO DE LA BDG-IC PARA COLOMBIA.....	72
DIAGRAMA 5 CAMPOS DE APLICACIÓN DE LA BASE DE PERFILES DE ADN EN COLOMBIA	72
PARÁMETRO: TOMA DE MUESTRA DE ADN	72
PARÁMETRO: CRITERIOS DE USO DE LA BDG-IC	73
- Ingreso.....	74
- Ingreso de perfiles de menores delincuentes.....	74
- Almacenamiento	75
- Búsqueda.....	77
- Eliminación.....	78
- Acceso y rectificación	78
- Cesión de datos	79
<i>COLABORACIÓN DEL PERSONAL QUE INTERVIENE EN EL ANÁLISIS Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA</i>	<i>80</i>
<i>BDG-IC.</i>	<i>80</i>
PARAMETRO: DESAPARICIÓN Y NIVELES NORMATIVOS	81
<i>INSTITUCIONES Y ELEMENTOS NORMATIVOS RELEVANTES PARA EL MANEJO DE BDG-IC EN EL MARCO DEL CONFLICTO COLOMBIANO</i>	<i>83</i>
DIAGRAMA 6. INSTITUCIONES Y ELEMENTOS NORMATIVOS. CONFLICTO COLOMBIANO	83
DIAGRAMA 7 PROPUESTA DE MARCO REGULATORIO PARA IDENTIFICAR VÍCTIMAS DE DESAPARICIÓN FORZADA	84
PARÁMETRO: GRUPOS DE INTERÉS	86
<i>ACUERDOS DE COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL</i>	<i>87</i>
CONCLUSIONES.....	88
ANEXO 1:	91
SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN CODIS	91
- Criterios de intervención corporal para toma de ADN. Disposiciones.....	91
- Destrucción de la evidencia.....	91
- Procedimientos de manipulación de información de arrestados y condenados	91
- Cadena de custodia	91
- Transferencia	91
CRITERIOS DE USO DE LA BDG-IC AL INTERIOR DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN CODIS.....	92
- Eliminación de información.....	92
- Ingreso de información al sistema de administración de perfiles genéticos CODIS.	92
- Validación de la Prueba	93
- Desaparecidos	93
ANEXO 2	94
CLASIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL REINO UNIDO	94
BIBLIOGRAFÍA.....	97
GLOSARIO.....	102

PRINCIPALES ABREVIATURAS

ADN	Ácido desoxirribonucleico
BDD	Base de Datos
BDG	Base de Datos Genéticos
BDG-IC	Base de Datos Genéticos de Investigación Criminal, la cual almacena muestras biológicas, perfiles de ADN y huellas dactilares. El sistema de administración de la base de datos es el CODIS
CE	Consejo de Europa
CODIS	Combined DNA Index System
DIDGH	Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos UNESCO
EAAF	Equipo Argentino de Antropología Forense
FBI	Bureau Federal de Investigación
GIAF	Grupo de Investigación de Arqueología Forense
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
INMLCF	Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses
SIRDEC	Sistema de Identificación Red de Desaparecidos y Cadáveres
LO	Ley Orgánica aplicable a la ley Española; Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre sobre protección de datos de carácter personal
NPIA	National Policing Improvement Agency
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SPOA	Sistema Penal Oral Acusatorio, Fiscalía General de la Nación
STR	Short Tandem Repeat

INTRODUCCIÓN

Este estudio es el resultado del análisis de documentos referentes al concepto de las bases de datos genéticos de investigación criminal (BDG-IC), instrumentos técnico-normativos que facilitan la utilización de este tipo de ficheros. El recorrido incluye distintas miradas que resultan ser complementarias: la regulación de los países de referencia relacionada con la administración de las BDG-IC y la garantía de los derechos fundamentales de quienes se almacena el perfil de ADN, entendido como dato genético, concepto acogido por la normativa colombiana razón por la cual se ha adoptado la abreviatura BDG-IC a lo largo de esta investigación.

A marzo de 2012, en Colombia no se han encontrado investigaciones que intenten resolver la problemática delimitada por el manejo de información de carácter personal con fines de investigación criminalística frente a la afectación de derechos fundamentales. Se realizó un estado del arte en torno a la regulación de BDG-IC, que aborda los principales aspectos jurídicos y técnicos, enmarcados en el proceso regulatorio reciente².

Algunos genetistas se han ocupado de realizar estudios respecto a la tensión género y derechos humanos³, otros a su vez han obtenido resultados definitivos en lo que a genética poblacional de Colombia⁴ se refiere.

En el orden jurídico internacional y transnacional, se cuenta con regulación referente al manejo de las BDG-IC, lo cual simplifica la realización de acuerdos de cooperación entre Estados que permitan la cesión⁵ de datos genéticos a organismos internacionales como la INTERPOL⁶ o el FBI⁷.

La implementación de un sistema que almacene perfiles de ADN de personas vinculadas a procesos judiciales, condenados, víctimas de violación sexual o de desaparición forzada y familiares de personas desaparecidas, puede constituir una etapa decisiva en la etapa de investigación o de juicio. Sin embargo es necesario considerar, de un lado, como afecta la implementación de estas BDG-IC los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la intimidad, a la integridad física, derecho a la libertad de movimientos; de otro lado, las implicaciones que tiene el almacenar y administrar perfiles de ADN, información considerada sensible, debido a que constituye un dato personal. Adicional a estas observaciones deben analizarse otros cuestionamientos.

² **Ley Estatutaria 1266/2008.** *Disposiciones generales de Habeas data.* **Ley 1408/2010.** *Homenaje a víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación.* **Ley 906 de 2004.** Código de Procedimiento Penal. Art. 244, 245, 247. Sentencia **C-334/2010** Corte Constitucional.

³ KEYEUX VON DEDINA Genoveva, *De mujeres y Genes: una aproximación desde la bioética y los derechos humanos*, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2011.

⁴ USAQUÉN MARTÍNEZ William, *Una Metodología de análisis de consistencia para el cálculo de tamaños de muestra con estudios de microsatélites*. Tesis Doctoral 2012.

⁵ Transferencia del perfil genético de un individuo a un organismo, con el objeto de alimentar una BDG-IC o de realizar el cotejo de perfiles genéticos. Siempre que se lleva a cabo la cesión de datos, debe realizarse el control de legalidad para efectos de no ir en contravía de los derechos del ciudadano.

⁶ Organización Internacional de Policía Criminal

⁷ Bureau Federal de Investigación

¿Nuestro ordenamiento constitucional permite esta intromisión en el ámbito de la privacidad? ¿La implementación de la BDG-IC para Colombia y el manejo de ésta requieren una legislación especial o basta una norma de tipo administrativa? ¿Para cuáles delitos es aplicable el perfil de ADN como prueba al interior de una investigación penal? ¿A quién se le debe tomar la muestra biológica: al vinculado a un proceso, al imputado o al condenado? ¿Cuál es el organismo que debe administrar la BDG-IC, quién puede acceder a ella y bajo qué reglas o condiciones? ¿Cuáles son los derechos fundamentales que pueden resultar afectados una vez se utiliza el perfil de ADN?

A través de este documento se pretende responder a los problemas anteriormente planteados. El capítulo 1 acerca al lector al sistema de administración de la BDG-IC, el cual contempla aspectos referentes al manejo de perfiles de ADN, utilizados posteriormente al interior de un proceso penal como prueba para demostrar la responsabilidad de una persona o para identificar a desaparecidos. Posteriormente se define el marco referencial de la investigación, la estructura del documento y la metodología utilizada.

El capítulo 2 plantea la discusión en torno a la utilización de pruebas de ADN a nivel jurídico; busca asegurar que se cumplan las garantías técnicas, procesales y de respeto a los derechos fundamentales; posteriormente presenta tres ejemplos de la normativa internacional referente al manejo de la base de datos genéticos de investigación criminal – Argentina, España y el Reino Unido - así como los organismos que la integran. Se analizan los elementos diferenciadores en cada legislación; tomando como base parámetros⁸ encontrados en la regulación en tres etapas: entrada, administración y salida de la información almacenada. La BDG-IC no se puede considerar como un componente ajeno al sistema de justicia. Por tanto debe considerarse el parámetro de toma de muestra de ADN, como el medio por el que organismos de investigación criminal y policial obtienen la prueba de ADN, respetando siempre los derechos fundamentales. El parámetro referente a usos de la BDG-IC y su interacción con los entes vinculados con el manejo (organismos policiales y judiciales, quienes desarrollan labores en conexión con los entes administradores de la BDG-IC), permite considerar responsabilidades que deben estar contenidas en la reglamentación. El parámetro “cesión de datos”, se refiere a los órganos competentes que acceden a la información, ya sea para realizar cotejos o cederla a organismos o Estados, siempre que permanezca vigente un convenio de cooperación.

El capítulo 3, analiza el régimen jurídico existente en Colombia relacionado con el manejo de la BDG-IC administrada por el INMLCF desde el año 2003. Este capítulo también estudia los parámetros examinados en el capítulo 2 (toma de la muestra de ADN, usos de la BDG-IC y cesión de datos). En el desarrollo del mismo se ponen de presente los derechos fundamentales, considerados en la legislación analizada.

En el capítulo 4 se formulan los parámetros normativos para Colombia, una vez identificadas las necesidades a nivel nacional - con base en los vacíos e inquietudes percibidos en el escenario internacional analizado -.

⁸ Definidos como: toma de la muestra de ADN, usos de la BDG-IC y cesión de datos.

CAPÍTULO 1. ENFOQUE METODOLÓGICO Y MARCO REFERENCIAL

MANEJO DE LA BASE DE DATOS GENÉTICOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL (BDG-IC)

El manejo de la base de datos genéticos de investigación criminal varía según las prioridades o necesidades identificadas en cada uno de los países de referencia y de Colombia, a lo largo del proceso de implementación de las BDG-IC. En esta investigación se analiza la regulación referente al manejo de la BDG-IC y su puesta en marcha por parte de Argentina, España y el Reino Unido, casos de estudio que sirven de antecedente para el proceso regulatorio de la BDG-IC colombiana. También se estudió la legislación referente a la protección de información personal y a la intimidad, protegidas por los derechos fundamentales, debido a que los perfiles genéticos son considerados como información personal de tipo sensible.

Para los Estados, las BDG-IC han adquirido relevancia al permitir almacenar y cotejar perfiles de ADN de personas relacionadas con la comisión de un delito, perfiles tanto de victimarios (homicidas, violadores) como de víctimas (desaparición forzada o de violación sexual entre otros delitos). La BDG-IC es administrada por un organismo del Estado, que desempeña funciones de ingreso, almacenamiento, búsqueda y eliminación de los perfiles genéticos. El ente administrador de la BDG-IC debe mantener una comunicación constante con el organismo investigador.

Uno de los fundamentos sustentados por los Estados para la existencia de las BDG-IC, es la defensa de la primacía del interés general sobre el interés particular. Los perfiles de ADN almacenados en la BDG-IC constituyen una prueba pericial en la investigación criminal contra el terrorismo a nivel mundial o transnacional, que permitan la coordinación de los sistemas judiciales para obtener resultados.

El principio del interés general sobre el particular, deriva en una visión funcional de la BDG-IC como necesidad de optimizar los resultados de la investigación criminal⁹, para el caso español. El autor presenta el escenario completo, que inicia en la toma de la muestra – si se cuenta con el consentimiento informado del sospechoso, o si es tomada de forma subrepticia -, el análisis y la utilización de la misma como parte del proceso penal. La prueba puede ser anulada por haber sido tomada sin cumplir con los requerimientos legales. Una vez obtenida la prueba, el perfil de ADN es ingresado a la BDG-IC; este ingreso debe contar con todas las garantías legales – control de legalidad por parte del juez de garantías - previendo la no afectación de derechos fundamentales.

En los países de referencia, el Reino Unido, España y Argentina, la reglamentación deja claro que si bien se requiere el consentimiento informado por parte del titular de la muestra y de los datos, también se requiere la orden judicial para la toma de la muestra. Sin embargo en España se presenta una excepción, el fiscal Moreno (2004), aclara la existencia de “excepciones de acceso, rectificación o supresión para las bases públicas”; el autor

⁹ Ver, MORENO VERDEJO Jaime. *ADN y Proceso Penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003*, de 25 de noviembre. Fiscal del Tribunal Supremo, páginas 1-41. España 2004

contextualiza las condiciones en las que se permite eludir las garantías legales al titular de las muestras.

En el Reino Unido, el manejo dado a la BDG-IC se basa en un enfoque policial, lo cual implica que en la base de datos nacional se ingresa tanto el perfil de ADN de infractores de delitos graves como el de delitos menores. Esto se refleja en el número de perfiles de ADN registrados en la *National DNA Data*, que asciende a cinco millones almacenados (datos del 2011). A diferencia de las BDG-IC de Estados como Argentina, España y Colombia, donde los perfiles almacenados son utilizados como prueba al interior de una investigación judicial de delitos graves como homicidios, violaciones u otros delitos relacionados.

SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERFILES GENÉTICOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL

El sistema (de administración de la base de datos de perfiles genéticos¹⁰) es un software que está programado para operar a nivel nacional, estatal y local; en él se almacenan perfiles genéticos. El sistema de administración está compuesto además por documentos, equipos y personal calificado, que permiten el funcionamiento de la BDG-IC.

Adicionalmente, se requiere un protocolo técnico que facilite el manejo de la base de datos, donde se especifique el momento de la toma de la muestra, una vez cumplidos los requisitos legales; posteriormente se valida la muestra, se analiza, se vincula al proceso penal, se ingresan los datos de la persona a uno de los índices de la base de datos, según su condición de víctima de desaparición forzada, familiar de una persona desaparecida, o vinculado a una investigación criminal. El protocolo (técnico) establece criterios de almacenamiento y destrucción de los datos, niveles de acceso, (en función del cargo que ocupa la persona que va a acceder).

En Estados Unidos, el sistema CODIS apoya de forma centralizada el sistema indexado nacional de ADN (*National DNA Index System*) y su articulación con el sistema a nivel nacional¹¹. De esta manera, debe considerarse el manejo del sistema, así como los usuarios para los niveles local y nacional específicamente, donde interactúan el administrador del CODIS y los peritos, a lo largo de la investigación penal, con el fiscal encargado del caso, garantizando siempre el cumplimiento del control de legalidad.

Las necesidades a nivel regional y nacional, definen los lineamientos de lo que será el marco legal. El Estado Español a partir del 2003 ha implementado las BDG-IC con intereses tanto a nivel de la Comunidad Europea como intereses propios del país, haciendo uso de la información. Entre el 2010 - 2011 se inició la implementación del sistema CODIS en este país¹², aplicación que permitirá acelerar el proceso de análisis de muestras, y a su vez

¹⁰ Combined DNA Index System, It is a software program that operates national, state, and local level databases of DNA profiles from convicted offenders and missing persons.

<http://definitions.uslegal.com/c/codis/> consultada el 26/02/2011.

¹¹ Ver en MORENO VERDEJO, *ADN y Proceso Penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003*. 2004, “Pese a que la Constitución no prevé expresamente la posibilidad de limitación de los derechos a la integridad e intimidad (arts. 15 y 18.1), a diferencia de lo sucede con los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3), ello no significa que sean derechos absolutos”.

¹² Según el plan de modernización del Sistema de Justicia (POA 2010, Plan Operativo Anual) al interior del Programa 3.2 Sistema de Información y Gestión Procesal, Actividad 3.2.5 Nuevo Secuenciador Genético

reducir el tiempo de la investigación. El CODIS se implementa posterior a la centralización de las bases de datos de perfiles de ADN, proceso establecido en la “Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN” cuyo objetivo es la “creación de una base de datos en la que de manera única, se integren los ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en los que se almacenan los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN que se hayan realizado en el marco de una investigación criminal, o en los procedimientos de identificación de cadáveres o de averiguación de personas desaparecidas”.

En Colombia el CODIS (software) fue implementado por el FBI en el marco del apoyo del Plan Colombia. Respecto a su adquisición por parte del Estado colombiano existen dos versiones; la primera versión¹³ indica que el software fue una donación realizada por el FBI a Colombia en el marco de la lucha con el narcotráfico; la segunda versión¹⁴ sostiene que el gobierno colombiano compró el software con dinero del Plan Colombia.

El CODIS, como software, tiene protocolos de carácter técnico, introductorios y para el usuario. Dentro del funcionamiento técnico del CODIS, con referencia a los manuales de procedimientos, se encuentra el *CODIS Operating Policies and Procedure Manual* (ver Anexo 1 de este documento). Por tanto es necesario comprender los alcances y limitaciones del sistema teniendo en mente diferentes aspectos relacionados con el manejo de la información al interior del proceso penal, así mismo adecuar la regulación penal colombiana respecto al manejo y valoración de perfiles de ADN, susceptibles de afectar derechos fundamentales.

Los alcances están dados por la distribución de funciones, los controles de uso de la misma BDG-IC y el estricto cumplimiento de las garantías procesales referentes a los medios y formas de obtención de la prueba. Las limitantes están dadas por el funcionamiento propio del sistema de justicia que impiden el uso adecuado de esta herramienta en función de la identificación de víctimas de desaparición forzada; otro de los inconvenientes se refleja en la negativa del INMLCF a recibir muestras de ADN obtenidas por parte del C.T.I. de la Fiscalía en el lugar del crimen, una vez que no vienen relacionadas con un presunto agresor. Esta negativa entorpece la solución de muchos de los crímenes cometidos. Este tema se amplía en el capítulo 3 referente a Colombia.

METODOLOGÍA

El objetivo de esta investigación consiste en proponer parámetros normativos aplicables a Colombia en el manejo de la BDG-IC. Inicialmente se llevó a cabo una revisión selectiva de bibliografía relacionada con el tema. Los insumos utilizados son documentos normativos elaborados por parte de Estados y por académicos, interesados en garantizar la seguridad estatal e internacional así como en mejorar los resultados estatales en el manejo de los perfiles de ADN y las BDG-IC. En especial los documentos propuestos por la Corte Europea de Derechos Humanos o por académicos, reflejan una mirada crítica referente a la posible afectación de los derechos fundamentales por el análisis de perfiles de ADN y conservación de las muestras biológicas.

¹³ Información extraída de la entrevista realizada a Magda Jiménez en el INMLCF, el día 06/04/2009.

¹⁴ Información extraída de la entrevista realizada al Dr. Ignacio Zarante, MD MSc. Instituto de Genética Universidad Javeriana, el día 30/10/2009, Bogotá

La información obtenida y analizada se encuentra en documentos de diferente naturaleza: administrativo (burocrático), técnico (manuales operativos para toma y análisis de la muestra, ingreso y manejo de datos al interior de la base de datos); y normativo (promulgadas por Estados y agencias de investigación relacionados con las BDG-IC).

Se llevó a cabo el análisis de la normativa de tres países (dos europeos y uno suramericano) referente al manejo de bases de datos de investigación criminal. Posteriormente se examinó la legislación nacional centrada en el sistema procesal penal y en la normativa relacionada con protección de la información (a nivel constitucional y estatutario). El análisis de contenido permitió conocer los intereses, las necesidades detectadas y los vacíos percibidos en los procesos vividos, en los países de referencia y de Colombia. En el proceso se identificaron tres parámetros normativos aplicables al manejo de la BDG-IC, los cuales posteriormente permitieron diseñar una ficha RAI¹⁵. Estos parámetros tienen relevancia sobre la afectación de los derechos fundamentales de los titulares de la perfiles de ADN o vestigios hallados en la escena del crimen, una vez que son almacenados en la BDG-IC e inmediatamente sometidos a los criterios de uso de dicha base.

Los tres parámetros normativos identificados para el uso de la BDG-IC son:

1. TOMA DE LA MUESTRA DE ADN
 - Auto de control de legalidad (emitido por el juez de garantías)
2. CRITERIOS DE USO DE LA BDG-IC
 - Ingreso
 - Almacenamiento
 - Búsquedas
 - Eliminación
 - Acceso y rectificación por parte del titular de los datos
3. CESIÓN DE DATOS

Otro aspecto importante es la rigurosidad hermenéutica al momento de interpretar la normatividad pertinente. En el ámbito jurídico en general se ha establecido que los textos legales no tienen un significado unívoco, esto implica que puedan hacerse diversas interpretaciones en función del método al que se acude. Tomando la estructura normativa compuesta, se realiza un modelo piramidal de Kelsen, permite la comparación entre legislaciones, siempre y cuando los principios o conceptos sean los mismos en las normas a analizar¹⁶.

Finalmente, la utilización de técnicas etnográficas como la entrevista no estructurada, permitió observar aspectos desde la perspectiva del perito o del académico, que a veces el investigador no logra vislumbrar. Fue vital para el desarrollo de esta investigación conocer la forma en que opera la BDG-IC, los procedimientos utilizados en el manejo de datos genéticos por parte de autoridades de investigación.

¹⁵ RAI: Recolección de Argumentos Investigativos

¹⁶ RUBIO CORREA, M. *El Sistema Jurídico (introducción al Derecho)*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 269.

MARCO REFERENCIAL CONCEPTUAL

A continuación se presentan algunos conceptos que serán ampliamente utilizados a lo largo de esta investigación.

Biometría, puede definirse como el conjunto de técnicas y procedimientos automatizados de identificación y verificación individual de las personas por medio de sus características biológicas. Estas características son inherentes a cada persona, son intransferibles y no son susceptibles de cesión.

Perfil de ADN o perfil genético

El perfil genético es único y permanente para cada persona. La caracterización genética de un individuo proviene del análisis de su ADN. Los miembros de una misma familia consanguínea comparten secciones de perfil genético, por tanto representa una herramienta confiable para la identificación de una persona¹⁷.

Base de datos genéticos de investigación criminal (BDG-IC)

Se define como una base de datos, que tiene como “objeto exclusivo obtener y almacenar información genética asociada a una muestra biológica, para facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación criminal, particularmente en lo relativo a la individualización de las personas responsables sobre la base de la identificación de un perfil genético del componente de ADN no codificante”... “donde la base de datos se constituirá sobre la base de perfiles genéticos determinados por el análisis de ADN (ácido desoxirribonucleico) y obtenidos en el curso de la instrucción de un proceso criminal y que aporten sólo información identificatoria (...)”¹⁸.

Banco de perfiles genéticos de personas desaparecidas

Es una base de datos que contiene los perfiles genéticos obtenidos a partir de las muestras biológicas recuperadas de los restos humanos de las personas desaparecidas y de los familiares cercanos biológicamente a las víctimas, los cuales han sido codificados de tal manera que permiten conservar confidencialidad y fácil trazabilidad (concepto extraído del art. 2 Ley 1408/2010).

VNTR's¹⁹, STR's,²⁰

En el campo de la genética se desarrollaron herramientas de identificación personal, los VNTR's, los cuales se dividen en microsátélites y minisátélites. Los primeros también denominados STR's, juntos fueron utilizados en estudios genéticos de comunidades, poblacionales y en pruebas de filiación e identificación. A nivel mundial se utilizan los STR's o microsátélites, a esta técnica van unidos los estudios del ADN mitocondrial y los haplotipos del cromosoma Y. En 1985 Alec Jeffreys implementó la utilización de los minisátélites con el objetivo de que se convirtiera en herramienta de identificación humana. Se desarrolló un sistema de análisis de unidades de repetición del ADN dispersas en todos los cromosomas y

¹⁷ Concepto extraído del art. 2 Ley 1408/2010 “por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación.”.

¹⁸ Dictamen DNPDP n° 151/05 Buenos Aires, 21/06/05. Dirección Nacional de Datos Personales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina.

¹⁹ Variable number tandem repeats

²⁰ Short Tandem Repeat

de herencia estable a lo largo de varias generaciones²¹. Desde ese momento se adoptó el término de huella genética. Posteriormente se comprobó su utilidad en casos de filiación y de violación, entrando estas herramientas a ser usadas como pruebas en los procesos civiles, penales o de identificación forense ofreciendo mayor certeza frente a otras evidencias tradicionales.

Derechos fundamentales o derechos humanos, son los derechos o atributos de toda persona, inherentes a su dignidad. El Estado está en el deber de respetar, garantizar y satisfacer.

MARCO REFERENCIAL TEÓRICO

En el manejo de la base de perfiles de ADN con fines de investigación criminal se presentan múltiples tensiones, sin embargo a lo largo de la investigación se destaca y se desarrolla una en particular. Así las cosas, se contraponen la defensa del orden y la prevención de delitos frente a la salvaguarda de derechos fundamentales (*prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales*). Los alcances de esta tensión se enmarcan en la posible afectación de derechos fundamentales de las personas causada por el uso y/o cotejo de perfiles de ADN almacenados en la base de datos.

Esta tensión puede apreciarse en el *Asunto S. y Marper vs. el Reino Unido*²², el cual tiene origen en las demandas n° 30562/04 y 30566/04 interpuestas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de derechos humanos y libertades fundamentales de 1950. Sobre el caso enunciado me referiré en el capítulo segundo de este documento, sin embargo su ilustración adquiere importancia una vez que muestra el alcance de la tensión *prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales*.

El Estado argumenta entonces la necesidad de almacenar en una base de datos perfiles de ADN y huellas dactilares provenientes de una persona implicada en un delito, a quien previamente se le ha tomado una muestra biológica. En la base de datos se almacenarán el perfil de ADN y las huellas dactilares, a la vez que la muestra biológica será conservada. Este es el escenario en el que se materializa la tensión: el Estado persigue dos propósitos complementarios; los datos almacenados le permitirán a futuro detectar y por ende prevenir las infracciones penales. Por su parte la muestra biológica inicialmente tomada es la prueba que vincula a una persona con la comisión de un delito (interés particular), a su vez, conservar la muestra facilitará la identificación de delincuentes a futuro – indefinido- (interés general). El Estado se apoya en el principio de precaución, para justificar la conservación de muestras, datos derivados y huellas, información que le permitirá si bien no prevenir la comisión de delitos a futuro, sí posibilita la identificación de posibles sospechosos o reincidentes. Por su parte el Consejo de Europa, argumenta que la conservación de datos posibilita la prevención de las infracciones penales²³.

²¹ Jeffreys A.J. *Genetic finger printing*. *Nat. Med.* **11**, October 2005, (10): 1035–9

²² CONSEJO DE EUROPA, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del Asunto S y Marper contra Reino Unido, del 4 de diciembre/2008. Pág.33.

²³ Ver, CONSEIL DE L'EUROPE (Ed.), *Ethique et génétique humaine*, Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994, art. 9 Convención del Consejo de Europa para la protección de las personas respecto al tratamiento de datos de carácter personal, 1981.

A este nivel, es necesario tener claridades en torno al régimen de propiedad intelectual que protege los datos almacenados. El propietario del perfil de ADN es el titular de la muestra biológica de la cual se derivaron los datos. El INMLCF como administrador de la BDG-IC es el curador de las muestras biológicas y de los perfiles de ADN, en ningún caso puede considerarse como propietario. Por su parte el Estado colombiano es el propietario de la BDG-IC (fichero).

El régimen de propiedad intelectual actual ofrece una protección a dos niveles; por un lado, el fichero como acto intelectual que goza de cierta originalidad, está protegido por el derecho de autor, ya que representa un patrimonio, que debe ser reconocido por el derecho. Por su calidad de patrimonio será protegido contra cualquier tipo de afectación²⁴. Para estos efectos se protege, el acto de la recolección y organización de los datos y se protege contra toda reproducción de toda o parte de la base de datos. Adicionalmente se crea una protección *sui generis*, otorgando al fabricante de la base de datos una facultad para “prohibir la extracción o reutilización de la totalidad o de una parte substancial, evaluada de forma cualitativa o cuantitativa (...)”²⁵. Dicha protección está consagrada en la Directiva 96/9/CE del 11 de marzo de 1996.

Por su parte, los sistemas jurídicos ofrecen propuestas divergentes en torno al manejo de los ficheros de perfiles de ADN.

Así, en España surgen motivaciones centradas en torno a la utilización de análisis de muestras y de perfiles de ADN como medio de prueba en el proceso penal. La normativa requería cubrir aspectos referentes a la recogida de huellas o vestigios biológicos, obtención de muestras biológicas de sospechosos, finalmente se creó la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN²⁶.

Las motivaciones de la normatividad española se centran en mejorar los resultados del sistema de justicia en sus aspectos judiciales, sin olvidar los técnicos. Dicha situación se convierte en insumo como parte de la elaboración de la propuesta normativa para Colombia. Respecto a la valoración de la prueba en España, Moreno sostiene lo siguiente:

“Por contra, en otras ocasiones, afortunadamente menos, se han despreciado cuestiones que sí tienen relevancia constitucional. Al trazar los límites constitucionales de tal prueba se ha incurrido en excesos y en defectos. La ausencia de una legislación que contemplara específicamente los problemas – imprevisibles hace escasos años – derivados de la práctica de estas pruebas, hizo que la solución dependiera en cada caso, de los órganos jurisdiccionales, con respuestas disimiles. Igualmente, cuando el problema –no sólo de este tipo de pruebas biológicas sino de todo tipo de intervenciones corporales– ha sido suscitado en el Tribunal Supremo o en sede constitucional no puede decirse que se hayan obtenido

²⁴ Ver, Bancos de datos y derechos de autor, Actos del Coloquio organizado por el IRPI y la Universidad de Paris, Dauphine, 27 de noviembre de 1986, Librairies Techniques, 1987; Lucas, A., Le droit de l’informatique, collection Themis Droit, PUF, 1987, p.255 y ss; Mallet-Poujol, N., La commercialization des banque des données, CNRS Editions, 1993, p. 566 y ss.

²⁵ Ver, Art. 7 de la Directiva 96/9/CE del 11 de marzo de 1996.

²⁶ Ver, ROMEO CASABONA C.M., *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*, 1a ed.- Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 467 y s.

siempre unas pautas uniformes y seguras (...) ²⁷”.

El aparte anterior permite dimensionar los inconvenientes presentados en España antes de la promulgación de las leyes orgánicas LO 15/2003 y LO 10/2007, una vez que el fiscal de conocimiento decidiera entrar a valorar la prueba aunque no se hubiera llevado a cabo el control de legalidad por parte del Juez de Garantías.

El sistema de administración de la BDG-IC requiere para su manejo, una regulación que especifique cómo se obtienen los datos, quién los administra, cómo procede la certificación de los laboratorios que realizan el análisis, quién tiene acceso a los datos, qué criterios se deben considerar al cruzar los datos al interior de la misma BDG-IC o con otras bases de datos, cuáles deben ser las condiciones de almacenamiento de datos. Todo lo anterior, pensando en los derechos del titular de la información genética.

Para cada componente a considerar dentro de las BDG-IC, existen diferentes combinaciones de desarrollos y avances dependiendo de las condiciones nacionales o regionales donde se desarrolló la legislación, así como los manuales técnicos, el software y toda la estructura legal y administrativa en la que se basa el sistema de administración de las BDG-IC.

Parte del territorio del Reino Unido, se especializa en la administración de la BDG-IC, teniendo en cuenta la fortaleza estructural de sus instituciones. Los organismos que se encargan de la gestión responden a cargos específicos permitiendo optimizar la actividad pública, privada y mixta (como la subcontratación de laboratorios para el análisis de muestras), permitiendo la flexibilización que lleva no sólo a una mejora de resultados en términos de objetivos concretos sino que articula el campo científico permitiendo reducir los costos y las responsabilidades sobre el manejo de las bases.

En todo el territorio del Reino Unido rige una legislación referente a la recolección y manejo de tejido humano y los datos derivados [*Human Tissues Act 2004*]; por su parte, en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte aplica la [*Crime and Security Act 2010*], regulación referente a la recolección y administración de muestras, huellas y datos genéticos, información necesaria al interior de una investigación judicial. En la normativa del Reino Unido se aprecia toda una gama de posibilidades respecto a la toma de muestras íntimas y no íntimas, situaciones en que pueden ser solicitadas y procedimientos posteriores; de esta forma se aprecia una legislación blindada previendo posibles demandas posteriores – ver *Asunto S. y Marper vs. Reino Unido* -. Generalmente se cuenta con el consentimiento informado de la persona, respecto al almacenamiento de muestras biológicas, perfiles, huellas, o para el requerimiento de posteriores toma de muestras.

En Reino Unido, la Agencia Nacional de Mejoramiento Policial [*National Policing Improvement Agency NPIA*]²⁸, es el organismo encargado de la optimización de los servicios que presta el Reino Unido a partir de una plataforma tecnológica. Existen dos motivaciones

²⁷ MORENO VERDEJO, Jaime. *ADN y Proceso Penal: Análisis de la Reforma Operada por la Ley Orgánica 15/2003*, de 25 de Noviembre. pág. 1-41 <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL33.pdf> (02 de enero de 2007)

²⁸ “La Agencia Nacional de Mejora Policial. "El NPIA proporciona servicios críticos de primera línea nacional brindando apoyo a la policía, permitiendo ahorrar dinero, operar de forma más eficiente y permitiendo vivir en una sociedad más segura”. Fuente <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmpubadm/537/537we05.htm> consultada el 28/04/2012, 11:45am.

para el desarrollo de estas bases y su implementación: por un lado la económica (costos-efectividad), por otro lado, es un tema que repercute en la seguridad nacional.

Por su parte en Colombia, existe un comité interinstitucional de ADN que se encarga de resolver los problemas que surgen a causa del manejo de los perfiles de ADN, entre otros; si bien se resuelven los conflictos a nivel técnico, quedan pendientes las discusiones ético-jurídicas que surgen de fondo (derechos fundamentales potencialmente afectados).

A diferencia del Reino Unido, Argentina y España han implementado la normatividad específica en función del manejo de la BDG-IC y sus implicaciones a nivel de derechos, lo cual permite conocer a fondo las necesidades normativas para garantizar el correcto funcionamiento de estas.

El manejo de la BDG para desaparecidos en el marco del conflicto interno colombiano, es la razón para haber abordado los casos de España y Argentina como parte de esta investigación. Resulta de interés para Colombia analizar los procesos vividos en cada país, la intervención de la sociedad, de los familiares de los desaparecidos, así como la respuesta del Estado en relación con los alcances de cada proceso. En España y Argentina, la información contenida en la BDG-IC se está utilizando para resolver casos de desaparición forzada ocurridos en las dictaduras de Videla y Franco. En Colombia, antes de la promulgación de la Ley 975/2005 de Justicia y Paz, los fiscales de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario llevaban a cabo la mayoría de investigaciones por desaparición forzada, lo cual implica que los laboratorios del Estado ya hacían identificación de restos humanos antes del 2005. Teniendo en cuenta que la identificación de víctimas hace parte de un tipo de reparación no remunerada, es preciso reconocer que este proceso se realiza desde el 2005 de manera continua a la fecha por parte del Estado. Con la Ley 1408/2010 (octubre) se inició el proceso de reparación integral de las víctimas de desaparición forzada. En Argentina, la intervención del movimiento Madres de Mayo ha sido definitiva para juzgar a los responsables de la causa Videla y determinar la responsabilidad en la desaparición de personas y “robo” de niños en tiempo de la dictadura.

La implementación de una normativa para el manejo de bases de datos genéticos de investigación criminal se basa en diferentes motivaciones, entre otras la situación nacional de conflicto, estadísticas de los delitos, reincidencia, costos y efectividad de los análisis y la implementación y mantenimiento de la tecnología relacionada con el análisis de las pruebas recolectadas.

MARCO REFERENCIAL NORMATIVO

La regulación de BDG-IC se nutre de las ramas del derecho, entre ellas el derecho Constitucional, derechos humanos, derecho penal, derecho probatorio, derecho procesal y el derecho internacional principalmente.

En España, Argentina y Reino Unido la normatividad existente regula los asuntos que involucran la BDG-IC (obtención de pruebas, protección y manejo de información), a la vez que existen normas específicas que reglamentan el manejo de las BDG-IC. La identificación de una nueva herramienta que se interrelaciona con los niveles científico, tecnológico, de derechos humanos, derechos constitucionales, la protección de datos y la regulación propia

de cada Estado o comunidad de países, para el caso europeo. Siendo este el paso inicial para identificar la experiencia internacional relevante y sus vacíos, con el fin de desarrollar en Colombia una legislación integral que tenga en cuenta la experiencia internacional (aciertos y errores relacionados con el manejo de perfiles de ADN).

Una vez identificados los parámetros que servirán de insumo para la elaboración de la ley sobre el manejo de las BDG-IC, se requiere articular las condiciones específicas al desarrollo normativo de nivel nacional de estas bases con la experiencia internacional, desde los aspectos técnicos, administrativos y normativos.

En Argentina y España existen garantías de los derechos individuales constitucionales, y la regulación específica para las BDG-IC. En Argentina, España, y el Reino Unido hay un respaldo por parte de los Ministerios, brindando autonomía a las instituciones que administran las BDG-IC.

La regulación colombiana referente al tema, incluye aspectos relacionados con almacenamiento, cotejo e identificación y entrega de restos de personas desaparecidas (Ley 1408/2010); procedimiento para la toma de la muestra al indiciado (art. 245 del C.P.P.), ingreso, cotejo de perfiles al interior de la BDG-IC (art. 244 del C.P.P.). Sin embargo la legislación penal carece de reglamentación referente a la protección de los datos genéticos de las víctimas de violación, indiciados o sospechosos, habiéndolo previsto para la información genética de personas desaparecidas y familiares de los desaparecidos (nral. 2° artículo 6° Ley 1408/2010). Por dar otro ejemplo, la legislación referente a protección de información almacenada en bases de datos (Ley estatutaria 1266/2008²⁹) no incluye explícitamente el manejo de datos genéticos. Mientras en Colombia la Sentencia C-334/10 emitida por la Corte Constitucional, suple los vacíos normativos relacionados con protección de información y manejo de datos, cumpliendo la función de “guarda de la integridad de la Constitución” en los términos del artículo 241 de la Constitución Nacional.

En Argentina (2010), se creó el Registro Nacional de Bases de Datos, como “...el medio que la ley le otorga para administrar los registros, archivos, bases o bancos de datos que almacenan datos personales. El acceso para consultas al registro es público y gratuito”. Este registro nacional fue creado dando cumplimiento a la Ley 25.326, art 1° y 23 inciso 1, y se encuentra adscrito a la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales. Este organismo está por encima de cualquier entidad especializada en manejo de bases de datos específicas, tanto del sector público como del privado. De esta manera se garantiza la protección y el manejo técnico-legal de la información.

En España, la iniciativa de la LO 15/2003 fue acertada aunque un poco tardía en relación con el resto de normativas de los Estados de la Comunidad Europea; lo importante es que otorga protección legal a un referente que requería regulación a nivel procesal y técnico³⁰.

Lo anterior implica que el derecho como reflejo de las necesidades prácticas para regular

²⁹ “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”.

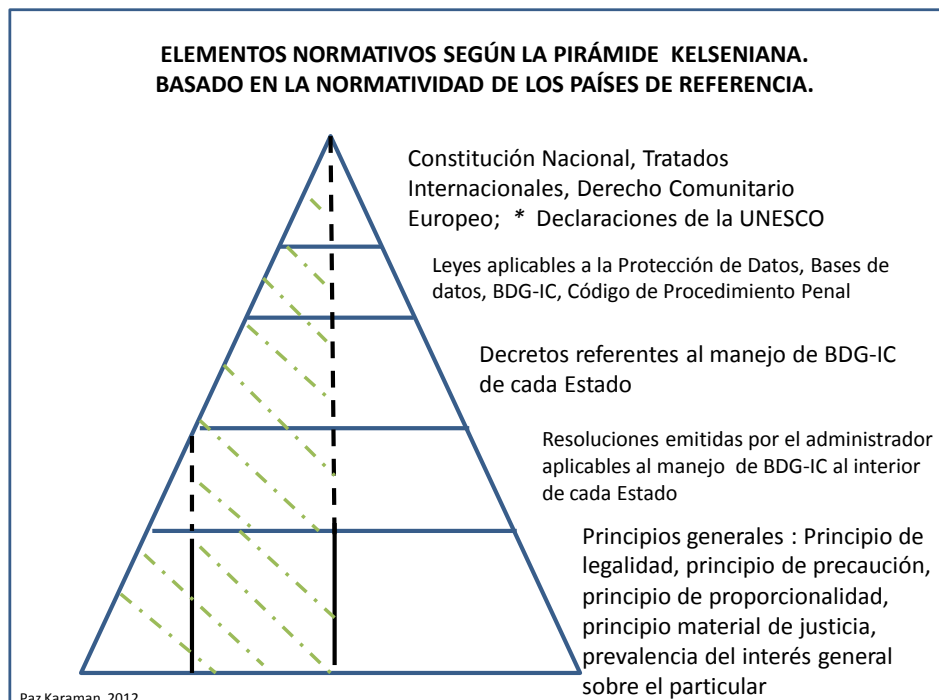
³⁰ Ver, ROMEO CASABONA C.M., *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*, 1a ed.- Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 484.

temas sensibles, no puede prever la totalidad de situaciones jurídicas a reglamentar debido al carácter cambiante de la sociedad. Por esto la normatividad debe adecuarse a los procesos sociales; para el caso concreto la implementación de las BDG-IC como herramienta del sistema judicial, debe acompañarse de un proceso de regulación que garantice por un lado, el adecuado manejo de las bases de datos y, de otra parte, los derechos de los individuos y la sociedad en su conjunto.

ELEMENTOS NORMATIVOS RELEVANTES PARA EL MANEJO DE LA BDG-IC

La mayor parte de Estados europeos y algunos países de América Latina han implementado bases de datos de perfiles de ADN, creando la necesidad de desarrollar regulaciones de tipo normativo y técnico, que faciliten la administración de estas BDD. En ellas reposa información personal de ciudadanos, quienes gozan de la titularidad de su perfil genético, lo cual los hace acreedores del derecho a conocer el tratamiento que se dará a sus datos personales. El Diagrama 1 contiene la regulación relevante para el manejo de BDG-IC, en los países de referencia Argentina, España y el Reino Unido. Es necesario destacar que en estas naciones, existe conciencia respecto a la necesidad de regular el manejo de las BDG-IC desde distintos rangos jerárquicos, partiendo desde la inclusión de derechos fundamentales y acciones referentes a la protección de los datos individuales y el derecho a la intimidad en la Constitución Nacional. Por otro lado se han promulgado leyes referentes a la protección de datos (incluye información sensible). Por último en la normatividad presentada en el diagrama se encuentran las resoluciones emitidas por el ente administrador de la BDG-IC o de los organismos que están relacionados con el tema.

Diagrama 1. Elementos normativos según la pirámide Kelseniana, basado en la normatividad de los países de referencia

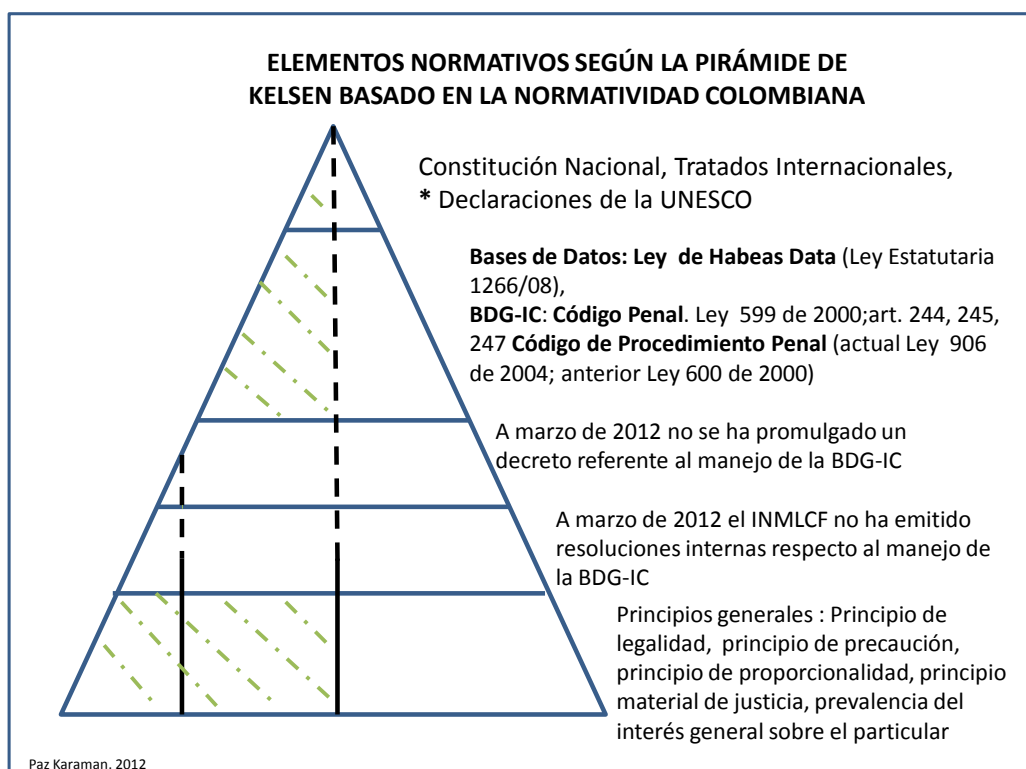


Por su parte, el Diagrama 2 permite apreciar la limitada normatividad existente en Colombia

respecto al manejo de la base de datos de perfiles de ADN. A nivel constitucional está prevista la protección de datos personales fundamentado en el derecho a la intimidad (art.15), en el siguiente nivel se encuentra, por ejemplo la Ley estatutaria 1266/2008 referente a la protección de datos y al manejo de bases de datos. Se incluye la norma relativa al procedimiento penal (Ley 906/2004), aplicable al manejo de datos genéticos almacenados en BDG-IC, utilizada en investigaciones judiciales. A partir de ahí, se evidencia una limitación normativa vinculada con la protección de datos genéticos almacenados.

Respecto a las Declaraciones de la UNESCO, consideradas *soft law* aunque estos documentos no son vinculantes para los Estados, sin embargo permiten impulsar la creación de la regulación en torno al tema desarrollado.

Diagrama 2. Elementos normativos según la pirámide Kelseniana basado en la normatividad colombiana



CAPÍTULO 2. BASES DE DATOS GENÉTICOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL: UNA MIRADA A TRES ESCENARIOS INTERNACIONALES

El siguiente capítulo plantea la discusión en torno a la utilización de pruebas de ADN a nivel jurídico; con esto se pretende proponer alternativas regulatorias para asegurar el cumplimiento de las garantías técnicas, procesales y de respeto a los derechos humanos. Además presenta el estado actual de la legislación referente al manejo de la BDG-IC de tres Estados: Argentina, España y Reino Unido, así como de los organismos que la integran, enfatizando en los elementos diferenciadores de cada legislación; de igual forma desarrollan los contrastes existentes respecto a la regulación colombiana, analizada en el capítulo 3. Los tres países de referencia, son aquellos que cumplen condiciones comparables al caso colombiano (España y Argentina), o que han reglamentado el manejo de la BDG-IC al punto de obtener una administración eficaz (Reino Unido).

BIOMETRÍA Y PERFILES DE ADN COMO FUENTE DE IDENTIFICACIÓN EN LOS PROCESOS JUDICIALES

Gracias a técnicas biométricas – como la huella dactilar, el iris del ojo, el reconocimiento facial, el ADN - que permiten llevar a cabo mediciones corporales físicas se logra la identificación de una persona o de restos humanos. Así, en las investigaciones criminales se utiliza con frecuencia el perfil de ADN de un indiciado como parte de las pruebas que permitan argumentar la autoría de un hecho punible.

La biometría puede definirse como el conjunto de técnicas y procedimientos automatizados de identificación y verificación individual de las personas por medio de sus características biológicas³¹. Estas características son inherentes a cada persona, son intransferibles y no son susceptibles de cesión.

El uso de las técnicas biométricas – algunas mencionadas previamente - suscita discusiones éticas y jurídicas. Se argumenta que requiere una intervención excesiva en la vida privada y la intimidad de las personas; debido a que la información es almacenada mediante códigos despersonalizados de identificación se habla del riesgo de la deshumanización de las personas. Algunas técnicas como el reconocimiento facial o el iris del ojo permiten ejercer un control e incluso una restricción del movimiento³².

Los datos deducidos del uso de técnicas biométricas son considerados por las normativas analizadas en este capítulo como datos personales. Por su parte, en lo que tiene que ver con derecho comunitario europeo, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre de 1995, referente a la protección de personas físicas, el tratamiento de sus datos personales y la libre circulación de estos datos; la Directiva define el concepto de *datos personales* como:

“Toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda identificarse, directa o indirectamente, en

³¹ V. ROMEO CASABONA C.M., *Genética, biotecnología y ciencias penales* – 1a ed.- Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 430. Ver también, YESIL, *Biometrics*, en Mitcham (Ed. in chief), “Encyclopedia of Science and Technology Ethics, Vol. 4, Thomson – Gale, Farmington, 2005, p. 211.

³² YESIL, *Biometrics*, p.212.

particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social” (art. 2, a).

Sin duda en los Estados que conforman el Consejo de Europa, se consideran datos de carácter personal los característicos de la identidad física y fisiológica.

A su vez la ley 25.326 de Argentina define datos sensibles como:

“Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”³³.

La ley Argentina diferencia entre *datos personales* y *datos sensibles*, este último concepto se asemeja al sentido otorgado a *datos personales* en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

De acuerdo a lo anterior, debe analizarse si los datos biométricos son considerados como datos de carácter personal, cuáles son los derechos fundamentales que pueden resultar afectados una vez son utilizados. Entretanto se puede afirmar que los derechos fundamentales susceptibles de afectación son el derecho a la protección de datos de carácter personal y a la intimidad; la libertad física o de movimientos; el derecho a la integridad personal; el derecho a no declarar contra sí mismo; derechos que serán analizados más adelante.

Sin duda este es un debate necesario en Colombia, para el cual debe contarse con representantes de las distintas Ramas, la Corte Constitucional, una comisión interdisciplinar de profesionales y de la sociedad civil, entre otros interesados.

En el proceso penal el análisis de ADN “constituye una técnica pericial científica que tiene por finalidad obtener un indicio para identificar y/o reconocer a una persona como autora de un delito en la fase de instrucción y asegurar determinadas fuentes de prueba para convencer al Tribunal sentenciador, mediante el informe pericial prestado en el juicio oral, de tal autoría o de la inocencia”³⁴.

Los análisis de identificación de muestras de ADN no codificante son bastante precisos gracias al polimorfismo del ADN y a una técnica replicante del ADN de la muestra analizada. El hecho de que la muestra sea escasa o los restos humanos muy antiguos no altera el proceso³⁵, así que pueden llevarse a cabo cuantos análisis sean necesarios gracias a la reacción en cadena de la polimerasa.

Pese a los grandes avances y facilidades que permite la utilización de estas técnicas en relación con las pruebas biológicas, se presentan algunos problemas jurídicos, entre ellos la

³³ Ver Dictamen DNPDP N° 151/05 Dirección Nacional de Datos Personales, 21/06/05, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina.

³⁴ LÓPEZ FRAGOSO, *Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal*, en Romeo Casabona (Dir.) *Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 141.

³⁵ Ver, LORENTE ACOSTA José A., Lorente Acosta Miguel, *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Ed. Comares, Granada, 1995, p.3 y ss.

valoración procesal de las pruebas de ADN y la posible afectación de los derechos fundamentales del titular del perfil de ADN. Es justamente en este punto donde se ve reflejada la tensión *prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales*. El objetivo es garantizar los presupuestos técnicos, procesales y la salvaguarda de los derechos fundamentales³⁶ que puedan resultar afectados.

La fiabilidad de los perfiles de ADN conlleva a múltiples debates en foros internacionales, actualmente sólo los laboratorios acreditados son competentes para analizar las pruebas de ADN³⁷. Cada procedimiento, desde la toma de la muestra biológica (ya sea del imputado, de la víctima, de un familiar o vestigio) hasta la entrega del resultado por parte del perito debe estar soportado en un protocolo.

Otro de los temas relevantes, es la unificación de procedimientos para el análisis de muestras biológicas. El Grupo Europeo sobre perfiles de ADN (EDNAP) y la Sociedad Internacional de Homogenética Forense (ISFH) se han propuesto materializar este objetivo mediante la difusión de recomendaciones oportunas³⁸. Al respecto CODIS diseñó un manual titulado *CODIS Operating policies and procedures manual*, 2010, el cual unifica los criterios de intervención corporal, manipulación de las muestras, cadena de custodia y define los criterios de uso del sistema CODIS³⁹.

Inicialmente dichas problemáticas serán analizadas a nivel general, posteriormente se analizará cómo las afronta cada uno de los países de referencia - a través de su normativa -.

- **Naturaleza y valoración procesal de los perfiles de ADN**

Actos de investigación y actos de prueba

Es necesario destacar el carácter especial de los análisis de identificación de ADN, los cuales utilizan muestras biológicas humanas que deben ser procesadas en el laboratorio, para luego obtener el perfil de ADN. Este será tomado como prueba pericial (fuente de prueba) al interior del proceso penal. Realizadas estas claridades, se debe distinguir entre actos de prueba y actos de investigación⁴⁰.

Los actos de investigación conducen al descubrimiento y a la comprobación de hechos, que sirven de apoyo tanto para el ente acusador como para la defensa.

Por su parte, los actos de prueba buscan convencer al juez sobre la veracidad de los hechos

³⁶ PARDO GARCÍA, “*Person identification by mean of genetic testing and it’s legal implications*”, en *the Legal and Ethical Aspects related to the Project of the Human Genome* (Pullman and Romeo Casabona, Eds.), Pontificia Academia Scientiarum, Fundación BBV, Città del Vaticano, Bilbao, 1995, p. 58.

³⁷ Ver, Consejo de Europa, Recomendación N°R (92)1, punto 6: “el análisis de ADN es una técnica avanzada que únicamente debe ser realizada por laboratorios que posean las instalaciones y experiencia apropiadas”.

³⁸ Ver Grupo español de ISFH, *Utilización de material genético en criminalística y pruebas de paternidad: aspectos éticos, técnicos y legales*, Pharmagen, Madrid, 1993, p.75 y s (citado por ROMEO CASABONA C.M., *Genética, biotecnología y ciencias penales*, p. 440).

³⁹ Ver Anexo 1 de este documento: Sistema de Administración CODIS, p. 91-93.

⁴⁰ Al respecto ver, LOPEZ FRAGOSO, *Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN*, en “DS”, vol.3, núm2, 1995, 201 y s. /citado por ROMEO CASABONA C.M., *Genética, biotecnología y ciencias penales*, p. 442-443.

argumentados por las partes; cuando el ente acusador aporta esta prueba procura controvertir la presunción de inocencia. Los actos de prueba se deben dar a conocer en el juicio oral, facilitando el principio de contradicción. En el caso específico de las pruebas periciales de ADN, son tenidas como pruebas de excepción, llamadas pruebas anticipadas o preconstituidas⁴¹, una vez que debe incorporarse la pericia en un documento a razón de que se dificulta analizar la muestra a lo largo del acto procesal. Esto no afecta que los peritos deban comparecer en el juicio oral para corroborar lo demostrado en su pericia, garantizando, por un lado, la controversia de las partes de acuerdo a sus intereses en el proceso (impugnando el contenido del dictamen pericial o proponiendo una contrapericia aduciendo puntos débiles), apelando al principio de contradicción; por otro lado permite que la responsabilidad del fallo no recaiga exclusivamente en el dictamen emitido por el perito.

Valoración del perfil de ADN: ¿prueba tasada o de libre apreciación?

En el momento de valorar esta prueba el juez no debe aceptar el dictamen pericial de forma automática; debe evaluar que en el análisis se realice un cálculo de probabilidad de los resultados obtenidos en relación con el sospechoso y los grupos de población de su entorno. Para estos efectos debe contarse con estudios genéticos poblacionales de referencia bastante rigurosos, lo cual hace aún más relativo el significado numérico del resultado. Cabe retomar entonces la importancia de la manipulación de muestras, mencionada anteriormente, en especial por el riesgo latente de contaminación, deterioro o confusión a que está expuesta.

Así, el juez de conocimiento debe estimar el conjunto de pruebas practicadas (testimonios, indicios, pruebas distintas a la pericial) relevantes para el caso, que sin duda permiten modificar la valoración final de la prueba⁴². De acuerdo a la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo (Sala 2ª) expresó respecto al “porcentaje de probabilidad de encontrar al azar otro individuo en la población que presente el mismo perfil de ADN (...) es aproximadamente del 0,0005%”, de esta forma deben valorarse tanto pruebas determinantes como las pruebas de probabilidad “pues aunque no tengan el mismo carácter absoluto, mediante la adición de otras pruebas coadyuvantes pueden compensar su valor probatorio y excluir completamente las dudas de los jueces”⁴³. La conclusión expresada por el Tribunal Supremo español debe ser considerada por el legislador colombiano una vez regule sobre el tema.

De este modo, en los sistemas jurídicos que se rigen por el principio de la libre valoración de la prueba por parte del juez, lo mencionado hasta el momento cobra importancia, permitiendo reconsiderar el peso que ha de tener el perfil de ADN como medio de prueba en el proceso penal⁴⁴.

⁴¹ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional español, 217/1989, de 21 de diciembre, y 127/90, de 5 de julio; LÓPEZ FRAGOSO, *Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal*, p.141 y 143 (citado por ROMEO CASABONA C.M., *Genética, biotecnología y ciencias penales*, p. 442).

⁴² Así lo afirman CARRACEDO/BARROS, *El cálculo de la probabilidad en la prueba biológica de la paternidad*, 1995, p. 193 y s /citado por ROMEO CASABONA C.M., *Genética, biotecnología y ciencias penales*, p.444.

⁴³ Ver jurisprudencia española, Sentencia de 24 de febrero de 1995 (Rep. “AP”, n°345, 1995) /citado por ROMEO CASABONA C.M., *Genética, biotecnología y ciencias penales*, p.445.

⁴⁴ Criterio asumido por ROMEO CASABONA C.M. en *Genética, biotecnología y ciencias penales*, p. 446.

- **Tensión prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales**

Es tiempo de retomar la discusión referente a la tensión *prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales*, definida en el marco teórico como una de las líneas troncales de este trabajo, donde se ven involucrados los derechos fundamentales del imputado. Los derechos fundamentales susceptibles de afectación como consecuencia de los análisis de ADN serán materia de estudio en el capítulo 3, en el aparte Tensión prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales, se estudia el tratamiento dado por la Corte Constitucional de Colombia.

Esta tensión se materializa al interior de un proceso penal, donde se busca establecer la participación o autoría de la persona imputada por un delito. De ahí que las pruebas valoradas en el proceso, por constituir un elemento definitivo deben ser practicadas en el marco del respeto de los derechos fundamentales del procesado, de acuerdo a lo estipulado por la ley. Derechos como la libertad de decisión, la libertad física o de movimiento, la integridad corporal, el derecho a la protección de datos de carácter personal, el derecho a no declarar contra sí mismo, incluso la presunción de inocencia son derechos que pueden verse afectados por los análisis de ADN.

En el *Asunto S. y Marper vs. Reino Unido*, el TEDH (el Tribunal) se pronuncia respecto al art. 8 (derecho a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de derechos humanos y libertades fundamentales de 1950, frente al hecho de almacenar perfiles de ADN de un menor y de un adulto en la base de datos policial del Reino Unido, aunque habían sido absueltos o se había sobreesido el proceso contra ellos. La sentencia del Tribunal es favorable frente a la no pertinencia de la permanencia, ordenando la cancelación de los datos, debido a la violación del art.8⁴⁵.

A este respecto, la pertinencia del *Asunto S. y Marper vs. Reino Unido* se debe a que el TEDH desarrolla la mencionada tensión. Así, el Tribunal examina si la conservación de las huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN puede interpretarse como una intromisión en la vida privada de los demandantes.

Para estos efectos, el TEDH se refiere a la noción de “vida privada” como amplia, la cual engloba la integridad física y moral de la persona (ver *Asunto Pretty vs. Reino Unido*, n°2346/02), también se refiere a otros medios de identificación personal y de vinculación a una familia (ver *Mutatis mutandis, Burghatz vs. Suiza*, 22 de febrero de 1994).

En cuanto a las muestras celulares, el Tribunal consideró, que en vista de los usos futuros y por ende la necesidad de conservarlas, se incurre en una intromisión contra el derecho al respeto de la vida privada⁴⁶. En cuanto a las huellas dactilares estas no contienen tanta información como las muestras celulares o los perfiles de ADN. El TEDH admite que la conservación de los datos relativos a huellas dactilares y genéticas busca como fin legítimo la detección y por ende la prevención de las infracciones penales.

A su vez la toma de muestra inicial, está directamente relacionada con un caso concreto, por la cual se vincula a una persona determinada con una infracción particular. En cambio, la

⁴⁵ Ver, Sentencia de 4 de diciembre/2008, demandas n° 30562/04 y 30566/04. Consejo de Europa, Corte Europea de Derechos Humanos. V también en ROMEO CASABONA C.M., *Genética, biotecnología y ciencias penales*, p. 501 y ss.

⁴⁶ Ver, Sentencia de 4 de diciembre/2008, demandas n° 30562/04 y 30566/04, p. 25.

conservación de la muestra busca contribuir con la identificación de futuros delincuentes. Apelando al principio de precaución, los Estados toman la iniciativa de almacenar las muestras, los datos derivados de estas y las huellas en bases de datos de perfiles de ADN, con el fin de detectar y por ende prevenir infracciones penales. Sin embargo deben garantizar, en virtud del principio de proporcionalidad el correcto uso de los datos.

Una vez dimensionada la relevancia de temas como la valoración del perfil de ADN en el proceso penal y la tensión *prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales*, damos paso al análisis de la normativa de los países de referencia.

Los tres países de referencia

El **Reino Unido** es la fuente de este proceso de creación de bases de datos policial de perfiles de ADN, está a la vanguardia en avances tecnológicos y científicos, el manejo de la base de datos está reglamentado totalmente lo cual implica que el administrador de la BDG-IC puede ingresar y cotejar datos de sus ciudadanos y habitantes, afectando potencialmente algunos derechos fundamentales. Actualmente uno de los opositores del uso dado a la base de datos policial es Alec Jeffreys⁴⁷; el creador de esta herramienta investigativa, quien expresó que si hubiera dimensionado las consecuencias del uso del material biológico valorada como prueba para demostrar la culpabilidad de una persona al interior de una investigación penal no hubiera publicado dichos resultados. Otro criterio decisivo para la escogencia del Reino Unido como país de referencia, es que cuenta con organismos como el NPIA, y la Comisión Genética Humana (HGC), conformada por la sociedad civil, encargada de defender los derechos de los titulares de perfiles genéticos ingresados en la BDG-IC.

Por su parte, **Argentina** tiene un modelo similar al modelo de desaparición forzada en países del tercer mundo y en Latinoamérica. Con el objetivo de identificar a los hijos y nietos desaparecidos durante la dictadura de Videla (1976-1983) se creó la BDG de desaparecidos a partir de 1986. Si bien esta investigación no profundizará en aspectos específicos referentes al proceso de desaparición forzada e identificación de sus hijos nacidos en cautiverio, es clara la necesidad de resolver algunos interrogantes, entre otros ¿Cómo influyeron la intervención y las luchas de la Asociación Madres de Mayo en el proceso contra Videla? (condenado a cadena perpetua en diciembre de 2010) ¿Cómo ha sido el proceso de memoria histórica *Nunca Más* (1984) y la trayectoria de la Asociación de las Madres de Mayo en la identificación de sus nietos dados en adopción a miembros de las Fuerzas Militares?

Las condiciones de desaparición forzada de Argentina durante la dictadura de Videla (1976-1983) se asemejan a las presentadas en otros países iberoamericanos. A partir de 1984 se creó la base de datos genéticos de desaparecidos con el objetivo de identificar a hijos y nietos. En materia de identificación de personas desaparecidas, Argentina tiene una historia diferente a Colombia debido a que el trabajo forense se inició simultáneamente con el proceso de reconciliación. En Colombia el trabajo forense se ha realizado en medio del conflicto, lo cual ha dificultado ésta labor.

A su vez, en **España** se utiliza la prueba de ADN desde 1996 como método de investigación

⁴⁷ THE GUARDIAN, *European court rules DNA database breaches human rights*. Artículo publicado en guardian.co.uk el 15/04/2009. Fuente <http://www.guardian.co.uk/politics/2009/apr/15/jeffreys-dna-database-human-rights-police> Consultada el 25/02/2011.

forense, tanto en materia penal como en materia de filiación. Las normas de justicia aplicadas a los crímenes del franquismo, fueron los mismos estándares de justicia universal empleados en los procesos de Chile, Argentina y Sahara Occidental⁴⁸.

Este recuento cobra importancia al comparar el proceso de Colombia con los de Argentina y España. En Colombia, por medio del Decreto Legislativo 1288 del 21 de mayo de 1965, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional. Como consecuencia de esta declaración el Estado apoyó la creación de los grupos paramilitares; en su momento el objetivo de estos grupos fue apoyar a las fuerzas armadas de Colombia, luego en los años 90's estos grupos fueron ganando poder y dominio del territorio al punto de entrar a disputarse territorios del país que servirían de corredor para el transporte de drogas o armamento⁴⁹.

NORMATIVIDAD APLICABLE A LAS BDG-IC

Una vez identificados y explicados los criterios relevantes que permitieron seleccionar los países de referencia, se entra a analizar la regulación referente a los niveles normativos que tienen incidencia en las BDG-IC. Esto implica analizar el marco normativo nacional establecido en cada país. Se describirá entonces, la normatividad de *habeas data* para España y Argentina, la valoración de la prueba y su importancia en el sistema judicial. De igual forma se describirá la legislación relacionada con memoria histórica, teniendo en los dos casos una comprensión y abordaje diferente, insumo que permite conocer alternativas y alcances distintos para el caso colombiano.

Para el Reino Unido, se revisa el sistema jurídico jurisprudencial o de *common law*. El sistema del Reino Unido regula temáticas referentes a la protección de datos y la valoración de la prueba, sin embargo no plantea una legislación exclusiva para el manejo de la BDG-IC. El manejo de perfiles de ADN asociados a investigaciones judiciales se materializa en la regulación referente a delitos de terrorismo, manejo de la prueba, criminalidad y seguridad.

ESTADOS Y LEGISLACIÓN DE LA BDG-IC

Los Estados deben valorar al momento de construir y proponer la regulación en torno al manejo de la BDG-IC, aspectos como la obligatoriedad de prestarse o no para la toma de muestra de ADN, una decisión judicial por parte del juez de garantías relacionada con la legalidad en el momento de la toma de la prueba o del cotejo de los datos⁵⁰.

Diagrama 3. Niveles de los administradores de las BDG-IC en los países de referencia – Normatividad aplicable

El Diagrama 3 reúne los organismos que componen el sistema de administración de las

⁴⁸ <http://www.patriagrande.com.ve/temas/internacionales/tribunal-internacional-sentencia-a-marruecos-por-crimenes-de-lesa-humanidad-contra-el-pueblo-saharai/> consultada el 13/03/2011, 4:30 pm

⁴⁹ Fuente: Informe de la CIDH sobre el proceso de desmovilización de las AUC en Colombia <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia04sp/informe3.htm>

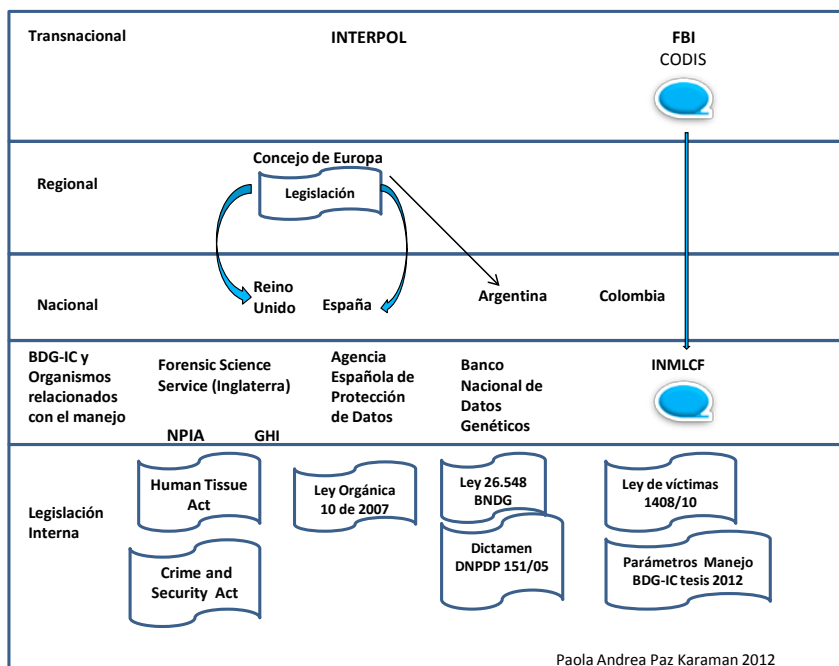
http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/ley/1968/ley_0048_1968.html consultada el 25/07/11, 9:30am

⁵⁰ RITTNER, CH., SCHNEIDER, P., SCHÖLMERICH, P., Genomanalyse und Genterapie: Medizinische, gesellschaftspolitische, rechtliche und ethische Aspekte, (Análisis Genético y Terapia Génica: Aspectos médicos, sociopolíticos, legales y éticos), ed. Akademie der Wissenschaften, Mainz, 1997 ed. Gustav Fischer, 1996, Mainz.

BDG-IC en sus distintos niveles: transnacional (INTERPOL, FBI); regional (Consejo de Europa); el nivel nacional relaciona los tres países de referencia y a Colombia; luego se ubican los organismos nacionales encargados de administrar la BDG-IC en cada país; en el Reino Unido, encontramos la *Forensic Science Service*, la base de datos criminal de Inglaterra, a la cual están adscritos organismos como el NPJA encargado de la seguridad de los datos, y el GHI el cual defiende los derechos de los titulares de los perfiles de ADN almacenados; en España la Agencia Española de Protección de Datos se encarga de la custodia de los datos; en Argentina la Agencia Nacional de Datos Genéticos es el ente Delegado para la administración de los datos; en Colombia el INMLCF es el organismo que administra la BDG-IC. Por último se formulan las legislaciones aplicables a las BDG-IC de cada uno de los países analizados en los capítulos 2 y 3 de esta investigación. Es de anotar que el sistema de administración CODIS, como herramienta tecnológica se implementa en Colombia a partir de negociaciones llevadas a cabo con el FBI en 2003.

El Diagrama 3 pone en contexto la organización existente alrededor de las BDG-IC en los países de referencia, su manejo y la legislación aplicable.

NIVELES DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS BDG-IC
EN LOS PAISES DE REFERENCIA -NORMATIVIDAD
APLICABLE



CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En esta sección se incluye la relación a las constituciones de los países analizados. Se entiende la implicación a nivel constitucional de las BDG-IC.

PROTECCIÓN DE INFORMACIÓN

La regulación de protección de información en cada Estado dicta las condiciones para garantizar el carácter íntimo y privado de la información específica. Esta legislación establece los tipos de datos, que nivel de seguridad se considera para cada tipo de información, así

como lo relacionado con el acceso a la esta. En algunos países se le conoce como *habeas data*. Se requiere la reglamentación de la protección de información en cada Estado para cubrir el carácter de los datos contenido en las BDG-IC.

BASE DE DATOS (BDD)

Las BDD pueden ser consideradas como automatizadas o no automatizadas. Las bases de datos se consideran como el almacenamiento de información en un orden que permite vincular la información con la persona de la cual provino. De esta forma, no solo se requiere el nivel de protección de información sino el del almacenamiento de dicha información mediante reglamentación de las bases de datos. Se regula el cómo se adquiere la información, quién tiene acceso, quién puede consultar.

Además se controla con especificaciones técnicas los requisitos que debe cumplir el organismo que desee tener una BDD, sea criminal, comercial, biomédicas, poblacionales, entre otras, pudiendo estar bajo control público o privado. En ambos casos se requiere la aprobación y permisos para la creación, certificación y administración de la BDD.

BASE DE DATOS GENÉTICOS (BDG)

Debido al carácter genético de la información contenida en las BDG, se requiere regular específicamente la BDG que permita reglamentar el manejo que se dará a los datos genéticos almacenados.

BASE DE DATOS GENÉTICOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL (BDG-IC)

La BDG-IC, debe reglamentarse debido a que confluyen, el interés general de la sociedad por que se resuelvan los crímenes, la interacción del sistema de justicia y el policial para recolectar las pruebas de ADN con el debido control de legalidad, el interés general que propende por la protección de los datos de carácter personal. Es por esto que en la legislación de Reino Unido, España y Argentina se limita el acceso a la información exclusivamente no codificante.

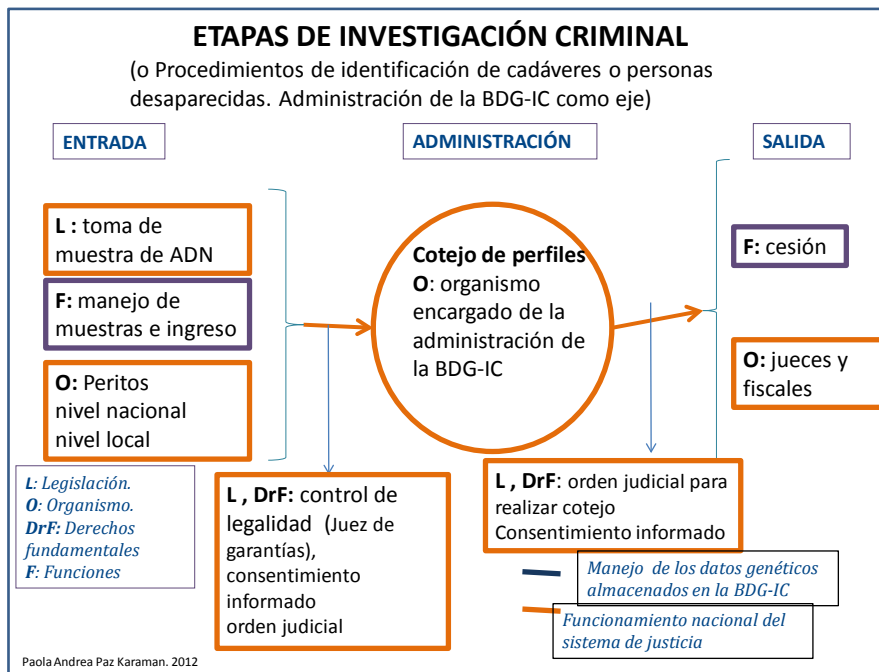
Diagrama 4. Etapas de investigación criminal

El Diagrama 4 recoge las etapas referentes al manejo de datos genéticos de investigación criminal al interior de la BDG-IC, instancias previas al ingreso, el manejo una vez integradas y las instancias posteriores referentes a la cancelación y cesión de datos. La etapa de *ingreso* incluye acciones como la recolección de la muestra biológica, el análisis y el posterior manejo de la prueba al interior de la investigación judicial. Es necesario realizar el control de legalidad por parte del juez de garantías previo a la toma de la muestra al indiciado o vinculado al proceso.

La etapa siguiente es la *administración* de la BDG-IC, realizada por el organismo encargado de la gestión de esta BDD, al cual le corresponde gestionar el ingreso, almacenamiento, búsqueda, eliminación y acceso y rectificación, criterios de uso de la BDG-IC que serán analizados a lo largo de esta investigación.

La etapa final es la *salida* de los datos de la BDG-IC, no es exclusiva del sistema de justicia bajo el cual se inscribe. Organizaciones interesadas como Inteligencia nacional o internacional, organismos internacionales de justicia o policiales y sistemas de justicia de otros países pueden requerir información específica o incluso una investigación amparada en

los acuerdos de cooperación judicial existentes, caso en el cual se realiza la cesión de información. A pesar de encontrarse el tema de cesión de datos en todos los países que tienen legislación específica sobre BDG-IC solo en uno se deja explícita la necesidad de contar con el proceso de justicia nacional que obliga a contar con el conocimiento de un funcionario o garante, así como de jueces o fiscales ante dichas solicitudes para la cesión. En ninguno de los países se deja explícito el detalle de *cesión de datos* ante organizaciones de inteligencia, lo que evidencia la limitación normativa, acerca del tratamiento que se le da a dichos datos en función de los derechos que tiene el titular de los datos objeto de cesión.



ARGENTINA

El contexto Argentino

El Banco Nacional de Datos Genéticos de Desaparecidos se creó en el marco de la causa Videla, resultado de las denuncias por desaparición de perseguidos por parte de agentes del Estado y el robo de hijos de las personas desaparecidas. Se estima que durante los 7 años de la dictadura (1976-1983) desaparecieron 30.000 personas⁵¹, hecho denominado bajo el término de *politicidio*⁵². El Plan Cóndor perpetrado por las fuerzas militares en cabeza de Videla, se encargó de la desaparición y muerte de los perseguidos políticos entre 1976 y 1982. A su vez el Plan Zanahoria (1982) se encargó de la recuperación de los enterramientos de restos de los desaparecidos tras una decisión gubernamental de retorno a la democracia. A partir de 1975 los agentes del Estado llevaron a cabo detenciones en Buenos Aires y Córdoba. Pero fue a partir de 1976 que empezaron las desapariciones y posterior muerte de jóvenes activistas.

⁵¹. Informe de la CONADEP, Nunca más, EUDEBA, 1984 <http://www.me.gov.ar/efeme/24demarzo/dictadura.html> consultada el 06/03/11, 4:10pm.

⁵² Conocido como “la exterminación de un sector político cuidadosamente seleccionado que no tuvo posibilidad de defensa” <http://www.youtube.com/watch?v=9SgGi6k4iyo&feature=related> consultada el 06/03/2011 8:30 pm

El proceso de ubicación de los restos de las personas desaparecidas inició en 1984, por parte de organizaciones como el Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF)⁵³ y del Grupo de Investigación de Arqueología Forense (GIAF) de la Universidad de la República de Uruguay. El informe final de la GIAF revela que los restos encontrados provenían de cuerpos mutilados, cubiertos de cal para impedir su posterior identificación en caso de ser encontrados⁵⁴.

En el mismo año las madres de mayo, iniciaron un proceso de búsqueda y acusación de los culpables, que culminó en la condena a cadena perpetua del represor Jorge Videla y a 16 enjuiciados más en diciembre de 2010⁵⁵.

En marzo de 2011 inició otro juicio por el robo de recién nacidos y menores de 10 años, contra Videla y sus cómplices entre ellos el médico a cargo de la ESMA⁵⁶. Estos menores fueron adoptados por militares y familias cercanas a la dictadura como parte del “Proceso de Reorganización Nacional”.

El trabajo de recuperación e identificación de los menores se ha llevado a cabo por iniciativa de la Comisión de hermanos e hijos y abuelas de la plaza de mayo.

“Durante la dictadura, los militares consideraban que los hijos de los desaparecidos debían perder su identidad. Por eso los hacían desaparecer y los entregaban a familias de militares. Ellos pensaban que la subversión era casi hereditaria o que se transmitía a través del vínculo familiar. De la misma forma que a los hijos de desaparecidos se intentó quitarles su familia, a la sociedad en general se intentó quitarle esos antecedentes que, como los padres de esos chicos, eran considerados subversivos (diario “Página 12”, 10 de diciembre de 1995)”.

Se habla de 500 menores alejados de sus familias originarias y dados en adopción a familias de militares. Las familias de los desaparecidos y la Asociación Madres de Plaza de Mayo (1984), dieron origen a los juicios penales, encuadrados en un proceso de memoria histórica en el marco del posconflicto. Son juzgados por crímenes contra la vida y la dignidad humana entre los cuales se cuenta la desaparición forzada, la tortura, la violación incluso de mujeres embarazadas, posteriormente asesinadas. Se estableció el día 24 de marzo como día Nacional de la memoria por la verdad y la justicia (Ley 25.633 del 24 de marzo de 2002). Mediante el Decreto 163/2005, se aprueba la estructura organizativa de primer nivel operativo del citado ministerio, organigramas, objetivos, responsabilidades primarias y acciones y dotación.

En el Decreto N° 357/2002 se detalla la estructura del nuevo Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el cual tiene adscrito la Secretaría de Derechos Humanos. De este último depende el Archivo Nacional de la Memoria, el cual tiene 7 objetivos, entre los cuales el séptimo se define como: “7. Crear un poderoso instrumento pedagógico para hacer realidad el imperativo de *Nunca más* frente a conductas aberrantes expresado abiertamente

⁵³ http://www.eaaf.org/eaaf_sp/ consultada el 07/03/2011, 9:30 pm.

⁵⁴ Documental “Las manos en la Tierra” de la realizadora Virginia Martínez, duración 52 min. 2010. <http://www.universidad.edu.uy/prensa/renderItem/itemId/26086> contada el 07/03/2011, 11:30 pm.

⁵⁵ Condena impuesta por el Tribunal Federal 1 de Córdoba <http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=634445> consultada el 06/03/11, 10:20 pm.

⁵⁶ Escuela de Mecánica de la Armada, funcionó como uno de los Centros Clandestinos de Detención durante la dictadura militar.

por la ciudadanía al restablecerse las instituciones democráticas después de la dictadura militar instaurada el 24 de marzo de 1976.”

Una vez realizada la contextualización de la situación que originó la formación del Banco Nacional de Datos Genéticos en Argentina, se analizará la legislación relevante en materia de entrada, administración y salida de los datos genéticos. Los enfoques examinados en la legislación argentina son de tipo legal y administrativo.

El artículo 43 párrafo 3° de la Constitución Nacional de Argentina hace referencia al *habeas data*, estableciendo que: “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos.”

Este artículo se refiere a la acción de *habeas data*, entendida como demanda de protección o cobertura de datos personales. El *habeas data* es la garantía constitucional para acceder a bancos de datos o registros, permitiendo conocerlos, actualizarlos, corregirlos o solicitar su confidencialidad según sean inexactos, falsos o se encuentren desactualizados; esta acción beneficia a toda la población argentina, es una garantía constitucional específica que encuentra eficacia propia en la acción de amparo o tutela. La Suprema Corte de la provincia de Mendoza establece que el *habeas data* es un derecho troncal (fundamental), constituido por el derecho de conocer, el derecho de acceso y el derecho a rectificar⁵⁷. Finalmente el origen de esta figura es la protección de aquellos datos denominados sensibles, conocidos como toda información relativa a la filiación política, las creencias religiosas, la militancia gremial, el desempeño en el ámbito laboral o académico, entre otros objetivos⁵⁸.

Protección de datos, manejo y administración del Banco Nacional de Datos Genéticos

La Ley 26.548 regula el manejo que se dará al Banco Nacional de Datos Genéticos (noviembre 2009)⁵⁹. Para efectos de revisar el proceso de creación de esta Ley es relevante revisar el Dictamen DNPDP n° 151/05 Buenos Aires, 21/06/05⁶⁰, el cual debe ser revisado con beneficio de inventario, debido a que algunos artículos allí enunciados, fueron obviados o cambiaron su numeración. Por esta razón no me detengo en el análisis del Dictamen citado, inmediatamente paso al análisis de la regulación vigente; en todo caso es importante hacer el seguimiento al marco jurídico argentino referente al Banco Nacional de Datos Genéticos.

El Banco Nacional de Datos Genéticos garantiza que la obtención, mantenimiento y análisis de la muestra biológica sea necesaria como material probatorio, para desentrañar un delito de lesa humanidad originado por agentes del Estado (acciones perpetradas hasta el 10 de diciembre de 1983). Se espera que esta información permita identificar, a las personas denunciadas como desaparecidas y a sus descendientes, entre marzo del 76 y diciembre del 83 (art. 2, Ley 26.548).

Dentro de las funciones del Banco Nacional de Datos Genéticos está organizar, administrar y

⁵⁷ Suprema Corte de Mendoza; "Costa Esquivel, Oscar c/ Co.de.me", La Ley, Buenos Aires 1999.

⁵⁸ Proyecto de "Ley de Protección de los Datos Personales"; Número de Proyecto: 577/98,

<http://www.senado.gov.ar/Buenos Aires 1998>

⁵⁹ <http://www.protecciondedatos.com.ar/legislacion.htm>: Ley__26548_BNDG_nov_2009.pdf

⁶⁰ <http://www.protecciondedatos.com.ar/legislacion.htm>:DNPDP_N° 151_junio_2005.pdf

actualizar el archivo nacional de datos genéticos, salvaguardando siempre la reserva de los datos (art. 3, lit. b Ley 26.548). Un aspecto importante a destacar es que se respetan, por un lado los lineamientos normativos establecidos en la Ley 25.326; por otro lado, se valoran los lineamientos éticos dispuestos por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Aunque la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos UNESCO (DIDGH, 2003) no es un instrumento vinculante para los Estados, propone directrices de conducta relevantes para que sean aplicadas por estos, haciéndolas parte de su legislación. La DIDGH establece las pautas a seguir por parte de los estados para desarrollar la reglamentación en materia de datos genéticos.

Otra de las funciones implica la adopción e implementación de normas que permitan garantizar la veracidad de los análisis, dictámenes y otros que el banco de datos genéticos lleve a cabo (art. 3, lit. d, Ley 26.548).

La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, emite el Dictamen DNPDP n° 151/05, investida de su competencia como órgano de control y autoridad de la Ley 25.326, con relación al proyecto de ley por el cual se pretendió crear la Base de Datos de ADN con fines de prevención y penalización del delito, la cual tiene relación con el Banco Nacional de Datos Genéticos creado por la Ley 23.511⁶¹; dicha Ley en su art. 3° define el perfil genético como:

“registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de genotipos que segreguen independientemente, que sean polimórficos en la población, que carezcan de asociación directa en la asociación de genes y aporten sólo información identificatoria.”

El art 3° expresamente enuncia, que los genotipos analizados permiten obtener el perfil genético de quien se obtiene la muestra; no se analizan genes que segreguen información de interés poblacional o biomédico.

- **Entrada de información y procedimientos previos**

El Banco Nacional de Datos Genéticos contiene la información genética obtenida de los descendientes de personas desaparecidas, datos genéticos de restos de embriones de procesos de gestación no llegados a término, como consecuencia del accionar de agentes del Estado ocurridas entre marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 (art. 5, Ley 26.548).

El familiar de una persona desaparecida o nacida en cautiverio, podrá solicitar al banco de datos la inclusión o el cotejo de su perfil genético, con propósitos identitarios. La información se almacenará en el Archivo Nacional de Datos Genéticos con el objetivo de ser cotejada con los datos incluidos en el futuro (art. 6, Ley 26.548).

El Banco Nacional de Datos Genéticos debe garantizar el cumplimiento de las facultades otorgadas por el artículo 4° de la Ley 25.457 a la Comisión nacional por el derecho a la identidad.

⁶¹ Ver, AA.VV., *Banco genético y el derecho a la identidad. Ley 23.511 sobre la creación del Banco Nacional de de Datos Genéticos*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1988.

Los familiares de las personas desaparecidas tienen la responsabilidad de acreditar en el desarrollo de la investigación, “las circunstancias en que desapareció la persona o aquellas de quienes surja la presunción de nacimiento en cautiverio; b) El vínculo alegado que tiene con la persona víctima de desaparición forzada, de conformidad con la normativa legal vigente.” En estos casos es suficiente aportar la certificación expedida por la Comisión nacional por el derecho a la identidad y/o por el Archivo nacional de la memoria (art. 7, Ley 26.548).

- **Administración de la información almacenada en la base de datos**

Otra de las funciones del Banco Nacional de Datos Genéticos relacionada con su administración, incluye las actuaciones a través de su director general técnico y los peritos oficiales, quienes presentan sus análisis ante los jueces competentes en causas penales relacionadas con identificación, referentes a la identificación de personas desaparecidas (art. 2 de la Ley 26.548).

Los archivos de datos serán lícitos siempre que se encuentren inscritos, además deben cumplir las reglamentaciones establecidas para estos (art. 3 y 4 de la Ley 25.326).

Entre los derechos con que cuentan las partes en los procesos penales, está el control al peritaje realizado en el Banco Nacional de Datos Genéticos; para el caso concreto las partes pueden solicitar la designación de peritos de parte.

Respecto a la seguridad de los datos, el usuario o responsable del archivo debe garantizar la confidencialidad de la información, evitando la pérdida o consulta de personas no autorizadas (art. 9 Ley 25.326). Por su parte, respecto a la reserva de los datos, el art. 9 de la ley 26.548 establece que no se podrá suministrar información a particulares o a entidades públicas o privadas que la soliciten. Este criterio de reserva de la información protege a los titulares de la información de posible discriminación por parte de aseguradoras u otras instituciones interesadas en conseguir información almacenada en bancos de datos. La información sólo podrá solicitarse cuando medie requerimiento judicial en causa determinada, para corroborar información o pruebas, contenidas en dictámenes periciales, al interior de una investigación judicial. A la vez debe preverse el control por los peritos de parte; sus dictámenes serán enviados al órgano judicial competente junto con el informe pericial (art. 8, Ley 26.548), lo cual garantiza la transparencia al interior de la investigación. En los casos en que se presente adulteración de los registros o los informes, se generarán investigaciones de tipo disciplinario tanto para el autor como para quien autorice dicha alteración, además de la responsabilidad civil o penal derivada de dicha acción (art 10, Ley 25.326).

Acceso y rectificación: Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular.

Cuando una prueba sea ordenada por el juez competente o por la Comisión Nacional por el derecho a la identidad, deberá realizarse el cotejo del perfil genético con todo el archivo nacional de datos genéticos (art. 14, Ley 26548).

- **Salida de información y procedimientos posteriores**

Respecto a la cesión, los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Este aspecto es propio de la normatividad Argentina, representa una garantía para los familiares de desaparecidos. El titular de los datos debe ser informado de los usos que se dan a sus datos personales, especialmente al momento de su recolección, por tanto, el responsable o usuario de la base de datos deberá informar los aspectos referentes al tratamiento que se dará a la información (art. 6 de la Ley N° 25.326).

- **Otros aspectos**

La regulación argentina limita el derecho de acceso al titular de los datos, en casos especiales de investigación o seguridad. Aunque la legislación es específica al aclarar que la defensa tiene el derecho a conocer la información del titular, almacenada en el banco de datos.

El acceso a la información genética de una persona implica una intromisión en el derecho a su intimidad, no sólo a la privacidad como el número del documento, o el nombre. La muestra para obtener el perfil genético requiere invasión a la intimidad.

En la normatividad argentina, se percibe una contradicción respecto a las garantías de los derechos de los titulares, cuando se refiere a que el único uso que se le dará a los datos es el de la finalidad que motivó la obtención del dato. Al respecto se cita el art. 17 de la Ley 25.326, respecto al uso no consentido en caso de seguridad nacional u orden público:

“La ley establece las siguientes excepciones de acceso, rectificación o supresión para las bases públicas: 1. Los responsables o usuarios de bancos de datos públicos pueden, mediante decisión fundada, denegar el acceso, rectificación o la supresión en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros. 2. La información sobre datos personales también puede ser denegada por los responsables o usuarios de bancos de datos públicos, cuando de tal modo se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. La resolución que así lo disponga debe ser fundada y notificada al afectado. 3. Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, se deberá brindar acceso a los registros en la oportunidad en que el afectado tenga que ejercer su derecho de defensa”.

Otra contradicción que se presenta en la Ley 26.548, es respecto al uso dado a la información contenida en el banco nacional de datos genéticos, cuando puede llevarse a cabo el cruce entre los tipos de datos almacenados, siempre que medie autorización judicial. Debe analizarse entonces bajo qué criterio se permite el cotejo de la información, una vez que estos gozan de la protección y el derecho a la privacidad, teniendo en cuenta que se trata de información sensible de personas desaparecidas y de sus familiares.

Sobre la eliminación de los datos, deben considerarse los mecanismos preventivos para delitos graves, que permitan la identificación del delincuente por medio del uso del ADN. Esta

propuesta que se encuentra contemplada en el Reino Unido sobre el ingreso de información a la BDG-IC bajo una visión policial, tiene un carácter exclusivo para el ADN con relación a determinados delitos.

Esta es una de las motivaciones para proponer en el capítulo 4° correspondiente a parámetros, el documento de articulación entre la administración de la BDG-IC y el sistema de justicia específicamente sobre el Código Penal.

Sobre la evaluación de solicitudes de eliminación o corrección, debe ser un organismo tercero distinto al Ministerio de Justicia. En Argentina, el Ministerio del Interior, es el órgano “responsable y autoridad a cargo para la celebración de convenios” (art. 2º). Al especificarse en el artículo 8 de la Ley 26.548, que las partes podrán acudir a una tercera instancia para los casos de identificación de desaparecidos.

La Ley, designa como “Auxiliar a la justicia y/o a organizaciones gubernamentales y no gubernamentales especializadas en la materia objeto de esta ley” lo que es muestra clara de la posibilidad de vinculación de organismos no gubernamentales en la tarea de reconocimiento de las víctimas del conflicto. En el caso colombiano en el marco del control de información, debe regularse las implicaciones legales de acciones tendientes al manejo de información errada que se ingrese en la BDG-IC.

ESPAÑA

El contexto Español

En el proceso de identificación de las víctimas del franquismo en España (1936-1939) se utilizó el análisis de ADN como medio de reconocimiento. El proceso de ubicación y apertura de las fosas inició en el año 2000. Por su parte el Grupo Paleolab (equipo de antropología y arqueología forense⁶²) se encarga de la recuperación de los restos de los cuerpos de los desaparecidos. La Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica⁶³ ha diseñado un Mapa de la Memoria, en el cual se aprecian los lugares donde han encontrado fosas en España, el año y el número de restos encontrados en cada una las fosas; hasta agosto de 2011, habían sido recuperados 1135 restos de personas desaparecidas (ver mapa⁶⁴), pudiendo realizar identificaciones gracias a los datos de ADN almacenados en la base de datos.

Para España, el desarrollo “en el marco del proyecto de investigación denominado “Recuperación de desaparecidos y represaliados por el franquismo durante el periodo guerrillero” surgió desde la oficina de desaparecidos de la asociación La Gavilla Verde (Santa Cruz de Moya, Cuenca) en 2003”⁶⁵. A diferencia del proceso colombiano, en España los crímenes del Franquismo quedaron impunes gracias la Ley de amnistía de 1977. Sin duda, el gobierno Español teme reconocer la verdad de los hechos, y hasta la fecha ha decidido no

⁶² Fuente: www.uv.es/paleolab consultada el 07/04/2011 4:52 pm

⁶³ Fuente: <http://www.memoriahistorica.org.es/joomla/> consultada el 01/02/2012, 1:40pm.

⁶⁴ Mapa de la memoria refiere las fosas de restos humanos encontradas en España posterior a la dictadura franquista. Fuente: <http://maps.google.es/maps/ms?msid=209751002127552718712.000494ddbcecc35312a0e6&msa=0> consultado el 01/02/2012, 03:05 pm

⁶⁵ Fuente: <http://www.uv.es/paleolab/desaparecidos.htm>, consultada el 07/03/ 2011, 3:25 p.m.

juzgar a sus opresores⁶⁶. Sin embargo se inició un proceso de reconstrucción de la memoria histórica sustentado en la Ley 52/2007. Esta ley abre la posibilidad de reparar a las víctimas no sólo desde una perspectiva moral sino jurídica. Desde el 2006, comparecieron ante el juez Baltasar Garzón familiares de 114.000 víctimas del franquismo (1936-1939) y la dictadura franquista (1939-1975), denunciando lo ocurrido, en un intento de conocer la verdad y recuperar los restos de sus familiares. En febrero de 2012, en el marco del proceso en contra de Baltasar Garzón⁶⁷ por infringir la Ley de Amnistía 46/1977, comparecieron, a petición de la defensa, 20 testigos (familiares de las víctimas), y relataron la forma en que desaparecieron sus seres queridos. Entre otras reclamaban al Estado la importancia de entregar a los historiadores los archivos secretos para efectos de configurar la memoria histórica. Finalmente el juez Garzón fue condenado por llevar a cabo “escuchas ilegales”, prueba que sólo es admitida para delitos de terrorismo. Hasta marzo de 2012 no se le ha condenado por investigar los crímenes del franquismo⁶⁸.

Otra mirada de la trascendencia del uso de los marcadores genéticos en las investigaciones criminales, - anteriormente utilizados en la identificación de cadáveres o la determinación de relaciones de parentesco -, brinda certezas respecto a la autoría del autor de un delito. La dificultad se presenta en la obtención y conservación de los datos, de cara al uso en investigaciones posteriores, debido al carácter sensible de los datos y el grado de protección que requieren. Lo cual evidencia la limitación a nivel jurídico, al no establecer los criterios de uso del perfil de ADN.

La Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. En la ley se establecen los principios y criterios para la toma de muestras biológicas- ya sean identificadas o vestigios – y su posterior utilización en el proceso⁶⁹. Además se delimitan los elementos técnico-científicos relacionados con las muestras, aspectos que posteriormente han sido reglamentados al igual que la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN⁷⁰.

Por su parte, los aspectos no contemplados por la Ley Orgánica 15/2003 son la creación de una base de datos que almacene la información de forma centralizada, permitiendo su cotejo en investigaciones de determinados delitos como homicidio o violación. La normatividad que regula la base de datos debe prever los efectos de la globalización y los compromisos recíprocos, adquiridos entre los países con el fin de compartir la información contenida en los ficheros y bases de datos, compromisos que requieren un marco jurídico que proteja tanto a ciudadanos como a organismos judiciales.

La Ley Orgánica 10/2007 de octubre 8, regula la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, que se encuentra adscrita a la Secretaría de Estado de Seguridad, y esta a su vez depende del Ministerio del Interior (art. 2). El objetivo de la ley es constituir

⁶⁶ Mercedes Salado, antropóloga forense, Documental “Las manos en la Tierra” de la realizadora Virginia Martínez, duración 52 min., 2010 <http://www.universidad.edu.uy/prensa/renderItem/itemId/26086> consultada el 07/03/2011, 11:30 pm.

⁶⁷ Fuente: http://www.clarin.com/mundo/Justicia-seguir-adelante-proceso-Garzon_0_637736370.html consultado el 01/02/2012, 02:05 pm.

⁶⁸ En <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/27/espana/1330339458.html> consultado el 25/03/2012, 3:39pm.

⁶⁹ Ver, artículos 326 y 363, LO 15/2003, una vez almacenadas pueden ser usadas como pruebas en el desarrollo de una investigación.

⁷⁰ Ver, ROMEO CASABONA C.M., *Genética, biotecnología y ciencias penales*, p441.

los ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, donde se almacenan los datos identificativos, resultado de los análisis de ADN a partir de un proceso de identificación de cadáveres o de personas desaparecidas, valorados en una investigación criminal, o de vestigios encontrados en escenas del crimen, involucrados con delitos de alta gravedad y repercusión social (art. 1).

- **Entrada de información y procedimientos previos**

En la base de datos de identificadores se almacenan 2 tipos de datos extraídos a partir del ADN, de muestras con origen distinto. El primer grupo abarca los datos obtenidos de vestigios encontrados en la escena del crimen (muestras biológicas o fluidos sin titular identificado), provenientes de sospechosos, detenidos o imputados, en el marco de una investigación criminal; estos vestigios recolectados están relacionados con delitos que afectan la vida, la libertad, la indemnidad o integridad sexual, la integridad del patrimonio, acudiendo a la violencia como medio de intimidación en las personas. De igual forma esta Ley acoge el concepto de delincuencia organizada, expuesto en el art. 282 bis, apartado 4, Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los delitos allí especificados. El primer grupo incluye también los patrones identificativos obtenidos de restos cadavéricos, o datos de averiguación de personas desaparecidas (art. 3 lit. 1, inc. a y b). El segundo tipo de datos son aquellos almacenados con el consentimiento del titular (art. 3, lit. 2, Ley 10/2007).

La Ley específica dos criterios de ingreso de los datos; el primero dispone que sólo se almacenarán datos que provengan de ADN, recolectados de vestigios o fluidos, en el marco de una investigación criminal de delitos graves; el segundo criterio establece que los datos deben proporcionar información genética referente a la identidad y al sexo (art. 4, Ley 10/2007).

La remisión de los datos identificativos a la base de datos, se llevará a cabo por parte de la policía judicial, quien debe proveer las garantías para su traslado, conservación y custodia (art. 6, Ley 10/2007).

En la elaboración de la LO 10 de 2007, se contemplaron los criterios que ha venido conformando el Tribunal Constitucional, sobre la protección de los derechos fundamentales en la obtención de las pruebas a partir de análisis de ADN (Sentencias 207/1996, de 16 de diciembre).

Control de legalidad en el proceso penal español.

Una vez que se requiera la toma de una muestra biológica, inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales sin el consentimiento del titular, es necesario que el juez de conocimiento emita la orden judicial pertinente, mediante auto motivado (Disposición adicional tercera, Ley Orgánica 10/2007).

Si se tomara la prueba sin que exista orden judicial, esto no implica la nulidad de ésta. Si dicha prueba determina la culpabilidad del sospechoso, será avalada como parte del proceso investigativo más no como evidencia de cargo (prueba válida al interior del proceso), por su parte el juez podrá solicitar una orden judicial para realizar la prueba de acuerdo al artículo

363 del Código de Procedimiento Penal Español⁷¹.

El fiscal Moreno (2004) evidencia que, aunque no se realice el procedimiento estipulado, para el caso español, las normas de la Unión Europea cobijan el uso de dicha evidencia, sin que afecte la forma en que esta se obtuvo. Una vez más prima el interés colectivo sobre el individual. En todo caso debe considerarse la responsabilidad de los funcionarios en cada una de las etapas del proceso, como son: la toma de la muestra del sospechoso, la recepción de la muestra por parte del responsable en cada uno de los organismos, el análisis de la muestra, el ingreso a la base de datos, el cotejo anterior o posterior al ingreso, y su posterior uso dentro de la investigación hasta el momento en que el juez dicte sentencia.

- **Administración de la información almacenada en la base de datos**

El preámbulo de la ley específica que no se presenta vulneración del derecho a la intimidad debido a que el perfil sólo revela la identidad del sujeto y el sexo, datos no codificantes. Se aclara que dicha ley se inscribe en el marco jurídico de la Ley Orgánica 15 de 1999, referente a protección de datos de carácter personal. La información personal contenida en los ficheros de la base de datos, tiene un carácter de seguridad alto, de acuerdo a lo establecido por el art. 13 de la Ley 15/1999 (art 8, Ley orgánica 10 de 2007).

Todas las muestras serán analizadas en los laboratorios debidamente acreditados por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN (Disposición Adicional Tercera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); en cuanto a la conservación de las muestras la autoridad judicial deberá pronunciarse (art. 5º numerales 1, 2, LO 10/2007).

Criterios de conservación⁷². La conservación de los datos no superará:

Literal 1. **Primero**, el tiempo estipulado para la prescripción del delito.

Segundo, el tiempo señalado en la ley para la cancelación de los antecedentes penales una vez que se dicte sentencia condenatoria, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario. En cuanto a la conservación de los datos se estipulan unos periodos de cancelación, cuya duración depende del tipo de delito y de la resolución judicial con que finalice el procedimiento pendiente. Se cancelarán los datos, una vez que se dicte auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria y se encuentre en firme, distinto al caso presentado en el párrafo anterior. En el caso de sospechosos no imputados, la cancelación operará transcurrido el tiempo de caducidad del delito, prescrito por la ley. Dado el caso en que distintas inscripciones cobijen a una misma persona, los datos y las muestras se almacenarán hasta tanto se cumpla el plazo de cancelación más alto.

Literal 2. Los datos identificativos de personas fallecidas serán cancelados una vez que el administrador de la base de datos, se entere del fallecimiento. Excepto en los casos en que deba finalizarse el correspondiente procedimiento, de acuerdo al artículo 3.1, b.

Literal 3. Establece que el ciudadano podrá ejercer su derecho de acceso, rectificación y cancelación de datos obtenidos a partir del ADN, en los términos establecidos en la Ley

⁷¹ Moreno Verdejo Jaime. ADN y Proceso Penal: Análisis de la Reforma Operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre. Fiscal del Tribunal Supremo, páginas 1-41. España 2004.

⁷² Ley orgánica 10 de 2007, art. 9, literales 1 a 4.

Orgánica 15/1999, y en su normativa de desarrollo.

Literal 4. Cuando se desconozca la identidad de la persona, los datos obtenidos continuarán almacenados, en tanto se conozca al titular de esta información. Inmediatamente se hará la cancelación.

En cuanto al régimen jurídico, la ley 10 de 2007 se ajusta al marco legal dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, en función de la naturaleza de la información (información sensible) almacenada en la base de datos (Disposición adicional segunda, Ley orgánica 10 de 2007).

Respecto al manejo de los datos no existe regulación aplicable. Esto contradice la recomendación 1(92) del Consejo de Europa sobre la utilización de muestras de ADN, la cual establece que una vez se dicte la resolución definitiva, deben eliminarse muestras o vestigios recolectados.

- **Salida de información y procedimientos posteriores**

El uso y cesión de la información⁷³. Los datos almacenados podrán ser utilizados por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, estas son la Policía y la Guardia Civil⁷⁴, así como las autoridades judiciales y fiscales, involucradas en los delitos enunciados en el lit. a. apartado primero, art. 3, de la LO 10/2007 (nral 1, art 7).

Como parte de la normatividad referente al tema de la cesión e intercambio de resultados de análisis de ADN, se encuentra:

- Las Resoluciones del Consejo de Europa del 9 de junio de 1997 y del 25 de julio de 2001.
- Consejo de Europa, Recomendación 1(92) 10/01/1992. Utilización de los resultados de análisis de ADN en el sistema de justicia penal.

En cuanto a los datos tendientes a la identificación de personas desaparecidas o a la identificación de cadáveres, estos serán consultados solamente para resolver la investigación para la cual fueron obtenidos⁷⁵.

La ley establece distintos criterios para cesión de datos a distintos organismos⁷⁶, en función de los convenios existentes;

- 1) En primera instancia, se podrá ceder a las autoridades judiciales, fiscales o policiales de terceros países, de acuerdo a lo previsto en los convenios vigentes (lit. a).
- 2) En segunda instancia, a las policías autonómicas, competentes para la protección de personas y bienes, el criterio de uso de los datos por parte de la policía establece que sólo podrán utilizar los datos para la investigación de los delitos enunciados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, Ley 10/2007 (lit. b).

En este caso la ley establece un criterio de uso en casos específicos, sin embargo no delimita un procedimiento de consulta de los datos; en cuanto al control de legalidad se

⁷³ Ley Orgánica 10 de 2007, art. 7.

⁷⁴ Artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.17t3.html consultada el 31/01/12, 3:13 pm.

⁷⁵ Ley orgánica 10 de 2007, nral 2, art. 7.

⁷⁶ Ley orgánica 10 de 2007, art. 7, nral. 3, lit. a) al c).

entiende que debe llevarse a cabo previamente, sin embargo este aspecto no es explícito en la norma.

3) Por último, se podrá ceder al Centro Nacional de Inteligencia, organismo competente para utilizar los datos en el marco de la prevención de los delitos previamente enunciados (lit. c).

- Otros aspectos

No son explícitos los requisitos o garantías procesales en caso de cesión de datos. Sin embargo, de acuerdo a lo establecido por el marco normativo referente a cesión de datos (LO 10/2007, Resoluciones del Consejo de Europa del 09/06/1997, 25/07/2001; Recomendación 1(92)) se debe cumplir con unos mínimos requisitos que garanticen los derechos fundamentales correspondientes al país que cede la información; además debe llevarse a cabo en el marco de un acuerdo de cooperación internacional, de otra forma no se pueden garantizar los derechos del titular.

REINO UNIDO

El contexto del Reino Unido

El órgano encargado de proponer la legislación para el Reino Unido es el parlamento de Westminster (Londres), órgano soberano en todo el Reino Unido. Fuera de ese parlamento no se pueden aprobar leyes sino en los parlamentos y las asambleas territoriales, bajo ciertos acuerdos. Los secretarios y los ministros del gobierno de turno suelen promover los proyectos de ley, según las prioridades del gabinete del gobierno. También existe otra forma de promover proyectos de ley, sin hacer parte del gabinete del Gobierno; el [*Private Member's Bill*] o proyecto de ley de los miembros privados, es el instrumento por el cual un diputado individual, ya sea que pertenezca al partido de gobierno (sin tener un cargo de secretario o ministro), o que pertenezca al partido de oposición, puede introducir un proyecto de ley ante el Gobierno. Aunque esta alternativa permite proponer proyectos de ley de forma independiente, no son muchas las leyes aprobadas que tienen su origen en un el Proyecto de ley de los miembros privados [*Private Member's Bill*].

Un proyecto se convierte en Ley, una vez que es aprobado en la Cámara de los Comunes, luego pasa a la Cámara de los Lores, y por último es firmada por el monarca de turno. Es costumbre constitucional que la reina no se niegue a firmar siempre que se siga el trámite regular de la norma. Los Lores, hoy en día, son en su mayoría nombrados, actualmente quedan 90 Lores hereditarios, también unos obispos de la Iglesia de Inglaterra (los Lores espirituales), la mayoría son expertos en su campo o ex-diputados. La Cámara se dedica a analizar y modificar los proyectos de ley; se considera un órgano competente para derrocar un proyecto, en tal caso regresará a los Comunes y si el Gobierno vuelve a promoverlo, este puede presentarse nuevamente. Después de dos o tres veces de declarado fallido en los Lores, la Cámara de los Comunes puede forzar su paso para ser aprobado por la reina, según lo establece el [Parliament Act 1911]. La Cámara soberana - superior en términos de poder – es la de los Comunes, a esta le sigue en importancia la Cámara de los Lores llamada [Upper House] o Cámara superior. De esta forma se preserva la democracia; los Comunes son los diputados elegidos cada 4 o 5 años.

En la práctica, son pocas las formas de proponer un proyecto de ley en Reino Unido. Los

órganos que proponen proyectos de ley, son en realidad, los ministerios, en cabeza del secretario o uno de los ministros. Para que sea aprobado un proyecto de ley, este debe ganar el apoyo en un voto de una mayoría de los diputados de los Comunes (de otra forma, se recurre al [Parliament Act 1911] y de los Lores que se encuentren presentes el día del voto. Como el Gobierno en los Comunes normalmente tiene la mayoría de diputados, no suele ver derrocados sus proyectos, a no ser que varios diputados del partido del gobierno voten en contra y se opongan (lo cual no ocurre muy a menudo).

Existen los documentos llamados [White Papers] o documentos blancos y [Green Papers] o documentos verdes. Estos informes son publicados por el gobierno y demuestran un cierto nivel de compromiso hacia un proyecto de ley. Un Documento Blanco [White Paper] señala una fuerte intención de adelantar un proyecto según las líneas ahí establecidas, mientras el Documento Verde [Green Paper] es un documento de consulta (aunque en el caso del Documento Blanco también cabe la posibilidad de consultar con el público).

Las otras Cámaras son el [Scottish Parliament] o Parlamento escocés, el [Welsh Assembly], [National Assembly of Wales] o Asamblea Nacional de Wales y el [Northern Irish Assembly] o [Asamblea de Irlanda del Norte]. Actualmente no existen los parlamentos como el [English Parliament], el Parlamento Irlandés [Old Irish Parliament], o el [Parliament of Great Britain]. Inglaterra (como territorio, no utilizado como sinónimo del Reino Unido) no tiene asamblea o parlamento propio. Existió un *parlamento inglés* antes de la unión de Inglaterra con Escocia (para ese momento ya Inglaterra estaba unida con Gales). Después se convirtió en el Parlamento de Gran Bretaña; al mismo tiempo existía un Parlamento Irlandés [Old Irish Parliament], hasta que la isla de Irlanda fue unificada al sistema británico y se creó un parlamento para el Reino Unido de Gran Bretaña (Inglaterra, Gales y Escocia e Irlanda). Al separarse Irlanda del Sur (la República de Irlanda) el Estado británico se convirtió en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Entonces hoy en día existen estas tres cámaras - el [Scottish Parliament], la [Welsh Assembly] y la [Northern Irish Assembly]. Cada una es unicameral, tiene jurisdicción en su territorio (Escocia, Gales e Irlanda del Norte) y tiene facultades derivadas por ley del Parlamento soberano de Westminster. Todas fueron creadas en la época de Tony Blair, después de las elecciones de 1997. Se habla de [devolved administrations] o administraciones devueltas o [devolved governments] o gobiernos devueltos; el concepto devuelto se refiere a que se devuelven o confieren poderes a esas Cámaras, los cuales durante un tiempo fueron poderes concentrados en el Parlamento de Londres. El Parlamento escocés tiene más competencias que la Asamblea de Gales o de Irlanda del Norte; este aspecto marca la diferencia entre el parlamento y la asamblea. Por convención, el Parlamento de Londres no se impone en las áreas que ya 'devolvió' a los territorios, pero en todo momento es soberano y podría retirar las competencias 'devueltas'. Una competencia que no ha sido devuelta, por ejemplo, es la defensa y los asuntos exteriores, a esto se le denomina asunto 'reservado' (al parlamento londinense de Westminster).

El parlamento soberano tiene Diputados y Lores de los cuatro territorios, mientras las cámaras territoriales no contienen sino miembros de esos territorios. Debido a que Inglaterra no tiene una asamblea propia, en ciertos campos (por ej. la educación) existen diputados y lores de Escocia, Gales e Irlanda del Norte votando leyes que aplican al interior de Inglaterra, mientras que los ingleses no tienen voz en ninguno de esos territorios. Esto implica un déficit democrático de cara a los ciudadanos ingleses.

Las leyes analizadas en este aparte, [Human Tissues Act 2004] o Ley sobre Tejidos Humanos 2004 y [Crime and Security Act 2010] o Ley sobre Crimen y Seguridad 2010, tienen aplicación territorial distinta. Las dos se promueven en el Parlamento soberano de Westminster del Reino Unido (londinense). La [Crime and Security Act 2010], aplica para Inglaterra y Gales, esto debido a que en materia de justicia, Gales queda unido a Inglaterra, sin embargo en Escocia e Irlanda del Norte, los asuntos de justicia han sido devueltos, por tanto esta Ley no puede aplicarse sino en Inglaterra y Gales. Por su parte la [Human Tissues Act 2004] aplica en todo el Reino Unido (Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte). De acuerdo a la naturaleza del [Human Tissues Act 2004], puede decirse que la Ley pertenece al campo 'reservado' de defensa; teniendo en cuenta que no hace alusión a ningún territorio en el título de la ley, se entiende que la ley rige en todos los territorios del Reino Unido. Además en el texto, se aprecian referencias a Escocia e Irlanda del Norte, así que en este tema, las cámaras de Gales, Irlanda del Norte y Escocia no pueden ir en contravía de la ley, debido a que se promovió en el Parlamento de Westminster.

En el año 2008 fue emitido un documento sobre Antiterrorismo [Counter-Terrorism Act 2008]. Acto que confiere poderes para recoger y compartir información sobre antiterrorismo y otros propósitos. Esto con el propósito de obtener información adicional para la persecución, detención de sospechosos de terrorismo, de lavado de activos, terrorismo financiero; corregir la legislación referente a interrogatorios⁷⁷. El documento mencionado confiere poderes a la policía de Scotland, permitiendo extraer información para ser examinada.

Parte 1 Numeral subsección (10) Poder para recoger huellas digitales y muestras: Scotland. Cuando una persona es sujeto de control de Scotland (policía del Reino Unido), un agente de policía puede tomar una muestra de la persona o requerir a la persona, para que provea alguna prueba física relevante.

Por ser la ley, la que regula el procedimiento para la toma de muestra de sospechosos investigados, el derecho a la privacidad no se aplica. La subsección 11(4) establece que el agente puede usar la fuerza razonable para tomar alguna prueba o dato físico, cuando sea necesario. La subsección (6) establece que la muestra o dato recolectado, mencionado en esta sección no puede ser utilizado por cualquier persona.

Al respecto la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, determinó en 2008 que el almacenamiento de datos en registros criminales correspondientes a perfiles genéticos de personas inocentes, constituye una violación al artículo 8° de la Convención de Derechos Humanos, que abarca el derecho a la vida privada y familiar (*Asunto Marper vs. Reino Unido*⁷⁸; Demandas nº 30562/04 y 30566/04 de 4 de diciembre de 2008). El fallo argumenta que almacenar datos genéticos de quienes gozan de la presunción de inocencia por nunca haber sido condenados por el delito, constituye un riesgo de estigmatización. El uso de modernas técnicas científicas en el sistema de justicia no previó la violación de derechos a la vida privada y el buen nombre. Así las cosas, aunque los Estados almacenen muestras, datos derivados de estas y huellas en bases de datos de perfiles de ADN, con el

⁷⁷ “A non-intimate sample may also be taken from a person without the appropriate consent if the person is subject to a control order.” Counter Terrorism Act 2008, pág. 13. consultado en <http://www.statewatch.org/news/2009/jan/uk-ct-act-2008.pdf> consultada el 25/02/2011

⁷⁸ CONSEIL DE L'EUROPE (Ed.), *Éthique et génétique humaine*, Les éditions de Conseil de L' Europe, Strasbourg. Sentencia del 4 de diciembre/2008. P. 33.

fin de detectar y prevenir infracciones penales, apelando al principio de precaución, deben garantizar, en virtud del principio de proporcionalidad el correcto uso de los datos. Ver también el *Asunto Goggins y otros vs. Reino Unido*⁷⁹ (Demandas: 30089/04, 14449/06, 24968/07, 13870/08, 36363/08, 23499/09, 43852/09 y 64027/09).

Las decisiones emitidas por el Consejo de Europa puede obligar al gobierno del Reino Unido a ordenar la destrucción de datos de perfiles genéticos pertenecientes a personas sin antecedentes penales; entre los aproximadamente 5 millones registros la base de datos policial de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte⁸⁰. A diferencia de los anteriores, Escocia destruye las muestras de ADN tomadas durante la investigación penal una vez que la persona es absuelta de los cargos imputados.

Los alcances de la tensión *prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales* en Reino Unido se enmarcan en la afectación de derechos fundamentales causada por el uso y/o cotejo de perfiles de ADN.

- **Entrada de información y procedimientos previos**

Es necesario tener presente que la [Crime and Security Act 2010] tiene aplicación en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, a diferencia de Escocia, la cual se ocupa de regular sus asuntos de justicia. Se entra entonces a analizar la normatividad aplicable en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte referente al manejo, obtención, retención, búsquedas, destrucción y utilización de materiales probatorios (huellas dactilares y muestras). Por medio de la Ley se insertan artículos que permiten reducir los requerimientos exigidos por la policía, para requerir pruebas a personas sospechosas de cometer un delito⁸¹.

Poderes para incautar material relacionado con un delito

Por medio de la [Crime and Security Act 2010] se insertan algunas subsecciones⁸² en la [Police and Criminal Act 1984] 61(5). Se refiere a los casos en que la Policía podrá tomar las huellas dactilares del detenido (sin el consentimiento) y almacenarlas junto con los datos del detenido asociados al delito [recordable offence]⁸³, en el computador de la Policía Nacional [Police National Computer]. La base de datos de la Policía podrá ser consultada por todas las autoridades policiales del Reino Unido.

Respecto al almacenamiento de las muestras no íntimas, la Policía del Reino Unido tiene la competencia para recolectar tanto huellas dactilares como muestras no íntimas⁸⁴ [non-

⁷⁹ http://www.icam.es/docs/ficheros/200812020004_6_1.pdf

⁸⁰ <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/dec/04/law-genetics-European-Court-Rules-DNA-database-breaches-human-rights.>; consultada el 04/12/2009, 10:00pm Poner el titulo del articulo no solo una dirección web¿, Citar directamente el fallo, no solo un articulo de prensa

⁸¹ La [Crime and Security Act 2010], sección 5 aporta una interpretación del concepto de delito. Debe interpretarse en relación con cualquiera de los países por fuera de Inglaterra y Gales, incluye un acto sensible de recibir una pena conforme a la ley de este país, de acuerdo a la descripción que recibe.

⁸² Las subsecciones adicionadas:(5 A) literal a, (5 B) literal a, b; substituidos, la subsección (6), (6ZA), (6Z B), (6ZC).

⁸³ El delito queda inscrito en PNC, una base de datos nacional administrada por la Policía Nacional, que puede ser consultada por todas las autoridades policiales del Reino Unido. Concepto de *recordable offence* <http://www.policespecials.com/forum/index.php?/topic/56672-what-is-a-recordable-offence/> consultada el 9/02/2012, 9:36am.

⁸⁴ Entre las muestras no íntimas se pueden clasificar el frotis bucal, la saliva, o muestras de cabello, proveen información de

intimates samples]. Se establecen tres momentos posibles para la toma de la muestra. Primero, cuando la persona ha sido detenida o se encuentra en custodia de la policía por orden de una corte (sin que exista consentimiento previo), siempre que no se le hubiera tomado la muestra no íntima en el curso de una investigación. Segundo, cuando una vez condenada la persona se haya emitido una caución respecto a ese delito. Tercero, cuando la muestra haya sido destruida durante la investigación (nuevos insertos en la 63(3A), (3ZA).

Por medio de la [Crime and Security Act 2010], se substituye la subsección (3BB) refiriéndose a que la orden de tomar la muestra no íntima, sólo podrá autorizarla un oficial o una persona que tenga el rango de inspector como se especifica en la subsección (3B) del [Police and Criminal Evidence Act 1984]. Esta autorización podrá emitirla un oficial, si está seguro que el análisis de la muestra permitirá prevenir o detectar al posible delincuente (3BC) del [Police and Criminal Evidence Act 1984].

En este caso la Policía es el ente encargado de llevar a cabo la investigación del delito, a diferencia de Colombia donde el órgano que lleva a cabo la investigación es la Fiscalía, y es en esta etapa en la que se aportan las pruebas al proceso, y se demuestra si son conducentes o no para continuar con el juicio; otra marcada diferencia que se presenta con Reino Unido, es la ausencia del control de legalidad (emitido por un juez de garantías) previo a la toma de la muestra del detenido. La Policía es un ente autónomo, facultado por la Ley para llevar a cabo la toma de huellas dactilares y muestras (íntimas, no íntimas).

Toma de huellas dactilares o muestra no íntima. En el momento de la toma de huellas dactilares⁸⁵ o muestra no íntima⁸⁶ la policía debe entregar información precisa a la persona, siempre que la prueba se practique sin el consentimiento apropiado en virtud de algún poder conferido por la sección 61 de la [Police and Criminal Evidence Act 1984]. A la persona se le debe informar, la razón por la cual se toman las huellas, el poder que confiere dicha toma, la autorización de la corte o el requerimiento al oficial para que tome la muestra. Una vez se cumpla este procedimiento, las huellas serán almacenadas en la base de datos.

Toma de muestras íntimas. Antes de llevar a cabo la toma de muestras íntimas⁸⁷, un oficial deberá informar a la persona la razón por la cual se realiza la toma de la muestra, que existe una autorización previa para la toma de la muestra la cual cuenta con un marco normativo vigente; por último, si la muestra fue tomada en una estación de policía, informar que la muestra es objeto de una búsqueda especulativa para establecer la autoría de un delito. Una vez la muestra fue tomada, la información debe ser almacenada en el computador de la policía, haciendo claridad que se llevó a cabo el procedimiento descrito previamente para lo cual se cuenta con el consentimiento previo de la persona.

Cuando las huellas dactilares o muestras no íntimas, provengan de una persona condenada estas podrán ser cotejadas con las muestras íntimas, muestras no íntimas y huellas almacenadas⁸⁸. De otro lado, cuando las huellas dactilares o muestras sean tomadas fuera

ADN. <https://www.privacyinternational.org/article/uk-expands-dna-database-through-criminal-justice-and-public-order-act-1994> consultada el 9/02/2012, 18:22 pm.

⁸⁵ [Police and Criminal Evidence Act 1984], 61(7) literales a y b.

⁸⁶ [Police and Criminal Evidence Act 1984], 63, (6), (7), (8A)

⁸⁷ [Police and Criminal Evidence Act 1984], Sección 62, subsección 5, 6, 7

⁸⁸ [Police and Criminal Evidence Act 1984], Sección 63A, 1E

de Inglaterra o Gales (sección 61, 62(2A), 63(3E), las muestras digitales o muestras o información derivada de las muestras podrá cotejarse con la información almacenada en la base de datos.

En la sección 63A se inserta el apéndice 2A(4), el cual regula las situaciones, donde un agente de policía puede solicitar a una persona que asista a la estación de policía, para llevar a cabo la toma de huellas dactilares o muestras (íntimas, no íntimas)⁸⁹. Para solicitar huellas digitales podrán citar a personas arrestadas y dejadas en libertad, personas con cargos, condenadas por cometer un delito al interior de Inglaterra o Gales, también a quienes cometieron un delito fuera de Inglaterra y Gales, personas sujetas a orden de control.

Cuando la Policía solicite muestras íntimas podrá citar a la persona sospechosa, si en el curso de la investigación se hubieran practicado dos o más muestras pero el análisis hubiera sido insuficiente. En el caso de personas condenadas de cometer un delito fuera de Inglaterra o Gales, un agente puede solicitar a una persona que comparezca a la estación de policía, en caso que las muestras tomadas previamente arrojaran un resultado defectuoso o insuficiente. Por último, podrá solicitar muestras no íntimas de personas que fueron detenidas y dejadas en libertad, a personas con cargos, a personas condenadas al interior de Inglaterra o Gales, o fuera de este territorio, por último a personas con orden de control. La persona recibirá una citación para asistir a la estación de policía, donde se especificará hora y fecha; la norma establece como tiempo máximo para comparecer a la estación de Policía 7 días⁹⁰. Por la no comparecencia, la persona podrá ser arrestada por un agente sin orden judicial⁹¹. Esta sección de la norma va en contravía del artículo 8° de la Convención de Derechos Humanos (derecho a la vida y familiar). Más aún cuando los laboratorios deben contar con la certificación, como lo dispone la Ley.

En la Ley [Crime and Security Act 2010], a partir de la sección 8 se encuentra la normatividad que se inserta en la [Police and Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1989] aplicable en Irlanda del Norte, relativa a la toma de muestras (íntimas, no íntimas) y huellas dactilares. Una de las temáticas centrales, amplía las facultades de la policía para practicar la toma de huellas dactilares⁹² y muestras no íntimas⁹³ al interior de Irlanda del Norte, a sospechosos, condenados y a quienes gozan de libertad bajo fianza sin que se le hubiesen tomado muestras durante la investigación. Cuando las huellas dactilares⁹⁴ o muestras⁹⁵ se han tomado fuera de Irlanda del Norte, contiene los mismos elementos normativos aplicables a Inglaterra y Gales, analizados previamente. Las huellas digitales, muestras o información derivada de las muestras, se podrá cotejar con la información almacenada en la base de datos.

Al igual que en Inglaterra, la Policía es competente para solicitar huellas digitales de grupos de personas que cumplan con alguna de las siguientes características; a personas arrestadas y dejadas en libertad; a personas con cargos, condenadas por cometer un delito al interior de Irlanda del Norte, por último a quienes cometieron un delito fuera de Irlanda del

⁸⁹ [Police and Criminal Evidence Act 1984] Subsección 63 A, Schedule 2 A, parte 1, parte 2, parte 3

⁹⁰ [Police and Criminal Evidence Act 1984] Subsección 63 A, Schedule 2 A, parte 4, 16

⁹¹ [Police and Criminal Evidence Act 1984] Subsección 63 A, Schedule 2 A, parte 4, 17

⁹² En el Art. 61 se insertan 5A, 5B, 6, 6ZA, 6ZB, 6ZC, 6ZD, cuando las muestras se toman al interior de Irlanda del Norte.

⁹³ Art. 63 se insertan 3ZA, 3ZB; se substituye 3BA, 3BB, 3BC, 3BD.

⁹⁴ En el Art. 61 se insertan los parágrafo 6D a 6F, referentes a la toma de huellas dactilares

⁹⁵ Muestras íntimas: art. 62, 2 A, 2B; no íntimas: art. 63, 3D, 3E, 3F, 3G.

Norte, personas sujetas a orden de control. En cuanto la solicitud de muestras íntimas la Policía podrá citar a quien esté involucrado en un delito, o a personas que hayan sido condenadas fuera de Irlanda del norte. Por su parte, podrá solicitar muestras no íntimas de personas que fueron detenidas y dejadas en libertad, a personas con cargos, a personas condenadas al interior de Irlanda del Norte, o fuera de ella, por último a personas con orden de control. En general la normatividad contiene los mismos lineamientos tanto para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.

- **Administración de la información almacenada en la base de datos**

La Ley sobre Tejido Humano [Human Tissues Act 2004] reglamenta los aspectos relacionados con el manejo de cuerpos y piezas anatómicas⁹⁶, aplicable en el territorio del Reino Unido (Inglaterra, Gales, Irlanda del Norte y Escocia).

En la sección (13) se establece que habrá una persona jurídica conocida como la Autoridad⁹⁷ de tejidos humanos. A partir de la sección (14), parte 2, se regulan las actividades que involucran tejidos humanos; se enumeran las actividades que deben ser vigiladas por las autoridades encargadas del manejo de tejidos humanos. Se establece una excepción a la sección 2(eii), por medio de la cual el Secretario de Estado podrá decretar, por medio de reglamento, el almacenamiento de tejidos humanos con un propósito específico (sección 16(3)), relacionado con la defensa.

La ley establece en la sección 30(1), que una persona comete un delito si está en posesión de una pieza anatómica, la cual no se encuentra almacenada en uno de los lugares que cuentan con una licencia⁹⁸ de acuerdo a lo establecido en la sección 16(2)⁹⁹. La sección 39(2) dispone una excepción a la sección 39(1), aclarando que se podrán analizar muestras de ADN cuando el propósito sea la prevención o detección de un delito; o la realización de un proceso judicial; inclusive posibilita llevar a cabo un análisis post mortem al interior de una investigación llevada a cabo por un juez de instrucción¹⁰⁰. La realización de una autopsia no incluye la remoción de tejido. Esta excepción no está relacionada con las secciones 14(1) o 16(2) analizadas en párrafos anteriores del presente capítulo.

La [Crime and Security Act 2010], a partir de la sección (14) introduce la retención, destrucción y uso de huellas dactilares y muestras. La sección sobre retención de muestras aplica para el siguiente material: muestras, huellas dactilares o de zapatos; o perfiles de ADN provenientes de una muestra. Cualquiera de las muestras mencionadas, deben provenir de una persona en quien recaigan los lineamientos de la Parte 4 de la presente Ley; o deben ser tomadas en conexión con la investigación de un delito (previo consentimiento del titular). El material podrá ser almacenado, una vez se cumpla el propósito para el cual fue recogido¹⁰¹.

⁹⁶ Una pieza anatómica, proviene del cuerpo de una persona fallecida para ser examinado (incluidas las piezas de dicho organismo). [Human Tissues Act 2004], Sección 41(1).

⁹⁷ Los miembros de la Autoridad son enumerados en el Apéndice 2 de la [Human Tissues Act 2004]; está conformado por el Presidente nombrado por el Secretario de Estado y los miembros que este considere pertinentes, un miembro designado por la Asamblea Nacional de Gales y otro por el departamento correspondiente a Irlanda del Norte.

⁹⁸ Licencia de anatomía [Anatomy license]; de acuerdo a la sección 30(8) se interpreta como una autorización de licencia para realizar exámenes anatómicos o el almacenamiento de especímenes anatómicos.

⁹⁹ [Human Tissues Act 2004], 16(2), requerimiento de licencias.

¹⁰⁰ [Human Tissues Act 2004] 39, 2 Criminal justice purposes

¹⁰¹ [Police and Criminal Evidence Act 1984], Sección 64(1); 64(2).

*Retención de la muestra con el consentimiento calificado*¹⁰². Cuando la persona firma el formato de consentimiento, requerido para obtener la muestra (y posterior extracción del perfil genético), o las huellas digitales o marcas de calzado, no se requiere destruir el material, excepto la toma de huellas dactilares con propósitos de identificación (sección 64ZL).

Respecto al manejo de la información, otro de los aspectos que se insertan en la [Police and Criminal Evidence Act 1984], es la destrucción las muestras de ADN, que se llevará a cabo tan pronto se obtenga el perfil genético, o 6 meses después de la toma de la muestra. Cualquier otra muestra sobre la cual recaiga la sección (64) deberá destruirse 6 meses después de haber sido tomada. (Sección 64ZA (1), (2)).

Destrucción de los datos genéticos

La norma regula la forma en que debe operar la destrucción de datos dependiendo de la situación del titular de los datos, entre los cuales se encuentran los datos entregados voluntariamente (sección 64ZB), los datos de una persona sujeta a orden de control (sección 64ZC), los datos de una persona no condenada (sección 64ZD), datos de un menor de 18 años no condenado por un [recordable offence] distinto de delito calificado (sección 64ZE), datos de un menor de 16 años no condenado por un delito calificado (sección 64ZF), datos de una persona entre 16 y 17 años (en el momento de la comisión del delito) no condenado por delito calificado (sección 64ZG), datos de un menor de 18 años condenado por un [recordable offence] distinto de un delito calificado (sección 64ZH).

La destrucción de huellas tomadas con propósitos de identificación (sección 61(6A)) deberá llevarse a cabo una vez se cumpla el objetivo para el cual fueron tomadas (sección 64ZJ).

La sección (64ZA) dispone que cuando la sección 64 tenga aplicación sobre una muestra de ADN, la muestra podrá ser destruida y deberá notificarse al titular de las muestras acerca de la destrucción¹⁰³. Si se requiere la destrucción de un perfil genético en virtud de la sección (64ZB) o (64ZJ), no se podrán mantener copias de huellas dactilares o de calzado, salvo en alguna forma que no permita la identificación de la persona titular de los datos (64ZM).

Uso del material retenido (sección 64ZN)

En este punto se especifican 2 causas de destrucción de las muestras: Primero, si es fruto de una entrega voluntaria por parte del titular. Segundo, se destruyen con el consentimiento de la persona las huellas dactilares, las marcas de calzado y el perfil de ADN en el caso de haber entregado la muestra voluntariamente en el curso de la investigación de un delito; si la información ha encausado al arresto de la persona de quien provino la muestra, y aún no se ha relacionado con un delito diferente al delito de la investigación.

Para el caso de una persona no condenada, debe eliminarse la información en un periodo no mayor a seis años. Para el caso de menores de 18 años, no condenados, y delitos graves, como delitos menores, se debe eliminar a los tres años de haberse tomado la muestra. En

¹⁰² El consentimiento es la manifestación libre e informada que emite la persona respecto a la muestra que se le ha tomado, para que sea analizada y se obtenga el perfil genético, con propósitos identificativos o de investigación biomédica.

¹⁰³ Insertada en [Police and Criminal Evidence Act 1984] subsección 64ZM

caso de haber varias muestras, se toma como referencia la toma de la primera muestra. La destrucción de datos se especifica para un periodo posterior de seis años para los mayores de 16 años, que han, o no, sido condenados. La excepción de eliminación menor a seis años, se da para los menores de 16 años que no han sido condenados. En este caso se eliminará posterior a los tres años de haberse almacenado el perfil.

- **Salida de información y procedimientos posteriores**

La normatividad sobre la destrucción de las pruebas en el Reino Unido contempla la combinación de diferentes factores que ya se han evidenciado previamente en este aparte, como lo son:

Calidad del titular de los datos, respecto a investigación criminal o proceso judicial.

Edad del titular.

Situación del titular de la muestra, huella o dato al interior del proceso (sospechoso, indiciado, condenado).

Tipo de la muestra (huella, muestra o los datos derivados de estas).

Criterio de ingreso: se cuenta con el consentimiento informado del titular, muestras obtenidas sin consentimiento, vestigios, situación ajena a investigación judicial.

- **Otros aspectos.**

En el Reino Unido se evidencia el detalle de la legislación. Esta profundidad para cada caso, no sólo ha de considerarse como un aspecto legal más, sino una respuesta del sistema de justicia de conocer y hacer público el manejo de dicha información.

El Anexo 2 de este documento presenta la clasificación de la legislación del Reino Unido¹⁰⁴.

El caso de la Unión Europea (para Reino Unido y España)

Para España y Reino Unido, como miembros de la Unión Europea, aplica legislación en común.

De igual forma como se presentó para los países en comparación, los niveles normativos que se encuentran referenciados para la Unión Europea se mantienen salvo que la Constitución irá de la mano con la normatividad que contenga la Unión europea.

Para el año 2000 se presentaron tres documentos que expresaban el interés para la elaboración del Eurojust con base en el punto 46º de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, este interés provino de tres fuentes: República Federal Alemana; República Portuguesa, la República Francesa, el Reino de Suecia y el Reino de Bélgica; Comisión encargada de clarificar la posición de la Comisión en relación con la creación de Eurojust. Eurojust tiene su sede en La Haya y sus funciones son “promover la coordinación entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros” y “facilitar la ejecución de las

¹⁰⁴ Legislación que responde al concepto de DNA Database correspondiente a Reino Unido
<http://www.legislation.gov.uk/all?text=dna%20database>. Consultada el 31 de marzo de 2011, 11:35 a.m.

solicitudes y decisiones relativas a la cooperación judicial”. Cada país nombra por un periodo de cuatro años a un representante con atribuciones nacionales de juez o fiscal, así como un sistema de coordinación nacional de Eurojust que tiene las tareas de coordinar “el trabajo de los corresponsales nacionales de Eurojust.”

Para el desarrollo de dichas tareas, se contemplan las condiciones ante la justicia de las personas de las cuales se solicita o cede información, considerando explícitamente el manejo de los “Datos de Carácter Personal”¹⁰⁵ reflejando el interés en considerar lo que se ha expuesto anteriormente, concebido mediante el diagrama de niveles normativos.

Sobre la decisión de Prüm, que para materia de ADN se respalda en la Decisión 2008/616/JAI, la cual “recoge las disposiciones técnicas y administrativas indispensables para la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI. En ella se hace hincapié sobre todo en el intercambio automatizado de información sobre ADN, datos dactiloscópicos y datos de los registros de matriculación de vehículos, además de en otras formas de cooperación.” Sobre la decisión de Prüm, tiene como objetivo:

“intensificar la cooperación entre las autoridades policiales y aduaneras de los distintos países de la Unión Europea (UE) para poder luchar contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza de una forma más eficaz. Concretamente, las disposiciones de la presente decisión abordan el intercambio automatizado de información sobre acontecimientos importantes y con fines de lucha antiterrorista, así como otras formas de cooperación policial transfronteriza”¹⁰⁶.

“Eurojust puede realizar sus tareas por medio de uno o varios miembros nacionales o mediante un órgano colegiado. Eurojust puede solicitar a las autoridades de los Estados miembros interesados:

- emprender una investigación o actuaciones judiciales;
- crear un [equipo conjunto de investigación](#)
- tomar medidas especiales de investigación o de otro tipo.”

Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros.

Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI [Diario Oficial L 93 de 7.4.2009].

Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal¹⁰⁷.

¹⁰⁵ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/institutions_bodies_and_agencies/133188_es.htm

¹⁰⁶ http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/police_customs_cooperation/jl0005_es.htm

¹⁰⁷ http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/jl0018_es.htm

CAPÍTULO 3. BASE DE DATOS GENÉTICOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL: UNA MIRADA GLOBAL A LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

En este capítulo, en principio se pone de presente la tensión *prevención del delito vs derechos fundamentales*, se hace un repaso de los derechos susceptibles de afectación manifiestos en algunas sentencias de la Corte Constitucional: Luego se contextualiza la desaparición forzada en Colombia y las acciones por parte del Estado en torno a la identificación de las víctimas. Posteriormente se analiza la entrada de la información (de víctimas, sus familiares y personas vinculadas a un proceso) y procedimientos previos; las formas de intervención corporal para la obtención de muestras de ADN, la evidencia abandonada y los derechos del titular de la muestra. Ulteriormente se plantea la administración de los datos, a través del cotejo de datos, el control de legalidad. Finalmente se sugiere una discusión respecto a la salida y cesión de datos, debido a que en los artículos del Código Penal, no se previó ni la destrucción de los datos o de las muestras, ni la cesión de datos, pese a que existen solicitudes por parte de la INTERPOL.

- Tensión *prevención del delito vs. protección de derechos fundamentales*

A lo largo de esta investigación, se ha venido contextualizando la mencionada tensión. Retomando la discusión se trata utilizar y valorar de manera mesurada (principio de proporcionalidad) tanto las muestras, datos derivados y huellas dactilares al interior de un proceso penal - buscando establecer la participación o autoría de una persona imputada por un delito -.

En esta medida, el Estado colombiano está facultado por el código de Procedimiento Penal para almacenar este tipo de muestras y datos en la BDG-IC, con el fin único de detectar infracciones penales. Por su parte al INMLCF, como administrador le corresponde garantizar el correcto ingreso y cotejo de los perfiles; para lo cual debe darse estricto cumplimiento al control de legalidad.

El primer caso resuelto gracias al análisis del perfil de ADN del victimario, fue el de Sandra Catalina Vázquez, una menor de 9 años violada y asesinada en la Estación de Policía Germania el 28 de febrero de 1993, por un policía adscrito a esa estación. El análisis de ADN fue realizado por el FBI, ya que en 1993 en Colombia no se realizaban dichas pruebas. El cotejo de los vestigios encontrados en el cuerpo de la víctima con el perfil de ADN del homicida, permitieron identificarlo y posteriormente procesarlo por ambos cargos. El Policía Diego Fernando Valencia fue condenado por homicidio agravado y acceso carnal violento a 45 años de cárcel, por medio de la Resolución de acusación proferida el 8 de febrero de 1996, y fue confirmada el 15 de marzo de 1996 por un Fiscal Delegado de los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca¹⁰⁸. En este caso el juez valoró tanto las pruebas determinantes (testimonios) como las pruebas de probabilidad (dictamen pericial del análisis de muestra de ADN del procesado).

Aunque el siguiente dato no pareciera pertinente en este momento, es necesario recordar

¹⁰⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, Proceso n° 12634, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla., 14 de Marzo de 2001.

que el condenado sólo estuvo detenido 10 años, la sociedad civil debe preguntarse dónde queda el sentido de prevención de infracciones penales del Estado una vez que emite una medida de detención distinta a privación de la libertad a un homicida y violador como Diego Fernando Valencia.

A continuación se hace un recuento de los derechos fundamentales susceptibles de afectación como consecuencia de los análisis de los perfiles de ADN, analizados por parte de la Corte Constitucional.

Derecho a la confidencialidad de los datos

La sentencia T-729 de 2002 propone una tipología de la información, la cual incluye como datos sensibles la ideología, inclinación sexual, hábitos de la persona, la información genética, los cuales se ubican en la categoría de información reservada.

En cuanto a los datos genéticos -también denominados datos sensibles- se requiere establecer las condiciones bajo las cuales debe hacerse la transferencia o cesión de datos a instituciones públicas o a terceros; las facultades y funciones de los curadores, y el manejo por parte de las entidades públicas. Se debe dar prioridad al interés general. Sin embargo, en Colombia no existe ley alguna que determine una entidad de control gubernamental, funciones, alcances y administración del manejo de la información en función de la confidencialidad. Es importante mencionar el caso de identificación del jefe paramilitar Carlos Castaño, en ese momento se acudió al perfil de uno de sus hijos, recurriendo al perfil que analizado por un laboratorio privado, lo cual generó una discusión en torno a la confidencialidad de los datos.

Es clara la inexistencia de medios que garanticen la confidencialidad de los datos reservados. El manejo de los datos genéticos se sale del espectro de control del titular de estos datos. Además, no existe una garantía por parte del Estado respecto al manejo o cesión de los datos a otros Estados u organismos como el FBI o la INTERPOL.

Se evidencia entonces la necesidad de asignar una función adicional al juez de garantías, referente a garantizar el manejo adecuado de los datos genéticos almacenados en la BDG-IC.

Derecho a estar informado

La sentencia de la Corte Constitucional T- 414 de 1992 estableció que el individuo es el titular y propietario del dato personal, por tanto debe ser informado del ingreso de sus datos personales a una base de datos.

Derecho a la intimidad y a la libertad

Este derecho ha sido proclamado en distintas constituciones políticas¹⁰⁹, la Constitución colombiana por ejemplo lo consagra en el artículo 15.

“Artículo 15 Constitución Política. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se

¹⁰⁹ Ver art. 17 de la Constitución de la Comunidad Europea.

hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.”

Al respecto, la Comunidad Europea de Derechos Humanos (Consejo de Europa) expresó que “la ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración”¹¹⁰.

A nivel de los derechos fundamentales tales como el derecho a la intimidad o información de naturaleza reservada, se pueden ver vulnerados una vez que se procede a la intervención corporal sin el consentimiento de persona.

Derecho a la integridad física y a la dignidad de una persona

La normatividad que regule las pruebas de ADN debe garantizar que la toma de la muestra no vaya en contravía de los derechos a la dignidad y a la integridad física, y que sea practicada por un personal técnico especializado.

Puede decirse que se está frente a tratos degradantes, una vez se toman medidas que provocan en el individuo sentimientos de miedo, angustia y de inferioridad, lo anterior de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia del TEDH¹¹¹.

Derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

La solicitud realizada por parte del fiscal encargado de la investigación al indiciado para que entregue una muestra corporal para su posterior análisis, no está afectando el derecho fundamental consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política. En este caso sólo se está solicitando realizar una pericia técnica.

El contexto colombiano

La genética como ciencia experimental rebasa los límites normativos diseñados en el marco de un sistema social. Por tanto la implementación de una base de datos genéticos de investigación criminal (BDG-IC) requiere un marco normativo que regule el manejo de los datos, garantizando los derechos de quienes se obtuvieron los perfiles genéticos y la información asociada a estos. En la BDG-IC a diario se ingresan perfiles genéticos de restos humanos de víctimas de desaparición forzada o de sus familiares, o de muestras tomadas a personas vinculadas a un proceso o de evidencias abandonadas en la escena del crimen.

Entre los aspectos que debe contener la regulación de la (BDG-IC), están el tipo de información personal almacenada considerada como dato sensible, su recolección y

¹¹⁰ Decisión 8278/78 de 13 de octubre de 1979.

¹¹¹ Moreno Verdejo, Jaime. ADN y Proceso Penal: Análisis de la Reforma Operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre. Fiscal del Tribunal Supremo, pág. 29. España 2004

almacenamiento, los usos dados a la información, los organismos que tienen acceso a esta información y los alcances del ente administrador de la BDG-IC.

El análisis de la normatividad relacionada con manejo de la BDG permite identificar la limitación normativa en este campo, que involucra los derechos fundamentales ya sea porque están vinculados a un proceso judicial en calidad de indiciados, enjuiciados, condenados, o porque se trata de víctimas de acceso carnal violento o víctimas de desaparición forzada. Precisamente a continuación se analiza la desaparición forzada en contexto.

El fenómeno de la desaparición forzada en Colombia

La desaparición forzada o voluntaria, representa un rasgo característico del conflicto colombiano. Las causas obedecen a móviles y autores distintos. En la década de los 60, con la aparición de grupos guerrilleros el Estado colombiano declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio Nacional. En 1977 Felix Ermacora, realizó un informe para la Organización de las Naciones Unidas, en el cual recomendó adoptar medidas que impidieran durante situación de emergencia o Estado de sitio, la exoneración de órganos o agentes del Estado de cumplir las leyes, o absolverlos de su responsabilidad por violaciones a los derechos humanos. Entre la década de los 70 y los 80, el patrón de la desaparición forzada pasa de algunos casos individuales en zonas urbanas a desapariciones colectivas y en zonas rurales, coincidiendo con el auge del paramilitarismo.

Manfred Nowak en 2001, recomienda la creación de un sistema de jurisdicción Universal para casos de desaparición forzada y la creación de un instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Resolución 2001/46 del 8 de enero de 2002).

En diciembre de 2006, se firma la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹¹², adoptada por unanimidad en Asamblea general de las Naciones Unidas; fue suscrita por 91 Estados, y hasta la fecha sólo 31 la han ratificado. Sin embargo, La Convención entró en vigencia el 23 de diciembre de 2010 tras haber sido ratificada por el mínimo previsto de 20 estados. El Congreso la aprobó mediante Ley 1418 de 1 de diciembre de 2010¹¹³ y la Corte Constitucional en revisión previa de constitucionalidad la Declaró Exequible mediante Sentencia C-620 de 2011, a marzo de 2012 sólo se conocía el comunicado de prensa anunciando el sentido de la decisión y no estaba disponible el texto completo de dicha sentencia¹¹⁴. Está disponible el Concepto del Procurador General de la Nación quien solicitó la exequibilidad de la Convención.¹¹⁵

Con motivo de la visita de la Comisión de Trabajo de Naciones Unidas (2006), se creó el Grupo Interinstitucional de Trabajo sobre Desaparición Forzada e Involuntaria, por iniciativa del Ministerio de Relaciones exteriores, conformado por organismos de seguridad del estado. El objetivo era preparar la información sobre los casos de desaparición forzada denunciados en instancias internacionales y el estado de las investigaciones. La metodología del trabajo

¹¹² <http://www2.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm>, consultada el 07/03/2011, 4:16 pm

¹¹³ Ley 1418/2010, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2010/ley_1418_2010.html

¹¹⁴ Comunicado de Prensa No. 33 de 17 y 18 de agosto de 2011

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2011/c-620_1911.html#1

¹¹⁵ http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/conceptos/2011/31%20marzo/LAT-363_C5129.doc

consistió en agrupar los casos por regiones, lugar de ocurrencia de los hechos y la naturaleza de los delitos. Entre las conclusiones más destacadas se encuentran las siguientes: La necesidad de crear herramientas legales para cumplir los objetivos del grupo, la falta de información completa sobre el número de desaparecidos, la dificultad de llevar a cabo el análisis sobre el resultado de las investigaciones, por la falta de estadísticas que podrían establecerse de acuerdo al número de denuncias en los juzgados de instrucción. Por la falta de un tipo penal de desaparición forzada, por ende la ausencia de investigaciones penales por esta conducta, se dificulta analizar la magnitud del problema. Las denuncias de los familiares muestran que la manera más común de desaparición forzada es el secuestro. El art. 347 C.P.P. establecía que si a los 60 días no se tenía individualizado el presunto infractor, el juez de instrucción ordenaría suspender la diligencia y el archivo temporal del caso. De esta forma ninguna investigación judicial puede haber arrojado resultados.

En 2009, el Departamento de Planeación Nacional, publicó el Conpes 3590, denominado “Consolidación de los mecanismos de búsqueda e identificación de personas desaparecidas en Colombia”¹¹⁶. El documento aclara que, las desapariciones voluntarias, serán incorporadas a la política de búsqueda e identificación, esto implica que una vez se compruebe que la desaparición es voluntaria o forzada, el Estado debe asumir la responsabilidad en materia de búsqueda, identificación y entrega. En relación con el tema, en el Informe anual 1986-1987 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos retoma en el capítulo V, un aparte de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, donde se aclara que “En tanto no se pueda determinar el paradero de la víctima o las circunstancias de su fallecimiento, debe considerárselo como un “detenido-desaparecido”, aún cuando pueda presumirse su muerte por el transcurso del tiempo y por la similitud con casos similares en el mismo país.”¹¹⁷

El 24 de mayo de 2011 se aprobó la Ley de víctimas y restitución de tierras o Ley 1448/2011¹¹⁸. El Estado colombiano reparará a todas las víctimas de desaparición forzada, contando a partir del 1º de enero de 1985, “para efectos del derecho a la verdad, a la reparación simbólica y de las garantías de no repetición”. Por otro lado, a partir del 1 de enero de 1991 se reconocerán los aspectos anteriores además de la restitución de tierras”¹¹⁹. Entre las temáticas más relevantes se aprobaron la institucionalidad de la ley, la facultad extraordinaria del presidente de la República para expedir por medio del decreto con fuerza de ley No.4633/2011, la regulación de los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, Afrocolombianas, raizales, palenqueras (Decreto 4635 de 2011), y pueblo Rom o gitano (Decreto 4634/2011), la exención de prestar servicio militar obligatorio a los hijos de víctimas de los estratos uno y dos. En cuanto a la institucionalidad se creó el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social¹²⁰, que tiene además una Unidad de Atención Víctimas¹²¹. El Departamento Administrativo está adscrito un centro nacional de memoria histórica; además, coordina las entidades a nivel

¹¹⁶ <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=GkDsdF%2BGi1s%3D&tabid=907>, consultada el 7/03/2011, 11:03am

¹¹⁷ <http://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87sp/cap.5a.htm>, consultada el 7/03/2011, 12:34pm

¹¹⁸ <http://www.mij.gov.co/Ministerio/Library/News/Files/CARTILLA%20LEY%20DE%20V%C3%8DCTIMAS%20Y%20RESTITUCI%C3%93N%20DE%20TIERRAS70.PDF> consultada el 07/03/2012, 1:55pm

¹¹⁹ http://www.cnrr.org.co/contenido/09e/spip.php?article4270&var_mode=calcul consultada el 13/04/2011, 2:45pm

¹²⁰ Página del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social

<http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=3&conID=544&pagID=820>

¹²¹ Página de la Comisión Nacional de Búsqueda de Desaparecidos

<http://www.dps.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=295&conID=1933>

nacional que hacen funcional la Ley 1448/2011. El Departamento es dirigido por el Comité Ejecutivo, integrado por el Presidente de la República o su delegado, el Ministro del Interior, el Ministro de Hacienda, el Director Nacional de Planeación, el director de Acción Social, y el director de la nueva Unidad Administrativa de Atención y Reparación a las Víctimas. En cuanto a la restitución de tierras, se aprobó el nombramiento de una nueva estructura judicial encargada de dirimir los procesos de restitución de tierras.

El marco jurídico de la desaparición forzada en Colombia está definido por la Ley 589/2000, en ella se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; además se crea la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas, como el órgano encargado de promover la investigación del delito de desaparición forzada¹²².

La temática de la desaparición forzada contempla perspectivas distintas que varían en función de la relación que se tiene o se establece con la víctima – a nivel familiar o institucional-. La perspectiva de la víctima y de sus familiares, quienes consideran la desaparición forzada como un delito de estado, llevado a cabo por agentes al margen de la ley o por agentes del Estado; es necesario que los familiares de las personas desaparecidas reciban apoyo psicosocial para asumir esta nueva situación en su vida. Por otro lado desde la perspectiva judicial se intenta resolver o depurar todos los casos de desaparición forzada presentados en Colombia apoyándose en la Ley 589/2000. Por último desde la perspectiva científica debe llevarse a cabo un procedimiento definido en cuatro pasos: el **Plan de Nacional de Búsqueda de Desaparecidos**, el cual permite resolver un caso de desaparición forzada. Este proceso culmina con la entrega de los restos de la persona desaparecida a sus familiares y la posterior reparación por parte del Estado¹²³.

El Plan Nacional de Búsqueda de Desaparecidos

El primer paso es la *búsqueda* iniciada por la fiscalía una vez se interpone una denuncia por parte de familiares del desaparecido.

El segundo paso es la *recuperación* del cadáver encontrado en fosas comunes. Inicia con la orden emitida por la Fiscalía, entidad que comisiona a un equipo conformado por lo menos por un antropólogo forense, un fotógrafo y un topógrafo. También asisten odontólogos forenses según la magnitud de la diligencia y la disponibilidad de personal para realizar la exhumación del cadáver. Actualmente con el proceso de justicia y paz, los desmovilizados dan la ubicación de las fosas comunes con el objetivo de obtener beneficios que permitan disminuir la pena. Cuando las coordenadas coinciden y se logra la recuperación de restos humanos, no siempre puede llevarse a cabo la identificación debido a que en la BDG-IC no se encuentran perfiles genéticos que coincidan con los restos encontrados. Es de aclarar que la BDG-IC (CODIS) en lo que tiene que ver con Identificación de desaparecidos es el último eslabón en la cadena del proceso que ha tenido que emplearse para identificar restos humanos debido a que en la mayoría de casos la información preliminar que ha obtenido la Fiscalía General de la Nación a partir de la investigación, con los testimonios de los familiares de la víctimas, de los testigos y de los mismos victimarios, ha sido la clave para orientar los casos. Es importante afirmar, que la mayoría de los casos de identificación de

¹²² <http://www.comisiondebusqueda.com/funciones.php>, consultada el 07/03/2012, 2:42pm

¹²³ Así, en la Ley 1408/2010 *Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su identificación y localización*, de 20 de mayo de 2010. Diario oficial 47.807

restos humanos que se han logrado por el Estado hasta el momento, ya estaban orientados y no se requirió la información almacenada en la BDG-IC (CODIS) para la obtención del resultado. Por otro lado si un perfil genético de un desaparecido está vinculado con otros desaparecidos de una misma familia que aún no se han logrado identificar, en ese caso se ingresa al CODIS el perfil de ADN y este va a servir para identificar a otros. Por otro lado, al 2012 después de ocho años de trabajo de identificación de desaparecidos, es evidente el aumento exponencial de perfiles genéticos que se excluyen en los cotejos con los grupos familiares y es en este punto donde el uso del CODIS es esencial dada su capacidad de cruce de información interinstitucional, es muy común que por ejemplo el CTI de la fiscalía tenga en su poder un cuerpo, pero sea medicina legal la que posea los perfiles de los familiares y solo con el CODIS se logra dar con esta coincidencia. El uso de la BDG-IC (CODIS) en este punto de las investigaciones es importante, ya que cada vez más se presentan casos no orientados, además la obtención de datos masivos se está dando en este momento (los familiares de las víctimas están aportando sus muestras de manera masiva y ya hay directrices de procesamiento de casos no orientados en los grupos de ADN forense del país.

Cuando no es posible llevar a cabo la identificación de restos humanos encontrados, el fiscal encargado del caso, se ve en la obligación de cerrar el caso, aunque no de manera definitiva, si en la investigación un perito encuentra un perfil genético que se excluye de un grupo familiar determinado, lo que tiene que hacer es ingresarlo al CODIS y si obtiene una coincidencia y la verifica, lo que tiene que hacer inmediatamente es comunicarla al grupo de identificación especializada, mirar la trazabilidad del caso e informar inmediatamente al fiscal para que el Fiscal del caso informe a la familia y entregue los restos. El INMLCF por su función de Morgue Nacional tiene los datos y cuerpos de personas NN que no tienen nada que ver con el conflicto armado o la desaparición forzada, sino que han sido víctimas de otras circunstancias sociales como la desaparición voluntaria, indigencia u otro tipo de violencia. En la base de datos estos perfiles se agrupan en otra categoría, y se espera que los cuerpos sean reclamados por sus familiares. Por lo anterior, tanto el INMLCF como el CTI y la DIJIN almacenan perfiles de ADN de restos humanos sin identificar en la base de datos de perfiles de ADN. De allí la importancia de centralizar la información referente a las denuncias por desaparición y la recolección de las muestras de ADN de los familiares de las personas desaparecidas y posterior almacenamiento en la BDG-IC.

El tercer paso, la *identificación* del cadáver. Le corresponde hacerla ya sea al INMLCF y su laboratorio de genética forense o al CTI y a la DIJIN). Para esto se debe contar con el perfil morfológico, carta dental, si el cadáver aún tiene tejido blando pueden cotejar las huellas, si se conoce algún rasgo de fractura se podría corroborar, y por último obtener el perfil genético, el cual posteriormente debe ingresarse a la BDG-IC, de acuerdo a lo indicado previamente para el segundo paso: recuperación del cadáver. Se realiza un informe llamado *la cuarteta básica* donde interviene el antropólogo, el odontólogo, el médico y sólo en algunos casos el morfológico, en su conjunto profesionales que hacen parte de los grupos de identificación especializada que hay en todo el país en las regionales y seccionales más importantes.

El cuarto paso, la *entrega* de los restos a los familiares y la posterior reparación en los términos de la Ley 1408/2010.

Algunos de los inconvenientes de este proceso radicaban en que el Plan Nacional de Búsqueda de Desaparecidos se aplicaba de forma incorrecta, por ende se presentaba desorden en el reporte de desaparecidos al SIRDEC, y no todas las instancias alimentaban esta base de datos, por tanto no había conexión entre las distintas instancias. Es a partir del 2006 y la entrada en vigencia del Decreto 4218/2005, que existe la obligación de actualizar estos datos, además se utiliza el formato único de personas desaparecidas, que deben diligenciarlo todas las autoridades. A partir de la vigencia de la Ley 1408/2010 estas funciones se llevan a cabo con mayor rigor.

Enseguida, se entra a analizar la Ley promulgada por el Estado colombiano en 2010, como homenaje a las víctimas de desaparición forzada.

La Ley 1408/2010¹²⁴

En agosto de 2010 se publica la Ley 1408/2010, en homenaje a las víctimas de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación.

El artículo 2° define algunos conceptos empleados a lo largo de la ley, entre ellos se encuentra el de víctima, perfil genético, muestra biológica de referencia, banco de perfiles genéticos de desaparecidos y cementerio. De manera general, las nociones se han definido exclusivamente en el marco de la temática sobre víctimas de desaparición forzada. De otro lado, el artículo 3° estipula que, las entidades relacionadas con denuncias por desaparición deberán entregar la información al INMLCF con el objetivo de actualizar el Registro Nacional de Desaparecidos, en cumplimiento a los requisitos y fuentes establecidas en la Ley 589/2000, en el Decreto 4218/2005 y en el Plan Nacional de Búsqueda. Por su parte, le corresponde a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas convocar a las entidades relevantes para realizar ajustes al formato único de personas desaparecidas (formato de obligatorio diligenciamiento para alimentar el SIRDEC que es otra base de datos donde se cruza mucha información personal referente al desaparecido y que tiene la posibilidad de hacer cruces con el AFIS y el Sistema de Identificación Red de Desaparecidos y Cadáveres (SIRDEC) de acuerdo con el Plan Nacional de Búsqueda y la regulación vigente, y el proceso de búsqueda e identificación.

Para el momento en que se promulgó la Ley 1408/2010, ya existía la BDG-IC administrada por el INMLCF. Esta contiene un índice para almacenar los perfiles genéticos de personas desaparecidas y de sus familiares, para lo cual se cuenta con el previo consentimiento informado. Sin embargo el art. 4° de la Ley determina la creación del banco de perfiles genéticos de desaparecidos bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación; a esta le corresponde permitir el acceso controlado por parte de otras instituciones con competencia forense, para efectos del proceso de identificación.

Es importante mencionar que se llevaron a cabo reuniones con representantes del INMLCF, la Fiscalía, el C.T.I. y otras entidades públicas. Años atrás se planteó la discusión respecto a si la institución debía tener a cargo la administración de la BDG-IC; si bien el INMLCF administra la base de datos del SIRDEC, cuenta con gran cantidad de datos de importancia, cuenta con laboratorios de ADN y demás; tiene una limitación basada en que los funcionarios

¹²⁴ *Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su identificación y localización*, de 20 de mayo de 2010. Diario oficial 47.807

del INMLCF no tienen funciones permanentes de policía judicial, entonces no conocen los casos de primera mano, no tienen funciones de campo como las exhumaciones o las jornadas de tomas de muestras, ni tienen acceso directo a las investigaciones, por tanto sus labores se limitan al funcionamiento de los laboratorios. Esto significa un flujo de información hacia el INMLCF muy costoso para el país. También debe tenerse en cuenta que el INMLCF depende de la Fiscalía General de la Nación en jerarquía institucional. Anteriormente esto es lo que generó demoras en los procesos (los acostumbrados juegos de poder al interior de estas instituciones).

Finalmente se decidió que el banco de perfiles genéticos de desaparecidos continuaría bajo la administración del INMLCF. El argumento fuerte radica en la salvaguarda de los perfiles genéticos de las víctimas y de sus familiares, especialmente cuando la Fiscalía General de la Nación es el órgano investigador, que debe presentar los elementos probatorios al juez de conocimiento de una investigación. Esto implica entonces que el ente investigador no puede tener a su alcance los elementos probatorios a presentarse al interior de una investigación o juicio, porque puede incurrirse en una falta al principio de imparcialidad.

El art. 5°, párrafo 5 dispone que los datos y las muestras provenientes de restos encontrados o de familiares de las víctimas, deben recibir un tratamiento acorde con el derecho al *habeas data*, los protocolos y la regulación internacional en torno al consentimiento informado, la confidencialidad, la conservación, la protección y uso exclusivo de la muestra para fines de identificación.

En materia de protección jurídica de los datos genéticos humanos, Colombia cuenta con una regulación limitada. Organizaciones Internacionales como la UNESCO y el Consejo de Europa han alcanzado avances normativos importantes, que si bien son considerados como *soft law*¹²⁵, es decir documentos no vinculantes, pueden impulsar a los Estados a la creación de normatividad en torno a los temas desarrollados¹²⁶.

Retomando la Ley 1408/2010, el art. 7 establece que la Unidad Administrativa de Atención y Reparación a las Víctimas entregará recursos a los familiares de las víctimas para solventar los gastos funerarios, de desplazamiento, hospedaje y alimentación durante el proceso de entrega de cuerpos o restos. Así mismo, el Ministerio de Protección Social se encargará de que los familiares de las víctimas que resulten identificadas reciban atención psicosocial durante el proceso de entrega de los restos (art. 8).

Los cuerpos y restos que no hayan sido identificados, serán enterrados en los cementerios de manera individualizada; los datos genéticos permanecerán almacenados en la BDG-IC y

¹²⁵ Instrumentos que comprenden, desde los tratados que sólo incluyen obligaciones suaves (derecho suave legal), resoluciones no vinculantes o voluntarias y códigos de conducta formulados y aceptados por organizaciones internacionales y regionales (derecho suave no-legal), hasta declaraciones preparadas por individuos no gubernamentales, que pretenden establecer principios internacionales. CHINKIN, Christine M. *The Challenge of Soft law: Development and Change in International Law*, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p 850-866.

¹²⁶ La Corte Constitucional ha entendido que los tratados y convenios internacionales a los que hace referencia el artículo 93 superior, integran la Carta Política en la medida en que sus disposiciones tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto constitucional. Tales preceptos internacionales complementan la parte dogmática de la Constitución, conformando el llamado bloque de constitucionalidad, que está constituido por aquellas normas y principios que sin aparecer expresamente en el articulado de la Constitución, han sido integrados a ella por diversas vías. Ver Sentencia C-240/09 Corte Constitucional. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-240-09.htm>

la información referente a la ubicación final de los restos se reportará al Registro Nacional de Desaparecidos (art. 11).

Ahora se abordan los aspectos referentes a entrada, administración y salida de datos, se incluirán los apartes de la Ley 1408/2010 que tengan relación con aspectos. Este ejercicio permitirá establecer las fortalezas y debilidades de la regulación existente en Colombia.

- **Entrada de información y procedimientos previos**

Para el caso de víctimas de desaparición forzada y sus familiares, la Ley 1408/2010 estipula que, corresponde a los laboratorios estatales de genética forense, llevar a cabo la toma de la muestra de cuerpos o restos humanos hallados; así como de los familiares de las víctimas de desaparición forzada, quienes decidirán voluntariamente entregar una muestra. En todos los casos, el laboratorio forense se encargará de procesar, indexar y almacenar el perfil genético (art. 5, parágrafo 2). La autoridad, en cabeza del laboratorio que toma la muestra entregará una constancia de la diligencia a la persona que la suministró (art. 5°, parágrafo 3).

En cuanto al análisis de muestras biológicas y datos de ADN, el INMLCF cuenta con distintos grupos de análisis. Un primer grupo se encarga de las muestras de restos humanos para identificación de desaparecidos - Justicia y Paz y derechos humanos -. Un segundo grupo se encarga de las muestras de escena del crimen y delitos sexuales. El tercer grupo es el convenio con el ICBF para paternidades civiles; este es el Laboratorio más grande que hay en cuanto a personal también tiene una sede en Medellín y otra en Cali. El laboratorio de genética del CTI aunque tiene la capacidad de análisis de casos y delitos sexuales recibe muy pocos casos, sin embargo los recibe especialmente en casos de prioridad nacional o casos relevantes que se deban analizar en tiempo record. Su mayor esfuerzo lo dedica a los casos de de restos humanos para identificación de desaparecidos - Justicia y Paz y derechos humanos -. Debe tenerse en cuenta que la capacidad de este laboratorio es mediana a nivel del personal con el que cuenta; actualmente cuenta con una sede en barranquilla que se encarga del análisis de las muestras de familiares de víctimas. El laboratorio de genética de la DIJIN fue creado con énfasis en casos criminales sin embargo hoy día también se enfoca en el análisis de restos humanos para identificación de desaparecidos (Justicia y Paz y derechos humanos). Este es el laboratorio más pequeño y con menor volumen de casos, solo tiene una sede ubicada en Bogotá. Los tres laboratorios tienen la obligación de compartir la información según la Ley 1408/2010 aunque antes de formularse esta ley se había previsto este compromiso.

Los tres laboratorios están acreditados bajo la norma técnica de calidad ISO/NTC IEC 17025 para laboratorios de ensayo, estándar internacional que indica el alto nivel de calidad y competencia que tienen estos laboratorios para el análisis forense de ADN. Los tres laboratorios cuentan con el software CODIS para llevar a cabo el cotejo de perfiles de ADN en todos los casos, ya sean criminales o desaparecidos. Un aspecto problemático puede ser la frecuencia y forma como se cotejan los perfiles genéticos interinstitucionalmente, y la manera como comparten la información.

Ahora se pasa al tema referente a la toma de muestra o incautación de material para el caso de imputados vinculados a un proceso. El Código de Procedimiento Penal contempla tres

momentos en los cuales la Fiscalía¹²⁷ puede intervenir para incautar material o para privar de la libertad a una persona manera excepcional. El primero de ellos permite la habilitación legal para “realizar excepcionalmente capturas”, (nral 1º art. 250 Constitución Política), lo cual permite llevar a cabo el control de legalidad posterior, dentro de las 36 horas siguientes a la captura. El segundo establece los “registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones” (nral. 2º, art. 250 Constitución Política), se ejerce un control de legalidad con posterioridad a la práctica de las medidas que no supere las 36 horas siguientes. El tercero concibe otras “medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales” (nral 3º; art. 250 Constitución Política). Las medidas descritas requieren “autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello”. Así las cosas, lo dispuesto en el art. 250 de la Constitución Política implica que las intervenciones de la Fiscalía que requieren autorización judicial, operan sobre la persona contra quien cursa la investigación, excepto la práctica de exámenes sobre la víctima de delitos o agresiones sexuales¹²⁸ (Sentencia C-334/2010).

De este modo la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2009¹²⁹, aclara que en el sistema penal acusatorio, la labor del investigador (el fiscal encargado del caso) consiste en la pesquisa de evidencias que lleven a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. En ese sentido, los actos de la Fiscalía no son jurisdiccionales (al interior de un juicio penal) sino de investigación. Estos actos se llevan a cabo durante la investigación, son solicitados por el fiscal del caso, con ellos se busca contar con pruebas suficientes para que el juez de conocimiento formule cargos al interior de un juicio penal. Los actos de investigación que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, deben contar con el control de legalidad, impartido por el juez de garantías. El Juez de garantías es quien autoriza y convalida estos actos en el marco de las garantías constitucionales, procurando el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y la protección de los derechos fundamentales del implicado. De la Sentencia C-025/2009 se infiere que, siempre que se lleve a cabo el cotejo de un perfil genético en la BDG-IC administrada por el INMLCF, se debe contar con el control de legalidad.

El control de legalidad

El Código de Procedimiento Penal concibe algunas actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización, en el capítulo II. La primera de ellas permite la búsqueda de información en bases de datos (art. 244 C.P.P.); la segunda, establece las condiciones necesarias para llevar a cabo el examen de ADN (art. 245 C.P.P.).

El artículo 244 del C.P.P. establece que la policía judicial podrá realizar cotejos de datos a través de búsquedas selectivas, en bases de datos mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre que se trate del simple cotejo de información de acceso público.

El inciso 2º del art. 244, establece que siempre se requiera acceder a información confidencial del imputado o indiciado almacenada en bases de datos, o cruzar información referente a una misma persona entre distintas bases de datos, será necesaria la autorización previa del fiscal que dirige la investigación; para estos efectos se aplicarán las disposiciones

¹²⁷ El Acto Legislativo No. 3 de 2002 modifica el artículo 250 de la Constitución Política.

¹²⁸ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-334-10.htm> Consultada el 11/04/2011, 7:50pm

¹²⁹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-025-09.htm> Consultada el 11/04/2011, 9:30pm

referentes a registros y allanamientos.

El inciso 3° establece para los casos anteriormente descritos, que el control de legalidad se llevará a cabo dentro de las 36 horas siguientes a la culminación de la búsqueda de los datos, por parte del juez de control de garantías, puesto que se involucran los derechos fundamentales del titular de los datos.

De otro lado, el artículo 245 C.P.P. establece como requisito la orden expresa del fiscal que dirige la investigación, cuando se requiera la práctica de exámenes de ADN. Posteriormente la muestra será analizada para determinar si el perfil genético del indiciado o imputado coincide con las evidencias encontradas (fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio). Dicho análisis permitirá conocer los datos personales (información sensible) del titular como son la raza, el tipo de sangre y la huella dactilar.

Cuando se lleve a cabo el examen de ADN, no se contará con la presencia del defensor, y tampoco con la revisión de legalidad por parte del juez de garantías. Sólo será necesaria la orden expresa del fiscal que dirige la investigación. Esto representa una diferencia indiscutible con el art. 247 C.P.P, referente a inspección corporal. De inmediato surge la duda acerca de por qué no se cuenta con estas garantías, cuando se lleva a cabo la toma de la muestra de ADN y posterior obtención del perfil genético, considerado como información confidencial.

El inciso 2°, del art. 245 indica que en caso de requerir cotejo del perfil genético del indiciado o imputado, con datos almacenados en bancos (de esperma o de sangre), muestras de laboratorios clínicos, consultorios (médicos u odontológicos), es necesaria la revisión de legalidad del acto, dentro de las 36 horas previas al cotejo del perfil genético¹³⁰ del indiciado o imputado, por parte del juez de garantías.

Acorde con el tema, en sentencia C-334/2010 de la Corte Constitucional, se declaró inexecutable la expresión "...dentro de las 36 horas *siguientes* a la terminación del examen respectivo de ADN" (inciso segundo, artículo 245 C.P.P, incluido en la Ley 906/2004), por considerar que afecta el derecho a la intimidad, relacionado con la entidad propia del acusado. El estudio de constitucionalidad del artículo 245 del C.P.P. (incluido en la Ley 906/2004), muestra que para realizar el cotejo del perfil genético del indiciado con otros perfiles genéticos almacenados en bases de datos, es necesario que el juez de control de garantías lleve a cabo la revisión de legalidad dentro de las 36 horas previas al cotejo.

De otra parte, el capítulo III, Ley 906/2004, referente a las actuaciones que requieren autorización judicial previa a su realización, establece en el artículo 246 C.P.P. como regla general, la autorización previa emitida por el juez de garantías, como requisito para llevar a cabo actuaciones que adelante la policía judicial, donde puedan resultar afectados los derechos y garantías fundamentales del imputado. Se encuentran por fuera de esta regla general los artículos 244 y 245, previstos en el capítulo II de la Ley 906/2004.

El artículo 247 C.P.P. autoriza la inspección corporal siempre que el Fiscal General o el Fiscal tengan motivos fundados para creer que en el cuerpo del imputado existen elementos

¹³⁰ El subrayado no hace parte del texto original (art. 245 C.P.P.).

materiales probatorios y evidencia física para la investigación. La inspección corporal se refiere específicamente a elementos materiales (algún tipo de armas) que puedan encontrarse en el cuerpo del imputado, no se relaciona con material biológico. A lo largo de la diligencia se contará con la presencia del defensor del implicado.

En el aparte *tensión del delito vs derechos fundamentales*¹³¹ contenido en el presente capítulo se relacionan los derechos fundamentales que se afectan una vez se llevan a cabo estas búsquedas en BDG-IC, o el cruce de información confidencial entre los datos almacenados en las distintas bases de datos, con el objetivo de verificar información de un indiciado o imputado.

Situaciones en las que no aplica el control de legalidad

En los casos en que el indiciado o vinculado a un proceso se niegue a dar la muestra, se debe contar con el control de legalidad emitido por un Juez de Garantías, siempre que la policía judicial vaya a realizar un procedimiento de toma de muestra como lo indica el artículo 245 del C.P.P.

Primera situación. Este requisito se exige en los casos donde un perito –perteneciente a un laboratorio adscrito al INMLCF-, vaya a realizar un cotejo del perfil genético extraído de una muestra relacionada con una investigación penal, encontrada en la escena del crimen, de la cual no se conoce el titular. Si bien el Código de Procedimiento Penal describe el procedimiento a realizar en una investigación como parte de un proceso penal, en Colombia actualmente no se están garantizando los derechos del sospechoso, indiciado o vinculado a un proceso debido a que no se está dando estricto cumplimiento al inc. 2°, artículo 245 del C.P.P. referente al Control de legalidad¹³², situación que se pudo corroborar gracias a la información proveniente del personal especializado del laboratorio de genética del INMLCF¹³³. El inconveniente, se presenta debido a que hay posiciones divididas por parte de los fiscales, respecto al cotejo o ingreso de perfiles genéticos a la BDG-IC. Algunos solicitan a los peritos que realicen el cotejo, sin haber cumplido con el requisito previo del control de legalidad, a su vez entre los peritos surgen dos situaciones, una donde los peritos autorizados responden que para ellos es necesario que se dé cumplimiento al requisito. Otros en cambio consideran si el fiscal del caso no realizó el control de legalidad puede llevarse a cabo el cotejo o ingreso del perfil. Esta situación se presenta por la falta de normatividad existente que obligue o no a exigir un estricto cumplimiento de la documentación.

Segunda situación. Cuando de la búsqueda de un perfil genético en la BDG-IC, resulte una coincidencia, inmediatamente el sistema genera un reporte especificando la asociación de perfiles genéticos, el número del caso o los casos relacionados, y los laboratorios de ADN – INMLCF, DIJIN¹³⁴, C.T.I.¹³⁵- donde se ingresaron los datos a la BDG-IC. Este reporte es enviado al fiscal encargado del caso, quien solicitó llevar a cabo el cotejo. Entonces, se identifica un violador en serie, se tienen varias noticias criminales y un sospechoso vinculado

¹³¹ Ver Capítulo 3 de este documento.

¹³² Entrevista realizada a Manuel Paredes, Director del Laboratorio de Paternidades del INMLCF el 15/02/2011, Bogotá DC.

¹³³ Entrevista realizada a Manuel Paredes, Director del Laboratorio de Paternidades del INMLCF el 15/02/2011, Bogotá DC.

¹³⁴ Dirección de Investigación Criminal e Investigación, adscrita a la Policía Nacional.

¹³⁵ Cuerpo Técnico de Investigación, adscrito a la Fiscalía General de la Nación.

con varias víctimas. En este caso, se requiere que el juez de garantías emita el control de legalidad para cada investigación.

La posición que han tomado los peritos respecto al tema, indica que hasta tanto el Juez de garantías no haya realizado el control de legalidad, el perito no realizará búsquedas o ingresos en la BDG-IC. Esta situación se está presentando en las tres sedes del INMLCF en Colombia, lo cual evidencia la necesidad de reglamentar los criterios de ingreso de datos a la BDG-IC¹³⁶.

En este caso se presenta la misma necesidad de dar cumplimiento al inc. 2º, artículo 245 del C.P.P., lo cual representa un inconveniente para los peritos. Este caso confirma la necesidad de implementar la legislación referente al tema, reglamentando las dos situaciones en las cuales se requiere el control de legalidad por parte del Juez de Garantías: toma de muestra y cotejo de un perfil genético con los perfiles existente en la BDG-IC.

Valoración de la prueba al interior del proceso penal. Evidencias: gota de sangre o semen del sospechoso

El almacenamiento y uso de este perfil genético en posteriores cruces de datos por petición del fiscal a cargo de la investigación, puede considerarse como una vulneración del derecho a la intimidad de la persona (art. 15 Constitución Política, sentencia T- 414 de 1992) considerada como el agresor dentro de una investigación penal. Una vez se dicte sentencia y el supuesto agresor no resulte condenado, tanto la muestra biológica como el perfil genético deben ser eliminados de la base de datos.

Al respecto la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, en el año 2008 determinó que el almacenamiento de datos en registros criminales correspondientes a perfiles genéticos de personas inocentes, constituye una violación al artículo 8º de la Convención de Derechos Humanos, que abarca el derecho a la vida privada y familiar. El fallo argumenta que almacenar datos genéticos de quienes gozan de la presunción de inocencia por nunca haber sido condenados por el delito, constituye un riesgo de estigmatización. El uso de modernas técnicas científicas en el sistema de justicia no previó la transgresión de derechos a la vida privada y al buen nombre¹³⁷.

A la fecha, la Corte Constitucional está en mora de pronunciarse respecto a la “evidencia abandonada y a la vulneración de los derechos fundamentales.

La evidencia abandonada también es objeto de derechos

La evidencia abandonada es utilizada como prueba dentro del proceso de investigación en casos de acceso carnal violento. La muestra biológica del agresor (semen), encontrada en el saco vaginal de la víctima es analizada para extraer el perfil genético; posteriormente esta información se coteja con los datos almacenados en algunos de los índices de la BDG-IC, entre los cuales se encuentran los siguientes índices: vinculados judicialmente, elementos hallados en la escena del crimen y condenados.

A continuación se exponen tres casos en los cuales se recogen muestras de evidencia

¹³⁶ Entrevista realizada a Manuel Paredes, Director del Laboratorio de Paternidades del INMLCF el 05/03/2011, Bogotá DC

¹³⁷ *European Court Rules DNA database breaches human rights*. Artículo publicado en [guardian.co.uk](http://www.guardian.co.uk) <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/dec/04/law-genetics>; consultada el 04/12/2009, 10:00pm

abandonada y la forma en que se le da trámite

1. Evidencia abandonada hallada en la escena del crimen.

En el momento en que la persona abandona el vestigio, se considera que el sujeto renuncia a los derechos sobre la muestra debido a que “sale de la esfera de sus derechos”.¹³⁸ No se debe olvidar que la evidencia abandonada (vestigios de sangre, muestras de semen, pelos) en la escena del crimen comporta una información genética que identifica al sujeto y a su grupo familiar.

Con base en el artículo 29 de la Constitución Política referente al debido proceso, una vez es almacenada la evidencia en la base de datos se debe dar curso a la investigación para encontrar al titular de la evidencia abandonada. Una vez se identifica al titular, se demuestra la identidad de quien ha abandonado la muestra en el lugar del crimen.

2. Evidencia abandonada tomada por engaño.

En el interrogatorio, cuando no se cuenta con evidencia que permita vincular como sospechoso a una persona específica, pero se tengan indicios de que esa persona fue el perpetrador, se puede presentar el caso de la obtención de la evidencia abandonada, tomada por engaño. En este caso, el investigador ofrecerá un objeto en el cual la persona deposite una muestra, sin estar consciente de ello. Por ejemplo, el investigador ofrece un cigarrillo o un vaso con bebida.

Al obtenerse evidencia tomada por engaño de la autoridad, la muestra se analiza. El resultado de este análisis se cotejará con el vestigio relacionado con el delito y este será tomado como indicio más no como prueba. De igual forma, tras haber confirmado que el perfil de la persona es la del sospechoso que dejó abandonado el vestigio, el fiscal investigador formaliza la vinculación del sospechoso a la investigación. Lo cual conlleva a solicitar una orden para realizar la prueba de ADN al sospechoso y de esta forma legalizar el perfil de la persona para imputarle los cargos.

3. Muestra tomada con el consentimiento informado (CI) del indiciado y con la presencia de su abogado. Previo a la toma de la muestra del indiciado es necesario que se lleve a cabo el control de legalidad (artículo 245 C.P.P.) por parte del juez de garantías, evitando lesionar los derechos del indiciado. Una vez se cumple este requisito, se vincula la muestra al proceso por medio de la orden del fiscal encargado. Y se procede a ingresar el perfil genético a la BDG-IC.

Ingreso del perfil genético de la víctima de violación a la BDG-IC: implicaciones

Si el administrador de la BDG-IC considera ingresar el perfil genético, en el índice de vinculados al proceso¹³⁹ debe solicitar el consentimiento informado a la víctima de acceso

¹³⁸ Entrevista realizada a Manuel Paredes, Director del Laboratorio de Paternidades del INMLCF el 15/02/2011, Bogotá DC. Se encuentra fuera de la esfera de derechos de esa persona.

¹³⁹ Almacenar perfiles genéticos en la BDG-IC, ¿cómo puede ayudar a la investigación? Revisando la información se debe tener claridad respecto al manejo de perfiles genéticos, los cuales son considerados como datos sensibles, catalogada como información reservada por la Corte Constitucional en distintas sentencias que a continuación cito.1. La primera sentencia de la Corte Constitucional (T-414/92) estableció que el individuo es el titular y propietario del dato personal, por tanto debe ser

carnal violento. Este ingreso requiere una justificación en el marco del proceso penal. La posibilidad o requerimiento del perfil genético de la víctima como factor, ya sea de presunción de colaboración con la justicia por parte de la víctima o en caso de negación por parte de ella (omisión penal), lleva a comprender sólo parcialmente la complejidad de la situación generada por el delito. El carácter de obligatoriedad del consentimiento informado por parte de la víctima se asocia a un carácter policivo por fuera de la jurisdicción de la justicia¹⁴⁰, consentimiento que si bien es inseparable del proceso en sus aspectos técnico-biológicos (como se explica en el Anexo 1, aparte “descripción del manejo de la prueba, según el origen de la misma”, numeral 1), desde la condición de obligatoriedad impide el desarrollo de la investigación desde una perspectiva científica de la investigación.

Un caso de abuso o agresión sexual¹⁴¹, desde el campo biológico se concibe como intromisión en el cuerpo de la persona violentada. El art. 250 del C.P.P. concibe llevar a cabo la práctica de reconocimiento y el examen físico a la víctima (se requiere el consentimiento informado); cuando la investigación penal esté relacionada con integridad corporal o libertad sexual, u otro delito; para lo cual será necesario un examen de sangre o extracción de fluidos corporales, tales como semen u otros análogos. Si la persona se niega a la práctica del examen, se acudirá al juez de control de garantías para que determine las condiciones en las cuales se llevará a cabo la inspección. Esto último puede ir en contra de los derechos de la víctima.

“Para los casos de delitos sexuales se toma una muestra del saco vaginal, se envía al laboratorio, se obtiene un perfil femenino y uno masculino, el perfil masculino se ingresa a la base de datos CODIS”¹⁴².

Si se pretende almacenar el perfil genético de la víctima para efectos probatorios, es necesario adaptar al sistema de administración de la BDG-IC, características no sólo judiciales y procedimentales de la justicia colombiana, sino factores sociales que llevan a construir la idea de vincular por obligación o presunción de colaboración con la justicia, el ADN de la víctima al sistema. Lo anterior con base en el manual de procedimientos¹⁴³ de CODIS, aplicable al Estado de Virginia (EU).

La toma de la muestra de ADN. Incidencia sobre los derechos de rango constitucional

Si bien el enfoque de la investigación se centra en la regulación sobre el manejo de BDG-IC, se debe cuestionar sobre los derechos de las víctimas y de las personas vinculadas al

informado del ingreso de sus datos personales a una base de datos.2. Respecto al tema de confidencialidad, la sentencia de T-729/ de 2002 reconoce la inexistencia de mecanismos de protección o ley estatutaria que regule el derecho constitucional al habeas data (autodeterminación informática). En la sentencia se propone una tipología de la información; la información genética y los datos sensibles se ubican en la categoría de información reservada. En cuanto a los datos genéticos (datos sensibles sentencia T-729/2002) se requiere establecer las condiciones bajo las cuales debe hacerse la transferencia de datos a instituciones públicas o a terceros, las facultades y funciones de los curadores, y el manejo por parte de entidades públicas. Se da prioridad al interés general.

¹⁴⁰ Moreno (2004) se refiere a la forma en que el Sistema Judicial puede invadir este campo.

¹⁴¹ Ver, art. 298 del Código Penal Colombiano.

¹⁴² El perfil genético se ingresa al CODIS por orden del juez o del fiscal. Entrevista realizada al Doctor Ignacio Zarante, profesor Universidad Javeriana, Asesor de la Policía Nacional (30/10/2009)

¹⁴³ CODIS *Operation Policies and Procedure Manual Department of Forensic Science* DFS Document 210-D100. 27 de Julio de 2010

proceso, una vez que sus datos genéticos puedan ser ingresados a la BDG-IC.

Los datos asociados a las muestras provienen de una persona, la cual cuenta con garantías basadas en derechos de rango constitucional. La muestra de la cual se extrae la información asociada -el perfil genético de una persona-, implica considerar las formas de obtención de esta muestra (artículo 245 C.P.P.) o vestigio y los usos posteriores tanto de la muestra como de la información asociada.

El manejo de datos genéticos de una persona transgrede el campo de sus derechos constitucionales. Una vez que la Policía Judicial toma el vestigio abandonado por el sospechoso en la escena del crimen, este pierde los derechos sobre el vestigio). Esto debido a la prevalencia del interés general sobre el interés particular de quién o quienes se vieron afectados por el hecho delictivo. No se puede ignorar la relevancia del análisis de los vestigios por parte de la Policía Judicial frente a la solución de casos criminales graves como homicidios, agresiones sexuales, desaparición forzada, entre otros. El SPOA da prevalencia a la prueba técnica y sin esta muchas veces los fiscales, jueces y defensores no tendrían herramientas para actuar. Se han presentado casos donde los indiciados al tener conocimiento de un resultado de una prueba técnica deciden colaborar con la justicia y terminan por confesar su participación en los hechos.

En los casos donde no se ha cumplido con los requisitos legales, las pruebas han sido invalidadas, procedimiento perfectamente entendible. Una situación que se está presentando y que representa una problemática mayor es la policía judicial en este momento prefiere omitir la toma de evidencias o vestigios (que finalmente se pierden), porque laboratorios como el de INMLCF no recibe los vestigios sin que exista un indiciado. La pregunta que surge es, ¿cuál es el objeto de tener una base de datos de perfiles de ADN, con un índice denominado: *elementos de la escena del crimen* si no se va usar? Declaraciones sobre estos casos las hacen integrantes de la policía judicial del CTI de los grupos de inspecciones a cadáveres, situaciones donde se atentó contra el derecho fundamental a la vida, por ende su importancia; sin embargo a los laboratorios sólo les interesa resolver preferiblemente asuntos orientados desde su origen: la víctima, el indiciado y la evidencia. Entrar a investigar casos complicados puede, acaso afectar las estadísticas y los resultados de las instituciones. Surge entonces la pregunta, ¿si es posible que en Colombia se esté favoreciendo la impunidad?

Finalmente, para garantizar la salvaguarda de los derechos constitucionales, debe estar presente el defensor del indiciado o vinculado a un proceso, al momento de la inspección corporal, dando a conocer sus derechos, no solo en el momento de su interacción con la justicia sino a futuro, con la garantía de que la información por ellos suministrada, específicamente su información genética, va a ser procesada garantizando los derechos fundamentales de intimidad corporal y personal¹⁴⁴.

- **Administración de la información almacenada en la BDG-IC en Colombia**

En cuanto al caso de víctimas de desaparición forzada y sus familiares, el art. 6° de la ley

¹⁴⁴“Sentencia 207/96, donde se establece que la intimidad personal tiene un contenido más amplio que el de la intimidad corporal, en cuanto deriva de la dignidad humana e implica la «existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana.» Moreno (2004).

1408/2010 delega a la Fiscalía General de la Nación como el organismo que tendrá a cargo la administración del Banco de Perfiles Genéticos de Desaparecidos, y por ende cumplirá con cinco funciones generales. La **primera** es centralizar y almacenar los perfiles genéticos obtenidos en los laboratorios estatales de genética forense así como de los distintos laboratorios de genética con la competencia técnica en identificación humana. La **segunda** es proteger tanto el material genético como la información derivada de este, extraída de los cuerpos o restos de las víctimas de desaparición forzada o de sus familiares cumpliendo los estándares internacionales, criterios éticos y legales de privacidad, control de calidad de los análisis, respeto de la cadena de custodia y uso exclusivo de la información genética para fines de identificación. La **tercera** es suspender al funcionario o particular obligados a su cumplimiento, en caso de incumplimiento de los compromisos (protección y manejo de muestras e información genética previstas en la normatividad vigente), e iniciar y/o promover las investigaciones disciplinarias y penales a que haya lugar. La **cuarta** es crear y administrar un módulo dentro del Registro Nacional de Desaparecidos sobre las muestras biológicas de referencia recolectadas de los familiares, los perfiles obtenidos de dichas muestras y los perfiles obtenidos de los restos, para mantener informados a los familiares de los procesos de identificación y utilización de sus muestras y de los resultados y pormenores de los análisis. La **quinta** es administrar, definir y controlar todos los usuarios que puedan tener acceso al banco de perfiles genéticos de desaparecidos.

En teoría, el organismo que administra la BDG-IC es el INMLCF; en la práctica el gran inconveniente es que no alcanza a centralizar toda la información. Por su parte los tres laboratorios de genética forense - INMLCF, CTI, DIJIN – son los únicos autorizados para ingresar los datos genéticos. De igual forma protege el material genético como los datos derivados de este a la vez que ejerce un control sobre los peritos que tienen acceso a la información (cada uno de los usuarios autorizados ingresan con su propia clave lo cual permite controlar acceso, ingreso y cotejo de información).

Administración de perfiles de ADN de personas indiciadas o imputadas

El administrador de la base de datos a nivel nacional es el INMLCF; se trata de datos anonimizados e indexados, lo cual implica que el laboratorio forense que analiza la muestra biológica sólo ingresa el código y el perfil de ADN. Cada laboratorio maneja sus propios códigos de acceso, los cuales son desconocidos por el administrador central de la BDG-IC (el INMLCF), esto con el fin de proteger la identidad de los vinculados a un proceso, las víctimas de violación o los familiares de desaparecidos.

Por orden judicial en la BDG-IC se almacenan los perfiles genéticos, obtenidos de los análisis de muestras biológicas de indiciados identificados, o de vestigios recolectados en la escena del crimen –obtenidos como prueba forense de homicidios o delitos sexuales, por tanto se desconoce la identidad de los sospechosos-¹⁴⁵. Esta base de datos permite cotejar perfiles genéticos anonimizados almacenados en la BDG-IC con nuevos perfiles.

Como sistema, la BDG-IC está configurada por índices, según su relevancia y su papel dentro de la organización de la información. Cada perfil genético, ingresado es relacionado con el lugar del delito, el laboratorio que ingresó el caso, variables como la reincidencia y

¹⁴⁵ Entrevista realizada a Ignacio Zarante, MD MSc Instituto de Genética Universidad Javeriana, Bogotá el día 30/10/2009.

otras adicionales. Estos son requisitos que garantizan el cotejo de la información obtenida y la vinculación de los indiciados con un determinado caso.

Niveles de la información contenida en la BDG-IC:

- Índice.
- Categoría.
- Espécimen.

Tipos de índices incluidos en la BDG-IC¹⁴⁶:

- Núcleo familiar o familiares de desaparecidos.
- Desaparecidos (perfiles de individuos desaparecidos o perfiles de individuos no identificados, restos óseos o personas vivas no identificadas; indigentes, personas incapaces).
- Vinculados judicialmente.
- Elementos de la escena del crimen (lugar de los hechos- evidencias obtenidas de origen desconocidas).
- Mezclas.
- Condenados.

Restricción de cruce sobre el índice de familiares de desaparecidos con otros índices

Acudiendo al principio de autonomía y confidencialidad, la norma técnica propuesta por el Comité Interinstitucional del CODIS (representado por delegados de cada institución), ha limitado el cruce del índice de familiares de personas desaparecidas con el índice de vinculados judicialmente, o con el índice de mezclas. Esto con el objetivo de proteger el derecho a la intimidad de los familiares de las personas desaparecidas, teniendo en cuenta que estos perfiles genéticos ingresaron a la BDG-IC en el marco de la Ley de Justicia y Paz, con el objetivo de resolver las investigaciones por desaparición forzada en Colombia. Los familiares de personas desaparecidas y las víctimas de acceso carnal violento son los únicos que firman el formato de consentimiento informado al momento de entregar su muestra biológica para posterior análisis. Los indiciados también firman el consentimiento informado, al igual que quienes donan muestras, por ejemplo los funcionarios públicos a quienes se les ha tomado muestras por casos de seguridad y control de calidad de ensayos.

Instituciones públicas autorizadas para acceder a la BDG-IC

En Colombia actualmente las instituciones autorizadas para acceder a la BDG-IC son los laboratorios de genética del INMLCF (Bogotá, Cali y Medellín), el laboratorio de ADN del C.T.I. de la Fiscalía (Bogotá y Barranquilla) y el laboratorio de genética de la DIJIN (Bogotá) quienes cumplen la labor de administrador a nivel local de la BDG-IC¹⁴⁷. El acceso se

¹⁴⁶ Entrevista realizada a Manuel Paredes, Director del Laboratorio de Paternidades del INMLCF el 15/02/2011, Bogotá DC.

¹⁴⁷ El administrador de CODIS encuentra asociaciones posibles. El administrador emite reportes de asociaciones, los casos son ciegos, muestra perfiles codificados sin nombre para desaparecidos cuando se va a realizar el cotejo el perfil del NN se coteja con los grupos familiares, que a su vez están codificados. Cuando un perfil se asemeja al perfil de un grupo familiar, el conector en ese caso es el número del caso del laboratorio que ingresó el perfil, el laboratorio sabe de dónde viene el caso. Para reportar un informe pericial incluso se vuelve a procesar de cero el caso para mayor confiabilidad y por último se llama a todos los familiares si es necesario, si la muestra se agotó, y se amplía a todos los marcadores para

restringe al ingreso de perfiles genéticos o al cotejo de un perfil nuevo con los almacenados previamente en la BDG-IC.

La regulación colombiana no ha contemplado aspectos relativos al tiempo de almacenamiento de muestras o perfiles genéticos, teniendo en cuenta el titular de los datos; entre los cuales se encuentran los siguientes: indiciado, enjuiciado y posteriormente libre de cargos, menor delincuente, condenado, o vestigios encontrados en el lugar del crimen.

- **Salida de información y procedimientos posteriores**

En la Ley 1408/2010 no se hace referencia a la destrucción de los datos genéticos; en cuanto a las muestras determina que estas serán destruidas una vez obtenida la información de estas (art. 5, parágrafo 5).

En cuanto a la cesión de datos con fines criminalísticos por parte del ente administrador de la BDG-IC, actualmente, el ente administrador no está respondiendo a peticiones realizadas por parte de organismos como el FBI o la INTERPOL. El INMLCF no está en capacidad de responder a dichas solicitudes debido a que en la actualidad no existe una normativa referente a la cesión de perfiles de ADN a organismos policiales a nivel internacional¹⁴⁸.

En la normatividad existente hasta el momento, no se han previsto aspectos referentes a la destrucción de los datos.

- **Otros aspectos: Habeas data y protección de datos personales**

En Colombia se cuenta con normatividad referente a la toma de la muestra al sospechoso o indiciado por parte de la policía judicial, previo control de legalidad por parte del juez de garantías. Sin embargo la Ley Estatutaria 1266/2008, si bien dicta disposiciones referentes al *Habeas data* y al manejo de la información almacenada en bases de datos personales, entre ellas la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, no hace referencia al manejo de los datos genéticos y al derecho que puede ejercer el titular de los datos, frente al administrador de la BDG-IC¹⁴⁹.

La normativa actual no brinda elementos referentes a la protección de la información genética derivada de muestras de ADN. La sentencia C-1011/2008 no se refiere al tratamiento específico que deben recibir los datos genéticos en el momento del almacenamiento en la BDG-IC, tampoco se refiere a la destrucción de estos cumplido el tiempo de la condena, o una vez se haya declarado la persona libre de cargos.

Debido a que los datos genéticos, constituyen un elemento esencial para la identificación de una persona, el derecho al habeas data puede aplicarse en el tratamiento dado a la

dar un informe pericial con nombres propios lo importante es informar a la autoridad cuando se tenga certeza de la identificación. Las asociaciones se confirman en cada laboratorio. La genotipificación se lleva a cabo en el laboratorio.

¹⁴⁸ Entrevistas realizada a Manuel Paredes, Director del Laboratorio de Paternidades del INMLCF el 15/02/2011, Bogotá DC.

¹⁴⁹ Esta Ley fue promulgada en el 2008, posteriormente fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1011/2008 http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-1011_2008.html Consultada el 10/04/2011, 11:06 am.

información obtenida de las muestras de ADN. Este argumento encuentra sustento por un lado en la definición de dato personal¹⁵⁰ previsto por la Ley estatutaria 1266/2008, y por otro lado, en el art.5º, párrafo 5¹⁵¹ de la Ley 1408/2010.

La Corte Constitucional en sentencia C-748 de 2011¹⁵² realizó el estudio de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria N° 184/2010 del Senado, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. El objeto de la Ley recoge lo establecido en el art. 15 de la Constitución Política y el derecho de información consagrado en el art. 20 de la misma.

En cuanto al ámbito de aplicación (art. 2) se aclara que ese régimen de protección no será aplicable a las bases de datos y archivos que tengan como finalidad la seguridad y defensa nacional, o el financiamiento del terrorismo (lit. b); aquellas que almacenen información de inteligencia y contrainteligencia (lit. c). El párrafo del art. 2 se refiere a que los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos incluidas las exceptuadas.

El art. 4 establece como principios para el tratamiento de datos personales los siguientes; el principio de legalidad en materia de tratamiento de datos, el principio de finalidad, el cual aclara que el tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima, la cual debe informarse al titular de los datos. El principio de libertad, establece que el tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento del titular de los datos, además los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o sin el debido mandato legal o judicial que releve el consentimiento. Otro de los principios relevantes que rige para la BDG-IC es el principio de acceso y circulación restringida, el acceso a los datos sólo se permite a las personas autorizadas para hacerlo.

El artículo 5 delimita el concepto de datos sensibles, aclarando que este tipo de información afecta la intimidad del titular, cuando se dé un uso indebido a estos datos.

El art.10 refiere los casos en los que no se requiere autorización, entre los cuales se encuentra el requerimiento por parte de entidad pública en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial. Este caso aplica al manejo de los datos genéticos almacenados en la BDG-IC.

Respecto a la transferencia de datos a terceros países el art. 26 establece que esta cesión de datos se hará en el marco de tratados internacionales cuando la República de Colombia sea parte, fundamentada en el principio de reciprocidad (lit. d); en este caso la Corte declaró que para llevar a cabo la transferencia será necesario la autorización previa y expresa del titular. Cuando la transferencia sea legalmente exigida para la salvaguarda del interés público, o para el reconocimiento o defensa de un derecho en un proceso judicial (lit. f); fue

¹⁵⁰ Según la norma un dato personal es “cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica....pueden ser públicos, semiprivados o privados.” Artículo 3, e.

¹⁵¹ Ley 1408/2010, Art. 5 Párrafo 5º. “Durante todas las fases del proceso, el manejo de las muestras biológicas y la información obtenida de ellas, deberán ser tratadas de acuerdo con el derecho al hábeas data de las personas que las proporcionen (...).”

¹⁵² <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2040%20comunicado%2005%20de%20octubre%20de%202011.php> Consultada el 26/03/2012, 1:00am

declarada inexecutable la expresión transferencia "necesaria o" por considerarse ambigua, afectando por ende la aplicación del derecho al habeas data.

La Corte Constitucional declaró inexecutable totalmente los artículos 27, 29, 30 y 31; a su vez fueron declarados inexecutable parcialmente los artículos 8, 20, 23 y 26.

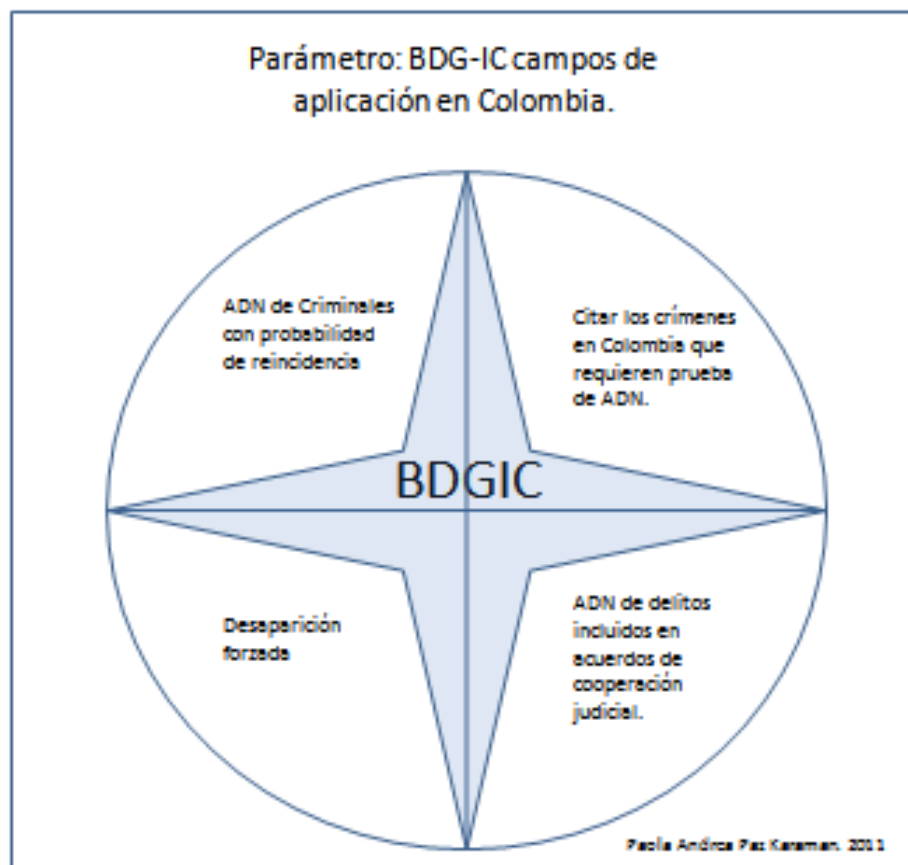
Hasta el momento se ha llevado a cabo el análisis referente a la afectación de los derechos sin el cumplimiento previo del control de legalidad, cuando se lleven a cabo cotejos o búsquedas de información almacenada en bases de datos genéticos, bases de datos magnéticos, bancos de muestras, de sangre o de semen. De igual forma se ha revisado la normatividad existente sobre habeas data, al igual que las falencias existentes.

CAPÍTULO 4. PARÁMETROS NORMATIVOS APLICABLES AL MANEJO DE LA BDG-IC PARA COLOMBIA

Una vez realizado el análisis de la normatividad de cuatro países incluido Colombia e identificados los criterios de uso de los perfiles de ADN, se presentan los parámetros normativos aplicables al manejo de la BDG-IC en Colombia, sustentados en los derechos fundamentales involucrados (dignidad humana, derecho a la intimidad y protección de la información).

En el presente capítulo se perfilan los parámetros propios del tema de interés, dejando abierta la discusión sobre la necesidad de regular la BDG-IC y todos los aspectos relacionados con esta base de datos, debido a la limitación existente en la normativa colombiana. Se requiere un fortalecimiento a nivel normativo e institucional que permita robustecer el sistema de justicia.

Diagrama 5 Campos de aplicación de la base de perfiles de ADN en Colombia



PARÁMETRO: TOMA DE MUESTRA DE ADN

En la normatividad colombiana, no se han especificado, por un lado, los delitos que requieren llevar a cabo el examen de ADN (que involucra al indiciado o imputado) en los términos del art. 245 C.P.P., y por otro lado la intervención corporal descrita en el artículo 247 del C.P.P. Ambas prácticas implican una gran diferencia: la revisión de legalidad del acto por parte del juez de garantías previo a la práctica del examen de ADN o intervención corporal. Además en los términos del art. 247 C.P.P., para realizar la intervención corporal se contará con la presencia del defensor del implicado. Así las cosas es inevitable preguntarse por qué razón cuando la policía judicial requiere una muestra de ADN, en los términos del art. 245 C.P.P. no se cuenta con la presencia del defensor, y tampoco con el control de legalidad por parte del juez de garantías para llevar a cabo la toma de la muestra de ADN. Para el último caso sólo es necesaria la orden expresa del fiscal que dirige la investigación (ver inciso 1, art. 245 C.P.P.).

Para que la regulación de la BDG-IC delimite los aspectos específicos referentes al manejo de la muestra biológica, su análisis y posterior extracción del perfil genético, y a la vez involucre los derechos del titular de los datos, se requiere diseñar una reglamentación específica que contemple los siguientes artículos del Código de Procedimiento Penal; el art. 244 (búsqueda selectiva en bases de datos), el art. 245 (control de legalidad) y el art. 246 (autorización judicial previa para la realización de las actividades que implican las garantías fundamentales). Es necesario que la legislación colombiana garantice la legalidad de los actos que se llevan a cabo por parte de la policía judicial (especialmente en la toma de muestras de ADN), al igual que el respeto del derecho a la dignidad humana de una persona y a su integridad física.

Finalmente, se deben especificar los delitos para los cuales se requerirá la toma de la muestra de ADN (al indiciado o imputado) como parte de la investigación penal. Estos delitos pueden ser aquellos que involucren derechos fundamentales como la vida, la libertad, la libertad sexual o la integridad de las personas, entre los cuales se encuentran el homicidio, el acceso carnal violento y la desaparición forzada de personas.

Respecto a otras conductas como el secuestro y afectación del patrimonio de las personas, por ejemplo una vez que los delincuentes entran a un lugar público permanecen un lapso de tiempo y luego secuestran y roban a quienes están presentes. En este caso ha habido contacto físico entre las víctimas, agresores y el lugar de los hechos; la normativa colombiana debe prever la toma de evidencias como huellas dactilares o saliva; es importante que la policía judicial tenga mayor capacidad de intervención y decisión al respecto. Como se vio anteriormente, el inconveniente se presenta una vez que el INMLCF no recibe evidencias tomadas en la escena del crimen sin que se presente un posible sospechoso, se pierde la oportunidad de analizar e ingresar perfiles de ADN de delincuentes a la BDG-IC, que acuden al mismo modus operandi para cometer delitos.

PARÁMETRO: CRITERIOS DE USO DE LA BDG-IC

A continuación se describen los aspectos generales de los criterios de uso de la BDG-IC, los cuales son: ingreso, almacenamiento, búsqueda, eliminación, acceso y rectificación, y cesión de datos.

Para Colombia es necesario elaborar un manual que articule la relación existente entre el procedimiento penal y la administración de la BDG-IC. Con esto se pretende reglamentar y delimitar los alcances del sistema penal sobre la BDG-IC. Esto requiere un estudio minucioso del código de procedimiento penal para relacionar los parámetros de uso de la BDG-IC, la cesión de información entre los diferentes organismos a nivel nacional e internacional, según el tipo de delito (ya sea grave o de lesa humanidad).

La obtención de las muestras debe corresponder a los criterios de manejo de la prueba que cobijan la intervención corporal o toma de muestras que ya utiliza el sistema penal. La recolección es dictada no sólo por el carácter específico de la prueba de ADN sino de la prueba para todo el sistema penal, lo que hace que esta toma dependa del sistema judicial más no de la administración de la BDG-IC.

- Ingreso

Para el ingreso del perfil genético (ya sea que provenga de un vestigio o muestra) se toma como supuesto el almacenamiento de datos únicamente de personas que cometieron delitos que se juzgan con base en la información de ADN, o delitos para cuya investigación se requirió análisis de muestras o vestigios para obtener la información genética. La responsabilidad al interior del organismo administrador de la BDG-IC se limita a cumplir con lo que se establezca en la reglamentación de la base, sobre los requisitos para el ingreso.

En el capítulo 3¹⁵³, pág. 62 se analiza la posición que toman los peritos de INMLCF, una vez que se ingresa o coteja un dato extraído de una muestra biológica (vestigio) relacionada con una investigación penal encontrada en la escena del crimen (sin titular identificado). Por un lado los peritos exigen el control de legalidad como requisito previo para el ingreso o búsqueda de un perfil genético en la BDG-IC. Por otro lado, algunos peritos consideran que aunque no se llevó a cabo el control de legalidad por parte del juez de garantías, puede llevarse a cabo el cotejo o ingreso del perfil. Por tanto, la decisión de ingresar o cotejar el perfil de ADN queda en manos del perito, al no existir normativa específica al respecto. En este caso, siempre que el fiscal requiera ingresar o hacer una búsqueda de un perfil genético previamente debe darse cumplimiento al control de legalidad, respetando los derechos fundamentales de la persona vinculada al proceso.

- Ingreso de perfiles de menores delincuentes

Respecto a las investigaciones judiciales donde el imputado o vinculado a un proceso es un menor de edad, el fiscal encargado del caso solicita al administrador de la BDG-IC que incluya el perfil genético del menor involucrado en la BDG-IC, en consecuencia el administrador de la base está incluyendo los perfiles de menores al no existir normatividad distinta que la referente al control de legalidad en el procedimiento penal, enunciada en el artículo 245 C.P.P. que reglamente la inclusión de perfiles genéticos de menores de edad. De igual forma ocurre con los vestigios encontrados en el lugar del crimen o cuando la víctima de violación reconoce que el violador es un menor de edad. El punto de discusión radica en la necesidad de reglamentar la inclusión y cotejo de perfiles de ADN de menores de edad, el tiempo de almacenamiento manejo de BDG-IC aplicable a Colombia.

¹⁵³ En el capítulo 3, se analiza la normatividad colombiana relacionada con la BDG-IC, permitiendo establecer el estado actual de la normativa existente en Colombia.

- Almacenamiento

Los criterios de permanencia de perfiles genéticos de quienes han cumplido el tiempo de condena, se especifican dependiendo de la gravedad del delito, así como de la condena dictada por el juez. Esto ayuda al organismo administrador de la BDG-IC a tener una base más sólida con la cual determine el tiempo de almacenamiento sin depender de un juicio, o simplemente la no eliminación de la información como un aspecto técnico del software. Una vez especificado el tiempo de almacenamiento en la normativa, se debe especificar para cada uno de los casos en que se requiera el uso o cotejo del perfil.

En el Reino Unido, la gestión desempeñada por el NPIA permite, llevar a cabo funciones relacionadas con el manejo de la BDG-IC. A continuación se analizan dos aspectos. **Primero**, los organismos en Reino Unido vinculados a la administración y control de la BDG-IC desempeñan funciones distintas a las relacionadas con el manejo de la BDG-IC, por ejemplo la administración de la información privada le corresponde al NPIA. **Segundo**, el sistema judicial cuenta con instituciones como el NPIA, ente autónomo que no interfiere en la creación y aplicación de normatividad referente a la investigación penal. Así las cosas, la ausencia de normatividad y la, recarga sobre el sistema penal y sus componentes (juez, policía judicial, peritos,) labores específicas que requieren un tratamiento especial relacionada con la administración de la BDG-IC desde su normatividad, técnica, organización y coordinación. Un ejemplo de esto, es la elaboración de los manuales del aplicativo, por parte del INMLCF que no sólo cumplen labores técnicas sino que suplen la función de la normatividad inexistente. Si bien el manual técnico no reemplaza la norma, el manual técnico es la única fuente específica para el tema de BDG-IC.

La siguiente es la propuesta normativa. Como parte de los parámetros para la reglamentación deben incluirse los aspectos técnicos de la BDG-IC, así como lo referente al Código de Procedimiento Penal, donde se establezcan los tiempos de permanencia de los datos genéticos. Esto debido a las características de los delitos en Colombia. Se deben tomar como referencia criterios para estimar los tiempos de permanencia en la BDG-IC: la gravedad del delito, el tiempo de condena, y estadísticas nacionales o internacionales sobre reincidencia de las personas en dichos delitos. Implementando el criterio de eliminación como se aprecia en la legislación del Reino Unido, donde se elimina el perfil individualizado del condenado una vez cumplida la condena, pero no se elimina el perfil genético. Se elimina la individualización del perfil, permitiendo su acceso para múltiples usos como se aclara en el análisis de la legislación del Reino Unido (ver capítulo 2 de este documento).

Limitar el manejo de la BDG-IC respecto a uno de los criterios como la permanencia o la reincidencia conduce a extremos que deben ser regulados; como por ejemplo el caso del Reino Unido donde se realiza un máximo control, almacenando los perfiles genéticos de quienes cometen delitos o infracciones menores. De ahí la naturaleza policial de la base de perfiles de ADN – como ente encargado de su administración. Por esta razón se debe regular en función del sistema de justicia, más no en función del organismo policial.

En cuanto a la permanencia de los datos de delincuentes por delitos menores se propone la eliminación de los perfiles de quienes han ingresado a la BDG-IC por delitos menores. Eliminar el perfil individualizado garantiza el respeto a la protección de la información personal del procesado. Mantener el perfil genético de una persona que ha realizado una

infracción menor, en función del comportamiento del delito en el país, (apelando a la relación de delitos de infracciones menores con delitos graves) si bien puede ser una respuesta para la eficacia del sistema de justicia, no contempla los derechos fundamentales de los titulares de los datos.

Respecto a la información asociada a los vestigios encontrados en la escena del crimen, se debe mantener la información genética. Si se encuentra material biológico que pueda proveer o del cual haya sido extraído un perfil genético, este perfil puede haber sido individualizado, al cotejarlo en la BDG-IC con un perfil, ingresado previamente por otro motivo, - incluso proveniente de voluntarios o de fuerzas de seguridad; en el Reino Unido el perfil genético de los miembros de las fuerzas de seguridad reposa en la BDG-IC como parte de los requisitos de vinculación con los diferentes organismos – Por otro lado, el material biológico del cual se extrajo el perfil genético, puede no estar individualizado, debido a que no se tiene material del mismo titular en la BDG-IC, o no se cuenta con un sospechoso de ser el responsable de algún delito. De esta manera, dichos perfiles se deben mantener en la BDG-IC, sin importar si se encuentra o no al titular, con miras a responder a futuras situaciones delictuales. Si el material biológico se obtuvo de una violación, se debe contemplar en las estadísticas el grado de reincidencia de un delincuente que comete estos hechos, así como el tiempo que puede transcurrir entre un delito y otro. Mantener un perfil sin titular identificado, debe estar en función de la eficacia del sistema de justicia, con el objetivo de resolver la comisión de un delito. Mantener un perfil sin titular identificado, debe estar en función de la reincidencia, permitiendo relacionar varios elementos: perfil no identificado – delito– gravedad-reincidencia. Estos elementos facilitan la obtención de una prueba futura que permita la identificación del autor del delito.

A manera de ejemplo, en torno a la permanencia de datos de delincuentes por comisión de delitos mayores, estos se deben almacenar durante el tiempo que las estadísticas nacionales lo dicten. Si una persona comete violación, reincide incluso veinte años después de cometida la primera violación, los datos deberán permanecer por lo menos veinte años en la BDG-IC con el objetivo de poder contrastar la información. Para este caso deberá considerarse el aspecto técnico relacionado con el tipo de dato almacenado durante la investigación, la condena, y el periodo de probable reincidencia, que permita limitar los criterios de manejo de la BDG-IC al nivel del dato. Por ejemplo, para el caso de violación, permitir el cotejo de los perfiles (se adicionaría a los tipos de vinculación en el proceso la crímenes sin resolver), sin tener acceso a los mismos, pero sin indexar los datos con el delito para no asociarlo a pasado judicial sino únicamente a manera de aumentar la probabilidad de solución del caso futuro.

Se podrá presentar la apelación a los derechos individuales al mantenerse la información en la base de datos, pero sustentado en los derechos colectivos como probabilidad de reincidencia, adicional a que no se almacena el perfil como aspecto individualizador. El perfil no estará asociado a un caso específico identificable sino que será considerado al interior del sistema de administración de la BDG-IC como perfil de un caso ya juzgado, como aspecto nuevo y adicional de lo que constituye a la fecha un archivo de proceso penal. Así no se podrá alegar violación de derechos fundamentales. Este manejo se ha venido dando en los países de referencia, incluyendo la sustentación normativa que da paso a este manejo. Incluyendo la cesión de datos no individualizados con fines investigativos y de estadísticas, teniéndose todos los datos de la persona relacionados con el delito, sin incluir los aspectos

individualizadores.

La información de igual forma no se mantiene en la base de datos, en cambio si se mantienen los informes generados por la BDG-IC (aplicativo CODIS) al interior del historial procesal. Todo proceso judicial requiere del almacenamiento y control de cada uno de los respaldos documentales. Este aspecto se vuelve contradictorio, al especificarse que el perfil no debe ser almacenado mas allá de cierto tiempo, sea después del juicio, o después de cumplida la condena, o parte de ella. Apoyándose en los aspectos técnicos del aplicativo, se pueden generar informes que avalen el cotejo de los perfiles de la escena del crimen con los del sospechoso, sin requerir dichos informes contener el perfil genético. El aplicativo CODIS sólo informa la correspondencia de un perfil almacenado, con uno comparado. De esta forma, se garantiza el derecho a la intimidad, una vez se ha cumplido con los requisitos de la normatividad.

La característica del vestigio. El titular pierde los derechos sobre la muestra o sobre el vestigio una vez que fue abandonado en el lugar de los hechos.

Se sustenta esta propuesta, con las estadísticas criminales y de efectos en el tiempo, asociado con la reducción de costos para la sociedad y el sistema judicial específicamente. No se requiere mantener la información genética de un procesado por robo debido al impacto social del mismo, y de las tendencias de reincidencia. Pero si se debe mantener la información de quienes vulneran los derechos fundamentales y la integridad de otras personas. Se insiste en su carácter no individualizador del registro criminal, sino del vestigio o muestra dubitada (mezcla de muestras) con objetivos investigativos futuros.

- **Búsqueda**

Cruce entre los índices de mezclas con el índice de condenados, vinculados a un proceso judicial con el índice de lugar de los hechos el cual almacena vestigios¹⁵⁴.

Para el caso de identificación de desaparecidos el cotejo entre índices posibilita la identificación de desaparecidos con familiares de los desaparecidos.

En el criterio de búsqueda se puede considerar el carácter de la información obtenida de la BDG-IC, por ejemplo si se obtiene el permiso de búsqueda pudiendo ser este permiso previo o posterior a la búsqueda con el fin de legalizarla, se puede, una vez encontrada la información considerarla como parte inicial de la investigación (indicio). Con base en la experiencia española de Moreno (2004), se puede optar por una legislación general (criticada por Moreno, 2004) que de pie a poder manejar los casos, con necesidad de sentencia para cada situación (sentencia de vestigio en zapato, otra sentencia para vestigio en pantalón, etc.). Por medio administrativo se puede proceder a la construcción específica de los casos por parte del organismo INMLCF para hallar institucionalmente las respuestas a los casos, que a corto plazo se conviertan en protocolos de manejo, pero que pueden incluirse a futuro como parte de la legislación. De esta forma se cuenta con el punto de vista de los peritos, expertos en cada uno de los campos, pudiendo aportar en conjunto mucho más que una legislación basada en investigación sino una legislación fundada en la experiencia de las condiciones nacionales e incluso regionales. Inicialmente, como prueba, se puede incluir en

¹⁵⁴ Los índices enumerados en este párrafo son los adoptados por el administrador de la BDG-IC en Colombia.

los estándares de calidad, referente a los planes de mejora y los planes de tratamiento. La búsqueda de perfiles genéticos relacionados con la investigación de un delito permitirá establecer variables como reincidencia de un delincuente, móviles, lugar de los hechos y desplazamiento del sospechoso o indiciado.

En el capítulo 3, sobre la legislación colombiana se hizo referencia a dos casos en los cuales se requiere el control de legalidad para llevar a cabo el cotejo de perfiles genéticos. Ambos casos evidencian que el fiscal de conocimiento debe llevar a cabo el control de legalidad como requisito previo al ingreso o búsqueda de un perfil genético, respetando los derechos fundamentales del sospechoso.

- **Eliminación**

Ni en el sistema de justicia por medio del Código de Procedimiento Penal, ni en el sistema de administración de la BDG-IC, se concibe como parte de sus políticas la eliminación de la información genética. No hay especificaciones técnicas ni normativas que propicien la eliminación de los perfiles. En todo caso es necesario que la normatividad que se pretende proponer considere unos criterios de eliminación relacionados con la calidad del vinculado al proceso; condenado en relación con el tipo de delito; cuando el perfil almacenado identifique a un menor de edad; finalmente cuando se tenga conocimiento del fallecimiento del titular del perfil genético.

Por esto no se realizan propuestas relacionadas con este criterio, salvo comparar con los países que lo tienen especificado en su legislación, como el Reino Unido donde se concibe la eliminación según:

- Calidad del titular de los datos, respecto a investigación criminal o proceso judicial.
- Edad del titular.
- Si ya ha sido condenado o no.
- Tipo de prueba (no solo ADN sino huellas dactilares y marcas de calzado).
- Cuando el perfil genético fue proporcionado para su almacenamiento de manera voluntaria y consentida y no como parte de una investigación penal.

A pesar de que no se especifica la destrucción de los perfiles contenidos en la BDG-IC, se especifica la destrucción de las muestras biológicas como material probatorio.

- **Acceso y rectificación**

La institución del habeas data comprendida como el derecho constitucional que permite a los individuos de una nación consultar si sus datos o información personal, íntima y privada, han sido incluidos en registros o bases de datos públicos o privados. El artículo 15, inciso 1° de la C.P. establece que:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.”

Por ende el marco de aplicación del habeas data cobija a las BDG-IC por su contenido de información personal así no haya explícita regulación sobre la información genética contenida en dichas BDG-IC, lo que posiciona la estructura normativa relacionada con estas bases en

un Estado tanto de su correspondiente carácter como dato íntimo, pero también supletorio al no haber normatividad específica que aplique a las BDG-IC.

Por analogía de la ley, el artículo 15 de la Constitución Política garantiza a los ciudadanos colombianos el derecho a conocer, actualizar y rectificar la información contenida en la BDG-IC.

- **Cesión de datos**

Comprender en toda su extensión el carácter de la muestra, así como de la información genética obtenida de ella, es requisito para poder dar el tratamiento apropiado a ésta.

Ceder información genética o material del cual se pueda extraer la información afecta no sólo derechos a nivel del proceso penal y el manejo de la prueba, sino que tiene implicaciones para la privacidad que tiene dicha muestra biológica o perfil genético al interior del sistema judicial, los derechos fundamentales, comprendiendo entre estos las garantías que tienen los individuos al interior de un estado de derecho.

El carácter íntimo está contenido en el del carácter privado. Lo privado es lo concerniente a un individuo debido a que incluye todo lo que proviene de él, mientras lo íntimo proviene del individuo, pero implica información que sólo es concerniente a dicho individuo. Será de exclusivo interés del propio individuo al menos mientras este no viole los derechos de terceros, viéndose el Sistema de Justicia en la necesidad de invadir la privacidad y la intimidad para responder a la violación de la privacidad e intimidad de terceros. Esto se sustenta por la prevalencia del interés general por encima del interés individual.

Ceder datos, implica revisar qué características tienen dichos datos, si son sólo de carácter privado y no íntimos o si son privados e íntimos, lo que obligaría en cualquier caso, al Estado, a garantizar los derechos del individuo como nacional, en cuanto a la información que se compartiría. Una cosa es ceder la información identificatoria a nivel documental, como el número de una cédula de ciudadanía, y el historial delictivo relacionado con el proceso que origina la solicitud de cesión de datos de una determinada persona o grupo de personas, y otra es la cesión, legalmente motivada o no, de información íntima que requiera comprobación de las garantías de los derechos del individuo.

Así un individuo haya cometido delitos transnacionales, o en otro país, el Estado donde el sospechoso reside, debe mediante su sistema de justicia defender los derechos de dicha persona. Debe existir un mecanismo, una institución y su correspondiente normatividad que proteja al individuo. Dicha protección, se da en el caso colombiano, como parte del control de garantías y debe extenderse al control de la cesión de datos. Esta cesión de datos se origina por la solicitud de organismos policiales, de inteligencia y de gobiernos extranjeros para llevar a cabo una investigación en dicho país.

Es deber del Estado más allá de cumplir con acuerdos de cooperación donde se estipula la cesión de información, garantizar el derecho a la intimidad, dando paso a controles para garantizar dichos derechos. Controles que deben ser realizados por organismos nacionales adscritos al Sistema de Justicia, sin importar el grado de prudencia que requiera el manejo de dichos datos. Es tarea del Estado garantizar los derechos del indiciado.

Se debe evaluar cada caso posible, para dar pie a la realización de los procesos de justicia, nacional o internacional, si bien no siempre informando al titular (en el marco de la Human Tissue Act 2004 del Reino Unido para casos de seguridad nacional y terrorismo), sí al sistema de justicia como garante de los derechos fundamentales y de protección de datos en el caso de solicitud de información por parte de terceros.

Si bien el sistema de justicia en Colombia garantiza el control de legalidad por medio de la actuación del Juez de Garantías al interior de una investigación penal, debe implementarse una figura que preste el servicio de salvaguardar las garantías legales, en relación con los acuerdos de cooperación judicial. Según Paredes¹⁵⁵, la INTERPOL hace solicitudes a INMLCF sin embargo, esta Institución no las contesta, teniendo en cuenta la normativa existente no se pronuncia respecto a la cesión de datos. Por tanto se recomienda asignar a la Corte Constitucional la función de garantizar los derechos para la cesión de datos a organismos nacionales o transnacionales o a otros Estados.

Colaboración del personal que interviene en el análisis y la administración de la BDG-IC.

La vinculación del personal adscrito a la administración de la BDG-IC permite conocer a fondo los detalles más pequeños, pero no menos relevantes a la hora de la implementación y manejo del sistema de administración y de la misma BDG-IC.

Las personas que administran la base de datos deben contar con la competencia y conocimiento para su manejo efectivo, también es necesario que reciban capacitación continuada en temas como bio estadística, estadística, sistemas, actualizaciones de software y deben tener dedicación exclusiva. En los laboratorios del Estado es muy común que el administrador de la base de datos no solo tenga esta función sino que además reciba una carga misional que le consume la mayor parte del tiempo. Por tanto la dedicación a la base de datos queda relegada. Es necesario pensar en el apoyo indispensable, por demás, que brindan los ingenieros de sistemas.

Por esto se recomienda la elaboración de un trabajo administrativo que vincule a dicho personal en la solución de inquietudes, sugerencias y citas de casos relevantes a criterio de cada funcionario por medio de una encuesta elaborada por el INMLCF, organismo administrador de la BDG-IC para Colombia. Esta encuesta permitirá ampliar la concepción del tema centrado en BDG-IC, brindando mejores herramientas que servirán de insumo en la elaboración de una legislación nacional de BDG-IC. De este material se podrán extraer temas específicos de las BDG-IC referentes a su administración propuestos por el personal que interviene a lo largo del proceso. Esta información adquiere relevancia en cuanto es información. Por ejemplo se identifican temas normativos relacionados con la posible violación de derechos fundamentales, valoración de la prueba, competencia de los organismos al interior del manejo de las BDG-IC (laboratorios).

De la información obtenida con el trabajo conjunto, se obtiene la identificación de responsabilidades al interior de cada organismo, policial o judicial, con las instancias faltantes que se requieran crear que garanticen las condiciones de correcto funcionamiento de la

¹⁵⁵ Entrevista al Dr. Manuel Paredes, febrero 15 de 2011.

BDG-IC. Se regulará con base en los cargos que se requieran y existan al interior de cada organismo, que relacionados con las BDG-IC deberán actuar de manera homogénea. Esto al interior del INMLCF, el C.T.I. y DIJIN, instituciones que analizan e ingresan datos a la BDG-IC.

PARAMETRO: DESAPARICIÓN Y NIVELES NORMATIVOS

En Colombia se presentan diferencias con respecto a los procesos vividos en Argentina, Bosnia, Chile, Guatemala. Del proceso colombiano se rescatan tres elementos diferenciadores.

1. Colombia continúa en el conflicto y el trabajo forense por parte de los investigadores (peritos) debe darse paralelo al conflicto, incluso la identificación de personas desaparecidas y la entrega de los restos a sus familiares, es una labor constante llevada a cabo por las instituciones mencionadas previamente (INMLCF, Fiscalía General de la Nación, SYRDEC, entre los principales) arrojando resultados positivos¹⁵⁶. El esclarecimiento de los delitos que se incluyen en el marco del conflicto hace que su tratamiento desde el sistema de justicia se convierta en un proceso judicial lento y peligroso para los peritos, los investigadores de campo principalmente, ellos son quienes más se exponen. Los investigadores de campo son quienes hacen las entrevistas CTI, DIJIN, extinto DAS, ubican las personas, tratan de ubicar las fosas comunes, buscan informantes; por otro lado los profesionales criminalísticos como antropólogos, topógrafos, médicos, odontólogos, fotógrafos, policía de vigilancia, informantes, testigos y familiares de víctimas, los fiscales y jueces no están excluidos del peligro.

Acceder a zonas de riesgo para realizar las labores de levantamientos hace difícil la labor relacionada con la obtención del material biológico que puede servir de prueba dentro del proceso penal. Normalmente este material no está en las mejores condiciones de análisis lo que hace difícil y en muchos casos imposible su análisis; hay estudios que demuestran que la acidez, humedad y temperatura de los suelos colombianos aceleran el proceso de degradación de los restos humanos y por ende del ADN.

Con los limitantes de seguridad en el marco del conflicto colombiano, se ocasiona una parálisis del sistema de justicia que exige tomar medidas acorde a la situación, medidas que permitan avanzar en los campos y etapas del proceso de investigación para evitar no sólo la prescripción de los crímenes sino también la degradación de la prueba.

El trabajo especializado de análisis de muestras biológicas es realizado generalmente por mujeres profesionales en áreas como la bacteriología, microbiología, biología, con minorías en química y medicina. Nuestros profesionales especializados recorren un duro camino, a diferencia de otros países donde han evolucionado los acuerdos políticos al rededor de derechos humanos. Al Estado Argentino por ejemplo, le tomó años brindar herramientas a los peritos forenses para investigar las situaciones de desaparecidos ocurridas 30 o 40 años

¹⁵⁶ En el último año, a partir de marzo de 2011 se continuó con el proceso de identificación; hasta enero de 2012 se entregaron 63 restos a los familiares; 9.906 perfiles continúan en proceso de verificación. Registros: Unidad Nacional de Justicia y Paz.

atrás. Estas condiciones permiten que el trabajo forense fluya debido a que trabajan en un ambiente de baja presión, tanto por parte de los familiares como por parte del Estado u otros agentes que puedan intervenir en el desempeño de sus funciones.

En Colombia, el perito antropólogo trabaja con muchos factores en contra. “Hacer una exhumación implica riesgos muy importantes para el equipo forense. Dependiendo de la zona los riesgos son distintos, tanto que a los funcionarios de Policía Judicial, les informan que tienen una hora para hacer la exhumación y después no responden por su seguridad, y lo que se alcanza a tomar es parte de un cuerpo y esto afecta toda la investigación”. Hasta la fecha van casi 10 años de llevar a cabo proceso de identificación de restos humanos de los cuales en los últimos cinco años se ha resuelto sólo el 5 % de los casos¹⁵⁷.

En el caso de los falsos positivos, se tiene el múltiple enterramiento de una misma víctima debido a los beneficios que se obtenían por cada fosa o persona encontrada en dichas fosas, lo cual hace relevante y urgente la implementación no sólo de las técnicas forenses sino de una BDG-IC que permita protocolizar las diligencias de inspección a cadáver y diligencias de exhumaciones. Dichos protocolos deben igualmente ser elaborados de acuerdo a las condiciones nacionales, como se hizo en España y se implementa para las citadas diligencias, según las condiciones españolas.

2. El escenario global colombiano varía constantemente porque el conflicto continúa. El problema que se presenta es que se evita la actuación de la justicia por parte de quienes pretenden mantener los delitos del conflicto en el olvido. Chile y Argentina tienen su base de datos genéticos de identificación forense, desarrollando una legislación aplicable a los casos de desaparición perpetrados durante las dictaduras de Pinochet y Videla.

En Colombia sólo se tienen registradas 37.740 denuncias¹⁵⁸. Sin embargo en enero 2011 la Fiscalía publicó un informe en el que revela las siguientes cifras 173.183 asesinatos; 1.597 masacres; 34.467 desapariciones forzadas, y al menos 74.990 desplazamientos forzados, crímenes cometidos entre junio de 2005 y el 31 de diciembre de 2010 por paramilitares y agentes del estado¹⁵⁹.

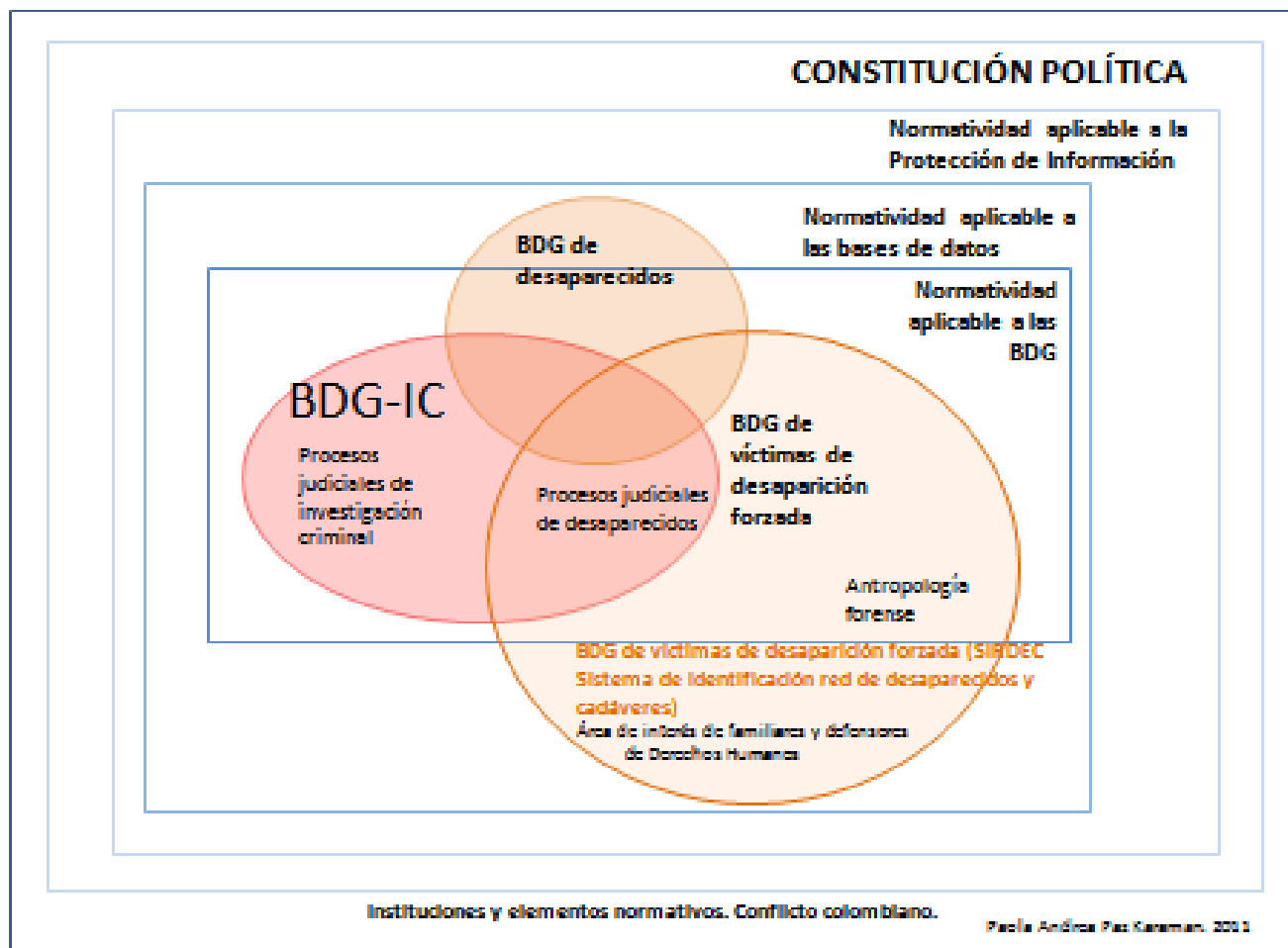
3. Aún no se ha desarrollado el proceso de regulación de la base de datos como herramienta tecnológica para resolver delitos. Se llevó a cabo el proceso de ingreso de perfiles genéticos en la base de datos de investigación criminal, antes de procurar una ley que garantice los derechos fundamentales de las personas investigadas (vinculados a procesos penales: investigación y juicio) o en proceso de identificación (víctimas) y de quienes intervienen en el proceso (fiscales, equipo de investigación y administradores de la base de datos de perfiles de ADN).

¹⁵⁷ Extraído de la entrevista realizada a Manuel Paredes, Director del Laboratorio de Paternidades del INMLCF los días 15/02/2011, Bogotá DC.

¹⁵⁸ <http://www.medicinalegal.gov.co/> Consultada el 25/02/2011

¹⁵⁹ <http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm> Consultada el 08/05/2011, 5:51 pm

Diagrama 6. Instituciones y elementos normativos. Conflicto colombiano



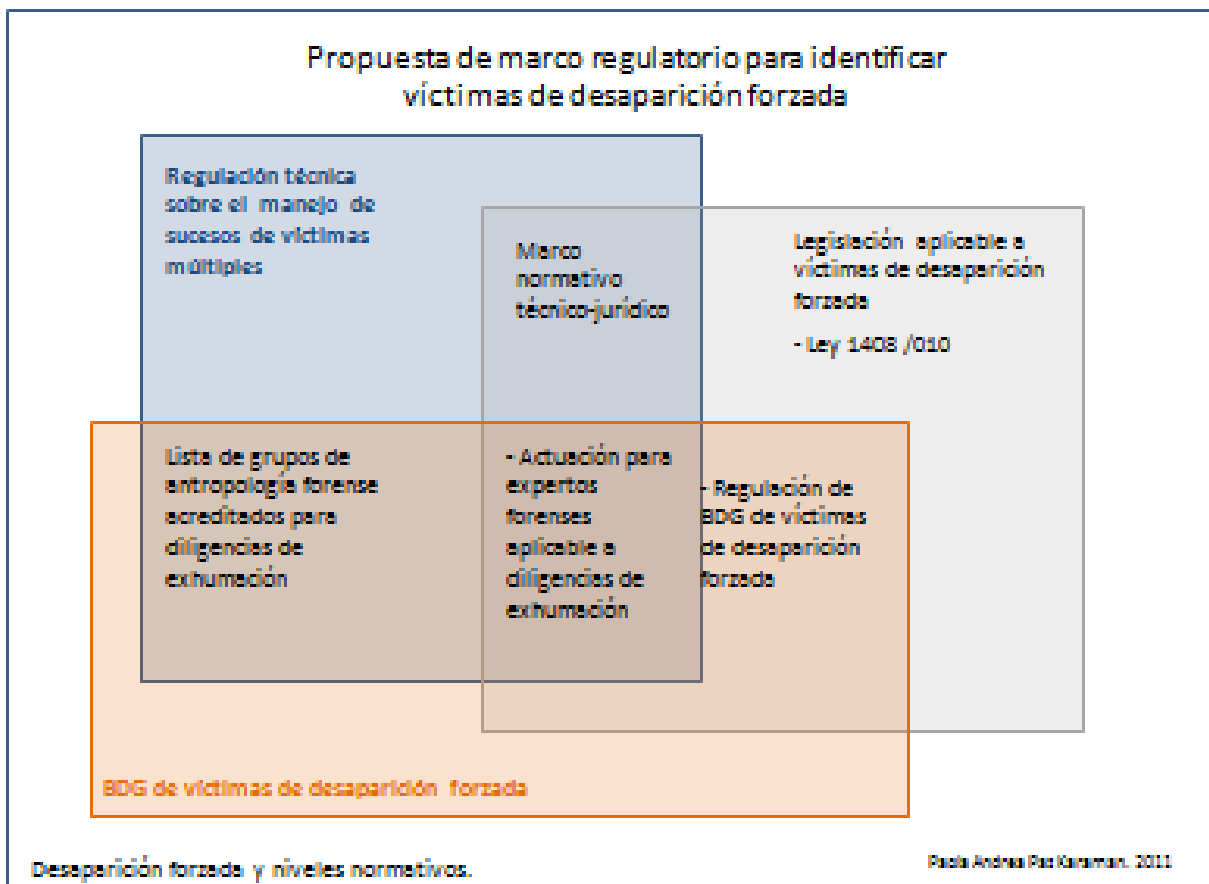
El Diagrama 6 incluye a partir del nivel bases de datos para el caso colombiano; tampoco existe articulación en la regulación actual, lo cual no permite que se lleve a cabo el adecuado manejo de perfiles de ADN de personas desaparecidas. Hasta la fecha sólo existe la normativa referente al tema de identificación y entrega de restos de desaparecidos (Ley 1408/2010).

En Colombia es necesaria la interacción entre los organismos públicos que coordinan el tema de desaparición forzada; denuncias por desaparición forzada -Fiscalía, donde la Fiscalía debe actualizar la base de datos del SIRDEC¹⁶⁰, ubicación de fosas - equipo forense C.T.I., identificación de restos - Laboratorio de ADN de la Fiscalía, entrega de restos a los familiares. La eficiencia del sistema acelerará el proceso de ubicación y entrega de restos a los familiares, a la vez que constituye una garantía del proceso a los defensores de Derechos Humanos.

¹⁶⁰ Sistema de Identificación Red de Desaparecidos y Cadáveres Consulta del 27/02/2011, 9:00pm <http://www.transparenciacolombia.org.co/LinkClick.aspx?fileticket=iEdXxxxJjY%3D&tabid=313&language=es-ES>

Los procesos judiciales de desaparecidos encuentran motivación en el momento en que la persona desaparecida es identificada por un experto o experta forense, quien emite su dictamen (informe de laboratorio con una probabilidad de identificación), finalmente al funcionario judicial le corresponde asumir la identificación de la persona. Se presentan entonces dos situaciones. La primera, se da con una desaparición que no incluye delito alguno, como pérdida de memoria de una persona de la tercera edad. En este caso, se encuentra al desaparecido, o la identidad de la persona desaparecida. La segunda situación contempla que no todos los casos de desaparición forzada se resuelven en el sistema judicial. Esto sustentado adicionalmente, en que la Ley 1408/2010 no incluye los aspectos de judicialización en sus objetivos sino meramente el interés de encontrar a los desaparecidos.

Diagrama 7 Propuesta de marco regulatorio para identificar víctimas de desaparición forzada



De esta manera en el Diagrama 7, se sustenta de un lado la implementación de las BDG de desaparecidos, y la normatividad que las debe regir (hasta el momento la Ley 1408/2010). Lo anterior, debido a la necesidad no sólo judicial sino de memoria histórica, para identificar a las víctimas. Como parte de la responsabilidad de quienes realicen estas tareas de antropología forense con las víctimas y los familiares de las víctimas, como del Ejecutivo y legislativo, pero también responsabilidad con la sociedad para establecer lo acontecido, y poder hallar el cómo y por qué sucedieron estos hechos. Una de las motivaciones para realizar los procesos de Memoria histórica en Argentina y España fue acelerar el reconocimiento de las víctimas, basados en la condición de caso no solucionado. En España,

todavía se están identificando víctimas asesinadas en la década de 1930, mientras que de los crímenes más recientes, de la segunda mitad del siglo XX, no hay voluntad de enjuiciamiento, lo que relega la actividad a la identificación de las víctimas, lo cual no debe ser visto como un limitante a largo plazo, sino como un paso en el camino a que el Sistema de Justicia cumpla su función, con estas identificaciones y las condiciones de las muertes como insumo para un futuro proceso de responsabilidad penal.

Se requiere implementar unos estándares de “actuación para expertos forenses” y de Policía Judicial en sucesos con víctimas múltiples. Se acogen los motivos del Real Decreto 32/2009 de España, pero bajo la identificación de necesidades a nivel colombiano. Con la creación de estos estándares de “actuación para expertos forenses” se puede articular los procesos de memoria histórica sobre las diligencias de exhumaciones de fosas comunes desde una perspectiva de antropología forense, sin tener las barreras generadas por su vinculación absoluta a procesos judiciales de tipo criminal.

Con la Ley 1408/2010 se busca delimitar un marco normativo técnico-jurídico que permita articular los esfuerzos e intereses nacionales en pro de la identificación de las víctimas sin necesidad de vincular estas actividades científicas con un proceso judicial que, debido al conflicto aún vigente en el país se convierte en la labor de otras esferas, como los Derechos Humanos o Justicia Internacional. Si bien todos estos campos se requerirán en algún momento y serán cuestión de esperar las condiciones y las voluntades para resolver estas situaciones, se debe adelantar con diligencia las actividades que el entorno permita; principalmente aquellas que están sujetas a las condiciones materiales de la prueba, como lo es la degradación de la prueba, la memoria de quienes propiciaron los delitos, de quienes los cometieron y de quienes fueron testigos como familiares de las víctimas, imposibilidad de ubicar archivos, e infinidad de factores que obligan a realizar esta labor forense como parte de la investigación judicial futura.

Gracias a la antropología forense, se permite a las organizaciones, laboratorios, universidades u otros interesados, realizar las diligencias de exhumación con fines antropológicos, incluso académicos de investigación a mediano plazo¹⁶¹. Para España, esta ley¹⁶² tiene como finalidad “regular la asistencia técnica a los jueces y tribunales” función que para el Estado colombiano puede no cumplir su máximo servicio debido a los inconvenientes políticos y jurídicos de investigación. Al respecto se toma esta posibilidad de Antropología Forense como la sistematización de diligencias de exhumación llevadas a cabo por entidades certificadas para tales actividades, pudiendo cumplir una función de satisfacción de componente procesal ante la escasa producción de legislación y de decretos proferidos para tales fines.

Estos estándares de “actuación para expertos forenses” actúan como insumo técnico- legal, sin duda necesario en Colombia. La Ley de Memoria histórica, tal como se constató en España y Argentina. A su vez la ley 1408/2010 establece la necesidad de resolver los casos de desaparición forzada en Colombia, un elemento necesario en la cadena de hechos que

¹⁶¹ Tiempo en el que se estima que habrá barreras para la investigación judicial de tipo criminal para encontrar a los responsables de las muertes de aquellos cuyos cuerpos sean hallados en las fosas

¹⁶² El Real Decreto 32/2009, España fuente <http://www.granada.org/inet/wordenanz.nsf/04ffc780bb4849a2c1256e3d002c043a/1ac603f84872feebc12575550029c2c2?OpenDocument> consultada el 05/03/2011, 5:00pm

conduce al cierre de los procesos. Lo cual sustenta el parámetro *Desaparición y niveles normativos* como componente de la propuesta.

Estos parámetros permitirán no sólo la especificación de funciones, sino de tareas al interior de las investigaciones forenses. “Esa necesidad de participación y coordinación exige la creación de un Protocolo Nacional que regule formalmente tanto las técnicas que deben aplicarse como las distintas labores a realizar en los supuestos de sucesos con víctimas múltiples”¹⁶³.

Es posible hacer una revisión de los protocolos que maneja cada una de las instituciones, con el interés verificar si cumplen los requisitos y si existe unanimidad de criterio. En general los protocolos comparten criterios como la forma de emisión de informes, pasos de los procesos de inspección, o los distintos formatos.

PARÁMETRO: GRUPOS DE INTERÉS

Se denomina grupo de interés al conjunto de los miembros de una organización que responden a un perfil, dadas las características específicas obtenidas en el desarrollo de una investigación judicial.

Se puede delimitar en dos los grupos de interés. El primero basado en la experiencia internacional, consiste en un grupo de personas que corresponden a un perfil obtenido en el desarrollo de una investigación judicial. En este grupo se espera identificar a uno o más responsables de la comisión del delito. Si bien estas personas tienen un perfil común, no necesariamente implica la existencia de un vínculo personal entre ellos.

Ejemplo todas las personas que tengan un vehículo específico reconocido por un testigo en la escena del crimen.

El segundo está basado en casos presentados en Colombia, consiste en un grupo de personas que corresponden a un perfil obtenido en el desarrollo de una investigación judicial. Entre las personas que conforman este grupo existe vínculo reflejado en intereses comunes evidenciados en la investigación judicial.

Ejemplo. Los miembros de un grupo A cometen acceso carnal violento a una menor en el sector de Usaqué; para identificar a los responsables se requiere el análisis de los perfiles genéticos de los integrantes del grupo A.

CODIS es un sistema flexible que permite modificaciones en busca de un funcionamiento que responda a las necesidades técnicas y judiciales¹⁶⁴. Se debe pensar en este sistema en función del modelo colombiano del CODIS que responda a las necesidades de la justicia nacional.

En Colombia, se debe dar especial atención al tema de análisis de ADN para grupos debido

¹⁶³ Ibídem, Real Decreto 32/2009, España

¹⁶⁴ CODIS is a dynamic system, and therefore undergoes frequent major and minor software upgrades, which may cause the actual operation of the software to not exactly reflect the policies and procedures in this document. Modifications to this manual will be made to accommodate the changes as necessary. Fuente:210-D100 CODIS Virginia 27 de julio de 2009

a las características de los delitos que se busca resolver, con las características dentro del conflicto, los delitos asociados cometidos por grupos armados que actúan de manera sistemática y que por la gravedad del accionar requieren del manejo de información genética, debiéndose sistematizar por medio de las BDG-IC.

Acuerdos de cooperación policial y judicial

Esta investigación no amplía la temática referente a Acuerdos de Cooperación Internacional, por no considerarse parte constitutiva ni reglamentaria, sino de guía, de manejo y de asesoría para el manejo de las BDG-IC. Los acuerdos firmados deberán ser cumplidos por el Estado colombiano, deberá considerarse la regulación específica al interior del manejo de las BDG-IC. Los organismos colombianos deberán realizar las funciones correspondientes.

De esta forma se requiere información al interior de los tres organismos encargados de administrar el CODIS en Colombia y de sus partes para llevar a cabo el balance para la elaboración de los parámetros correspondientes a los casos de cesión de información a otros Estados o agencias u organismos policiales de carácter internacional o de otros países.

Así mismo, se presenta la normativa analizada en el presente documento. Se incluye la regulación de carácter internacional que rige la administración de las BDG-IC para Argentina, Reino Unido y España, contemplando a los dos últimos en su condición de Estados miembro de la Unión Europea. En el caso español, la regulación internacional no interviene en la administración de las BDG-IC, sin embargo restringe su campo de acción respecto al manejo de la información, principalmente en cuanto a la cesión de información entre Estados y organismos policiales.

CONCLUSIONES

1. La identificación humana llevada a cabo a partir de un perfil de ADN ha permitido la solución de delitos donde se han vulnerado bienes jurídicos como la vida, la libertad sexual, la dignidad de las personas. Sin embargo el uso de esta herramienta de identificación no puede poner en riesgo los derechos fundamentales de los titulares de las muestras biológicas o los perfiles de ADN almacenados en la base de datos de perfiles de ADN. Para estos efectos tanto administradores de la base de perfiles de ADN como el ente investigador (Policía judicial, Fiscalía General de la Nación) deben aplicar las medidas necesarias para no poner en riesgo los derechos fundamentales de los titulares de los perfiles de ADN; protección que debe brindarse desde la toma de la muestra biológica, su posterior análisis, extracción del perfil de ADN, almacenamiento y cotejos posteriores.

Para los países analizados, si bien el marco normativo cubre los distintos niveles normativos, desde el constitucional hasta la regulación específica requerida para el manejo de la base de datos de perfiles de ADN, es necesario que la regulación determine aspectos referentes al almacenamiento de las muestras biológicas y de los datos, información determinante para el administrador de la base de datos de perfiles de ADN.

En España, se nota la falta de decisión tanto a nivel técnico jurídico como de política legislativa, en especial por lo escueto de la normativa.

En Argentina, los familiares de personas desaparecidas o nacidas en cautiverio, pueden elevar la solicitud al banco de datos, la inclusión o el cotejo de su perfil genético, con propósitos identitarios. Esta información se almacenará en el archivo nacional de datos genéticos, y podrá ser cotejada con los datos incluidos posteriormente. El archivo nacional garantiza la protección de datos genéticos y los derechos del titular respecto a usos posteriores de los datos; por tanto no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Este criterio de uso también tiene aplicación en la regulación española. Por su importancia, de cara a la protección de los datos personales, este lineamiento tiene aplicación en la normatividad próxima a crear en Colombia, ya que en la BDG-IC coexisten datos personales de víctimas (de desaparición forzada, de violación) con datos de los de indiciados o condenados por delitos.

2. La protección de los datos de carácter personal repercute en el ejercicio de los derechos fundamentales y la vida privada. Al legislador colombiano le corresponde brindar las garantías para la correcta utilización de los perfiles de ADN; en especial cuando estos datos son utilizados con fines policiales. Si bien el principio de precaución representa uno de los pilares para justificar la conservación de muestras y perfiles de ADN, para estos efectos debe re-evaluar aspectos como tiempo de conservación y establecer unos criterios al respecto (cuando la persona ha sido absuelta, por muerte del titular de los datos, entre otros). Sin embargo es imposible desconocer que la información almacenada, si bien no previene la

comisión de delitos a futuro, si posibilita la identificación de posibles sospechosos o reincidentes.

3. En Colombia no existe un organismo especializado en el manejo de bases de datos. Este debe estar en cabeza de una institución responsable del manejo a nivel nacional, que exija su registro y esté en capacidad de dirimir los conflictos que surjan en esta materia.

En cuanto a la valoración del perfil de ADN al interior del proceso penal este debe sustentarse en el principio procesal de libre apreciación de la prueba, lo cual implica que no habría de considerarse como una prueba tasada, a pesar de la precisión que puede tener. Esto implica que la sentencia del juez no se fundamente solamente en la valoración de la prueba pericial, sino en el conjunto de pruebas (indicios, testimonios, prueba pericial).

Por otro lado, el organismo que administra la BDG-IC no puede ser quien determine y proponga la regulación referente a la valoración de la prueba de ADN en proceso penal, debido a que es una competencia de la jurisdicción penal. Esto muestra la complejidad en la regulación de la BDG-IC considerando sus especificidades constitucionales, derechos fundamentales, garantías penales, protección de la información y aspectos técnicos.

En cuanto a los aspectos judiciales, es necesario unificar el procedimiento referente al control de legalidad por parte del juez de garantías el cual debe llevarse a cabo 36 horas previas a la toma de muestra de ADN o al cotejo del perfil de ADN (artículo 245 del C.P.P).

4. Para el caso colombiano es necesario examinar los delitos que afectan derechos fundamentales como la vida, la libertad, la dignidad, la libertad sexual, la integridad de las personas, enmarcados en el conflicto colombiano. Conflicto enmarcado por la desaparición forzada, el desplazamiento y las disputas por la tierra, el narcotráfico, y el sicariato como figura funcional para silenciar a quienes se oponen.
5. En el contexto del conflicto interno en Colombia, se debe estudiar, diseñar y reglamentar el uso de un manual a nivel operativo forense, en *pro* del apoyo de los procesos de memoria histórica enfocado en la identificación de las víctimas de desaparición forzada, partiendo de la aplicación de la antropología forense, la cual estudia el proceso anterior y posterior a la muerte de la persona. Este manual será de obligatorio cumplimiento para todos aquellos organismos que se dediquen a la identificación de víctimas de desaparición forzada a nivel nacional, en el marco único del esclarecimiento de la identificación bajo este concepto.
6. Para el organismo administrador de la base de datos de perfiles de ADN, es necesario diseñar y reglamentar un manual que especifique y delimite los procedimientos a realizar por parte de los peritos involucrados en el proceso de toma de la muestra de ADN y su posterior análisis, el ingreso del perfil de ADN a la BDG-IC, cotejo de perfiles de ADN, procesos enmarcados en el respeto de los

derechos fundamentales. Siempre con observancia de los estándares técnico-científicos elaborados y aprobados por las sociedades científicas internacionales de Genética Humana Forense.

7. Finalmente y no por eso menos importante, debe crearse un documento guía que delimite los procedimientos por parte del sistema judicial. Éste debe referenciar los artículos del Código de Procedimiento Penal y los *criterios* explicados en el capítulo 4 como *Parámetros de uso de la BDG-IC* del presente documento (ingreso, almacenamiento, búsqueda, acceso y rectificación, cesión de datos) al interior de la investigación criminal y de investigaciones por desaparición forzada.

ANEXO 1: **SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN CODIS**

A continuación se presentan aspectos del sistema CODIS con base en el documento: CODIS Operating Policies and Procedures Manual¹⁶⁵.

Este manual de procedimiento tiene aplicación en el Estado de Virginia, (EU). El sistema CODIS maneja tres niveles de administración: el Nacional, el Estatal y el Regional. El Nacional es el superior, le sigue el State DNA Index System SDIS a nivel estatal y luego el Regional, según sea norte, central, este u oeste.

Los criterios de la información a ingresar en los índices los establece cada uno de los Estados. El documento es clasificado según el tipo de información que se ingresa al CODIS.

- **Criterios de intervención corporal para toma de ADN. Disposiciones**

Toda muestra analizada deberá ser conservada por la División de CODIS. No se deben almacenar muestras amplificadas una vez que han sido ingresadas al National DNA Index System, el cual se encuentra en un nivel superior al State DNA Index System.

- **Destrucción de la evidencia**

El sistema CODIS no destruye muestras biológicas.

- **Procedimientos de manipulación de información de arrestados y condenados**

La muestra se recibe en el laboratorio en la División de Recepción de Evidencia. Posteriormente se envía a la División de CODIS, donde se le asigna a cada muestra un número único, almacenándose la muestra de manera segura antes y después de realizado el análisis. La información es analizada cronológicamente según la llegada de la muestra al laboratorio. Si al momento de cotejar la nueva muestra con las almacenadas previamente se presenta una coincidencia, se acelera el proceso que debe seguir dicha información. Debe garantizarse la integridad, identidad, estado y seguridad de la muestra.

- **Cadena de custodia**

Debe realizarse una clara y bien documentada cadena de custodia desde el momento mismo en que se recibe la prueba del condenado y arrestado.

- **Transferencia**

Cuando las muestras de CODIS son transferidas entre funcionarios del CODIS, se debe comprobar la trazabilidad de la muestra. El funcionario que recibe debe realizar este procedimiento.

El manejo de las muestras estará encaminado a la protección contra pérdida, contaminación y deterioro de estas. Se buscará la obtención de la mayor cantidad de información de ADN utilizando una mínima parte de la muestra. Siempre que sea posible, se conservará parte de la muestra original en la división de CODIS.

¹⁶⁵ CODIS Operating Policies and Procedure Manual Department of Forensic Science DFS Document 210-D100. 27 de Julio de 2010.

Las muestras se etiquetarán con un código único, cumpliéndose para el proceso de análisis con el uso de dicho numeral así como con las condiciones técnicas mínimas previniendo la contaminación de la muestra.

Las muestras se mantendrán por un periodo extenso de tiempo, garantizado el correcto manejo de la muestra, así como el almacenamiento por parte de la institución correspondiente. Para el caso específico de Arkansas, el almacenamiento de muestras lo realiza la Evidence Section of the Arkansas State Crime Laboratory.

Los kits para solicitud de muestras bucales son proporcionados por el Laboratorio de Criminalística del Estado, y todas las formas de solicitud de la prueba deben ser almacenadas por la División de CODIS.

Criterios de uso de la BDG-IC al interior del sistema de administración CODIS¹⁶⁶

- Eliminación de información.

A nivel de Estado se consideran los periodos desde los cuales se aprobó la entrega de la información. Si una persona fue condenada por un delito grave después de una fecha específica para el Estado, debe entregar su información antes de su liberación. Si una persona no ha sido condenada o paga condena por un periodo de tiempo no definido, debe proveer sangre, saliva o una muestra de tejido como condición para la sentencia.¹⁶⁷

- Ingreso de información al sistema de administración de perfiles genéticos CODIS.

En Estados Unidos, debido a la división político-administrativa en Estados al interior de los Estados Unidos, varían ciertos aspectos del CODIS.

Sobre los *Several indexes* el CODIS clasifica la información de la siguiente forma:

Convicted offender: Contiene los perfiles de ADN individuales de convictos por crímenes.

Arrestes: Contiene los perfiles de las personas arrestadas (siempre que la ley del Estado permita la toma de las muestras de los arrestados).

Forensic: Contiene los perfiles de ADN obtenidos de evidencias de muestras de sangre o semen resultantes de escenas del crimen.

Missing Persons: Contiene los perfiles de ADN de referencia para personas desaparecidas.

Unidentified Humans (Remains): Contiene perfiles de ADN obtenidos de humanos no identificados o de restos humanos encontrados.

Biological relatives of missing persons: Contiene los perfiles de muestras de ADN entregadas de manera voluntaria por parte de los familiares de personas desaparecidas.

Por ejemplo, en el brochure de la Unidad de Análisis de ADN del FBI, se hace referencia a la siguiente generación del CODIS. De esta manera, gracias al respaldo jurídico otorgado por el DNA Fingerprint Act de 2005, el número de perfiles en la NDIS o Sistema de índices de DNA a nivel Nacional está en aumento. La siguiente generación del CODIS se describe como un software amistoso, multifuncional capaz de procesar extensas bases de datos. Permitiendo cruzar el perfil de personas desaparecidas y víctimas de desastres, la información obtenida

¹⁶⁶ Ver, *The Arkansas State Crime Laboratory, CODIS Section, Quality Assurance Manual*. Document ID: CODIS-DOC-01. Revision Date: 8/11(2010). Approved by: Executive Director & Scientific Operations Director.

¹⁶⁷ DNA Databank Operating Policies and Procedure Manual, Department of Forensic Science, DFS Document 211-D100, Issued by Biology Program Manager Revision 1, Issue Date: 24-March-2009. Página 36.

de las muestras (STR, Y-STR, y mtDNA), incluyendo los “meta data” correspondientes al género, la edad y los datos que obedecen a la última vez que fue vista la persona.

Esta información contrasta con el manejo que se le daba en el año 2000, según se encuentra en el folleto ADN & LAS VICTIMAS DE LOS DELITOS en el cual se especifica que a la fecha “CODIS no contiene ninguna información identificadora, tales como nombres, fechas de nacimiento, números de seguro social, u otra identificación personal.” El CODIS, no contiene información identificatoria, sin embargo el “DNA Fingerprint Act” permite cruzar las bases de datos que conduzcan a dicha identificación. Esto, bajo cooperación y colaboración de los cuerpos legislativos y todos los miembros de la Comunidad de justicia criminal.

Los desarrollos tecnológicos existentes permiten determinar la autoría de un delito a través del análisis genético de muestras abandonadas en el lugar del crimen y el posterior cotejo de estas con muestras biológicas obtenidas del autor del crimen. Esta situación permite concluir investigaciones que habían sido cerradas por falta de pruebas. Esta situación garantiza el cumplimiento de la justicia sin importar el paso del tiempo o la degradación de las pruebas.

- **Validación de la Prueba**

El laboratorio sólo usa metodologías validadas para el análisis de ADN. Existen dos tipos de validación: de desarrollo e interna.

La validación de desarrollo contiene ciertas investigaciones como son la caracterización de marcadores genéticos, especificación de especies, sensibilidad, estabilidad, reproductibilidad, muestras de caso, población, mezcla, precisión, fidelidad, estudios de caso basados en PCR (reacción en cadena de la polimerasa) condiciones de reacción, valoración de amplificación diferencial, valoración de amplificación preferencial, implicaciones de muestras que requieren múltiple amplificación o que contienen múltiples códigos, valoración de controles apropiados.

La validación interna es requerida en ciertas metodologías que son utilizadas para análisis forenses llevados a cabo en el laboratorio. Toda metodología no solamente debe ser validada sino internamente validada, revisada y aprobada por el técnico líder. El procedimiento de validación interna debe ser puesto a prueba usando muestras conocidas que no sean de investigaciones, y que contengan los siguientes tipos donde apliquen: fidelidad, precisión, reproductibilidad, mezcla.

Antes que un procedimiento validado de ADN se empiece a usar, debe pasar las pruebas de calidad. Las modificaciones físicas hechas a los procedimientos de validación deben ser documentadas y aprobadas por el líder técnico.

- **Desaparecidos**

El FBI tiene el CODIS + Mito, representada en una base de datos que almacena perfiles genéticos de personas desaparecidas (obtenidos de restos humanos no identificados) y permite cotejarlos con los perfiles de ADN de los familiares de desaparecidos.

El ADN puede obtenerse de un artículo personal de la persona desaparecida, como por ejemplo un diente de leche, hoja o máquina de afeitar, cepillo de dientes, o cepillo de cabello, del cual se puede extraer el ADN.

ANEXO 2

CLASIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL REINO UNIDO

Primary Legislation:

- UK Public General Acts
- UK Local Acts
- Acts of the Scottish Parliament
- Measures of the National Assembly for Wales
- Church Measures
- Acts of the Northern Ireland Assembly
- Acts of the Old Scottish Assembly
- Acts of the English Parliament
- Acts of the Old Irish Parliament
- Acts of the Parliament of Great Britain
- Northern Ireland Orders of Council
- Measures of the Northern Ireland Assembly
- Acts of the Northern Ireland Assembly

Secondary Legislation

- UK Statutory Instruments
- Wales Statutory instruments
- Scottish Statutory Instruments
- Northern Ireland Statutory Instruments
- Church Instruments
- UK Ministerial Orders

PROTECCIÓN DE INFORMACIÓN (palabra clave: Data Protection)

The Data Protection (Processing of Sensitive Personal Data) Order 2009. 2009 No. 1811. UK Statutory Instruments

Entró en funcionamiento desde el 8 de Julio de 2009. Consiste en un [Statutory Instrument], respaldado por el [Data Protection Act 1998], específicamente el párrafo 10, apéndice 3 en relación con las circunstancias en que los datos sensibles pueden ser procesados.

“El procesamiento de información de un prisionero, incluyendo información relacionada con la liberación del prisionero, con el objetivo de informar a un Miembro del Parlamento acerca del prisionero y las disposiciones para la liberación del prisionero.”

Con estas disposiciones se evidencia la necesidad de mantener un control e información al Sistema de Justicia, sobre las acciones realizadas en el ámbito de los datos sensibles.

The Data Protection (International Co-operation) Order 2000. 2000 No. 190. UK Statutory Instruments

Respaldada esta Orden en la [Data Protection Act 1998], secciones 54 (3) y 67 (2) y habiendo consultado con el [Data Protection Commissioner], 67 (3). Cobijados por la sección 54 (4) del [Data Protection Act 1998], dispone que la Secretaría de Estado puede, por medio de una orden, tomar disposiciones de cooperación entre el [Data Protection Commissioner],

la Comisión Europea y otras autoridades supervisoras del Área Económica Europea (AEE). Este Comisionado tiene la responsabilidad de reclamar cesiones de otros países del AEE, así como requerir acceso a controladores de información que se encuentren fuera de la jurisdicción del Estado, sea al interior del país o al interior de la AEE. La figura del Comisionado, tiene aplicación en la propuesta normativa sistema Judicial, garantizando al titular de los datos, la protección de estos en caso de cesión a otras entidades.

The Data Protection (Notification and Notification Fees) Regulations 2000. 2000 No. 188. UK Statutory Instruments

Establece las disposiciones sobre la entrega de notificaciones al [Data Protection Commissioner] por parte de los controladores de datos. Establece los criterios para la entrega de notificaciones al comisionado, de los datos de diferente índole: Administración de personal; publicidad mercadeo, y relaciones públicas; contables y grabaciones; organizaciones sin ánimo de lucro.

Data Protection Act 1998. 1998 c.29. UK Public General Acts

Establece nuevas disposiciones para la regulación del procesamiento de la información relacionada con individuos, incluyendo la obtención, conservación, uso o revelación de dicha información.

BASES DE DATOS (Palabra clave: Data base)

The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997. 1997 No. 3032. UK Statutory Instruments

Este documento está respaldado por el [European Communities Act 1972], (1) sección 2(2). basado en el [Copyright, Designs and Patents Act 1988] (7). Con relación a las medidas relacionadas con derechos de autor, prevención de extracción no autorizada de contenidos de una base de datos y de reutilización no autorizada de dichos contenidos.

BASES DE DATOS GENÉTICOS¹⁶⁸ (palabra clave: DNA database)

Crime and Security Act 2010. 2010 c. 17. UK Public General Acts.

En esta normativa, se establecen las disposiciones para la creación de un Consejo Estratégico de la Base de Datos de ADN [National DNA Database Strategy Board] que supervise las operaciones de la Base de Datos Nacional de ADN.

1989 No. 1810. UK Statutory Instruments.

En esta regulación, se establecen los criterios que deben cumplir hacia el Estado, quienes manipulen información genética, así como de quienes la información genética es manipulada. Grupos según el riesgo que representan por su actividad los organismos manipulados. Consideraciones a tener en cuenta en una Notificación de Intención para llevar a cabo actividades relacionadas con manipulación genética.

BASES DE DATOS GENÉTICOS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL (palabra clave: DNA criminal)

Accreditation for Suppliers to the UK National DNA Database, United Kingdom Accreditation Service. UKAS Publication ref: LAB 32

Es un ejemplo de la acreditación de laboratorios subcontratados para el análisis de las

¹⁶⁸ <http://www.legislation.gov.uk/all?text=dna%20database>. Consultada el 31/03/ 2011, 11:35 a.m.

muestras para obtener perfiles de ADN.

Crime and Security Act 2010. 2010 c. 17. UK Public General Acts.

En esta normativa, se establecen las disposiciones para la creación de un Consejo Estratégico de la Base de Datos de ADN [National DNA Database Strategy Board] que supervise las operaciones de la Base de Datos Nacional de ADN.

Esta legislación se comenta a profundidad en la tabla específica de legislación relacionada con BDG-IC.

Counter-Terrorism Act 2008. c. 28. UK Public General Acts.

Establece, entre otros temas, a las muestras de ADN y perfiles (junto con las huellas dactilares) como del cual no hay restricciones establecidas por la ley. Para esto, describe que para su uso, se realizará por las siguientes razones:

- Seguridad nacional.
- Prevención y detección del delito, investigación de un delito o para llevar a cabo una investigación.
- Identificación de una persona fallecida, o de la persona de quien haya provenido la muestra.

Sobre las acciones que en el Reino Unido constituyan un [criminal offence].

Human Tissue Act 2004. c 30. 2004 UK Public General Acts.

Es la legislación del Reino Unido que dicta las disposiciones sobre tejidos humanos y dicta las disposiciones sobre la cesión de tejidos humanos de determinadas recolecciones variadas y para propósitos relacionados. Medios de obtención de la prueba: consentimiento o organismos de inteligencia.

The Police (Amendment) Regulations 2002. 2002 No. 1758. UK Statutory Instruments.

Esta normatividad, ordena la entrega de una muestra de cabello por parte de todos los miembros de organismos policiales. El objetivo es almacenar los perfiles de ADN de cada uno de los miembros de los organismos policiales, donde dichos perfiles serán eliminados una vez las personas dejen de pertenecer a dichos organismos.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Banco genético y el derecho a la identidad. Ley 23.511 sobre la creación del Banco Nacional de de Datos Genéticos*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1988.

CARRACEDO/BARROS, *El cálculo de la probabilidad en la prueba biológica de la paternidad*, en “Revista de derechos y genoma humano/ Law and the Human Genome Review, n° 3, 1995.

CONSEIL DE L'EUROPE (Ed,) *Ethique et génétique humaine*, Les Editions de Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1994. *CASE OF S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM*- Sentencia de 4 de diciembre de 2008. *CASE OF GOGGINS v. THE UNITED KINGDOM*-2011.

CONSEJO DE EUROPA, Recomendación N° R (92)1 *Diario Oficial* n° C 296 de 05/12/2009 p. 0001 – 0003.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, Proceso n° 12634, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla., 14 de Marzo de 2001.

COUNTER TERRORISM ACT 2008, p. 13. <http://www.statewatch.org/news/2009/jan/uk-ct-act-2008.pdf> consultada el 25/02/2011

CODIS Operating Policies and Procedure Manual Department of Forensic Science DFS Document 210-D100. 27 de Julio de 2010
<http://www.dfs.virginia.gov/manuals/toxicology/procedures/220-D100%20Toxicology%20Procedures%20Manual.pdf>

CRIME AND SECURITY ACT 2010, United Kingdom
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/17/contents> consultada el 1/03/2011

DICTAMEN DNPDP n° 151/05 *Dirección Nacional de Datos Personales*, Buenos Aires, 21/06/05. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina

DECRETO N° 357/2002, Ministerio de justicia y Derechos Humanos, Argentina.

DNA Databank Operating Policies and Procedure Manual, Department of Forensic Science, DFS Document 211-D100, Issued by Biology Program Manager Revision 1, Issue Date: 24-March-2009.

GIL HERNÁNDEZ, A. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Ed. Colex 1995.

GUILLÉN VÁSQUEZ Margarita, *Bases de Datos de ADN con fines de Investigación Penal. Especial Referencia al Derecho Comparado*. Fiscal del Tribunal Supremo, página 1-33. España, 2004.

EQUIPO ARGENTINO DE ANTROPOLOGÍA FORENSE (EAAF) Fuente

http://www.eaaf.org/eaaf_sp/

COOPERACIÓN ENTRE PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/police_customs_cooperation/jl0005_es.htm

DECISIÓN MARCO SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/jl0018_es.htm

GENEWATCH UNITED KINGDOM

<http://www.genewatch.org/sub-564539>. Home Office DNA

SENTENCIA A MARRUECOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD CONTRA EL PUEBLO SAHARAWI

<http://www.patriagrande.com.ve/temas/internacionales/tribunal-internacional-sentencia-a-marruecos-por-crmenes-de-lesa-humanidad-contr-a-el-pueblo-saharai/>

PALEOLAB

<http://www.uv.es/paleolab/desaparecidos.htm>

<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia04sp/informe3.htm>

http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/ley/1968/ley_0048_1968.html

HUMAN TISSUE ACT 2004, United Kingdom

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/contents> consultada el 03/03/2011, 12:15 pm

INFORME DE LA CONADEP, Nunca más, EUDEBA, 1984

<http://www.me.gov.ar/efeme/24demarzo/dictadura.html> consultada el 06/03/11

JANSSEN, H. J. T., *Forensic Science* Laboratory of The Ministry of Justice

JEFFREYS. A.J., *Genetic finger printing. Nat. Med.* (October 2005)**11** (10): 1035–9.

LAS MANOS EN LA TIERRA de la realizadora Virginia Martínez, Documental, duración 52 min., 2010 <http://www.universidad.edu.uy/prensa/renderItem/itemId/26086> consultada el 07/03/2011, 11:30 pm.

LEGISLATION OF UNITED KINGDOM, *DNA DATABASE*

<http://www.legislation.gov.uk/all?text=dna%20database>. Consultada el 31/03/2011, 11:35 a.m.

LEY 1408/2010 “*Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación, sobre la posición jurídica de la desaparición forzada en Colombia*”. Diario oficial 47.807.

LEY 26.548 Banco Nacional de Datos Genéticos de Argentina (Nueva / noviembre 2009)

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, incluye modificaciones operadas por la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, España

http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/leyes_procesales/ley_enjuiciamiento_criminal.pdf

LEY ESTATUTARIA 1266/2008 “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones, Colombia.

LEY ORGÁNICA 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

LOPEZ FRAGOSO, *Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN*, en “DS”, vol.3, núm2, 1995.

LÓPEZ FRAGOSO, *Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal*. ROMEO CASABONA *Genética y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001.

LORENTE ACOSTA José A., Lorente Acosta Miguel, *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Ed.Comares, Granada, 1995.

LORENTE, José A., *Identificación genética criminal: Importancia médico legal de las Bases de Datos de ADN*, Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002.

KEYEUX VON DEDINA Genoveva, *De mujeres y Genes: una aproximación desde la bioética y los derechos humanos*, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2011.

RUBIO CORREA Marcial, *El Sistema Jurídico (introducción al Derecho)*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

MORENO VERDEJO, Jaime. *ADN y Proceso Penal: Análisis de la Reforma Operada por la Ley Orgánica 15/2003*, de 25 de Noviembre. pág. 1- 41

<http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL33.pdf> (02 de enero de 2007)

NATIONAL POLICING IMPROVEMENT AGENCY (NPJA)

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmpubadm/537/537we05.htm>

<http://www.npia.police.uk/>

PARDO GARCÍA, “Person identification by mean of genetic testing and it’s legal implications”, en *the Legal and Ethical Aspects related to the Project of the Human Genome* (Pullman and Romeo Casabona, Eds.), Pontificia Academia Scientiarum, Fundación BBV, Cittá del Vaticano, Bilbao, 1995.

MINISTERIO DE JUSTICIA *Plan de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012*, POA 2010, Plan Operativo Anual. Enero de 2011, Compromiso de Rendición de cuentas del Ministerio de Justicia, Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Colombia.

ROMEO CASABONA C.M., *Genética, biotecnología y ciencias penales* – 1a ed.- Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

STATEWATCH ANALYSIS UK GOVERNMENT'S *Clumsy, indiscriminate and disproportionate* Approach to DNA retention Max Rowlands. Consulta realizada el 25/02/2011
<http://www.statewatch.org/analyses/no-101-uk-dna.pdf>.

TEXTO CONCILIADO DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 184 DE 2010 SENADO, 046 DE 2010 CÁMARA “*Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*”. Corte Constitucional

REAL DECRETO 32/2009, del 16 de enero, por el cual se aprueba el protocolo de actuación Médico-Forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples, España
<http://www.granada.org/inet/wordenz.nsf/04ffc780bb4849a2c1256e3d002c043a/1ac603f84872feebc12575550029c2c2!OpenDocument> consultada el 05/03/2011, 5:00pm

RITTNER, CH., SCHNEIDER, P., SCHÖLMERICH, P., *Genomanalyse und Genterapie: Medizinische, gesellschaftspolitische, rechtliche und ethische Aspekte, (Análisis Genético y Terapia Génica: Aspectos médicos, sociopolíticos, legales y éticos)*, ed. Akademie der Wissenschaften, Mainz, 1997 ed. Gustav Fischer, 1996, Mainz.

ROVALETTI, María Lucrecia. *Derechos humanos, sociedad de la información y sociedad de riesgo*. Acta bioeth. [online]. 2010, vol.16, n.2 [citado 2012-03-26], pp. 174-179. Disponible en:
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2010000200010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1726-569X. doi: 10.4067/S1726-569X2010000200010.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL, Colombia: T- 414 de 1992, T- 729 de 2002, C- 1011 de 2008, C-025 de 2009, C-334/2010.

SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN RED DE DESAPARECIDOS Y CADÁVERES Consulta del 27/02/2011, 9:00pm
<http://www.transparenciacolombia.org.co/LinkClick.aspx?fileticket=iEdXxxbJjY%3D&tabid=313&language=es-ES>

THE ARKANSAS STATE CRIME LABORATORY, CODIS Section, Quality Assurance Manual. Document ID: CODIS-DOC-01. Revision Date: 8/11(2010). Approved by: Executive Director & Scientific Operations Director

THE GUARDIAN, *European court rules DNA database breaches human rights*. Artículo publicado en guardian.co.uk el 15/04/2009. Fuente
<http://www.guardian.co.uk/politics/2009/apr/15/jeffreys-dna-database-human-rights-police>
<http://www.guardian.co.uk/uk/2008/dec/04/law-genetics>

THE NATIONAL DNA DATABASE, House of Commons, Home Affairs Committee. Eight Report of Session 2009-10. Volume I, Report, together with formal minutes. Order by the House of Commons to be printed 4 March 2010

UNESCO, *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, Conferencia General de la UNESCO, 32 sesión 16 de octubre de 2003.

WEEDN, V. W. (2008), Review of: *Genetic Policing: The Use of DNA in Criminal Investigations*. *Journal of Forensic Sciences*, 53: 1493–1494. doi: 10.1111/j.1556-4029.2008.00894.x.

YESIL, *Biometrics*, en Mitcham (Ed. in chief), "Encyclopedia of Science and Technology Ethics, Vol. 4, Thomson – Gale, Farmington, 2005.

REGISTROS SONOROS

Entrevista concedida por Balthasar Garzón a RTVE el 20/02/2011 <http://www.rtve.es/noticias/20110220/entrevista-exclusiva-con-rne/409629.shtml>

Entrevistas realizada a Manuel Paredes, Director del Laboratorio de Paternidad del INMLCF los días 15/02/2011, 05/03/2011, Bogotá D.C.

Entrevista realizada a Magda Jiménez, Perito del Laboratorio de ADN del INMLCF el día 06/04/2009, Bogotá D.C.

Entrevista realizada a Ignacio Zarante, MD MSc Instituto de Genética Universidad Javeriana, el día 30/10/2009, Bogotá D.C.

GLOSARIO

ANÁLISIS DE MUESTRAS BIOLÓGICAS: medición de la muestra o vestigio, entre ellas a partir de muestra de sangre (a partir de sus componentes o características: ABO, HLA), de muestras de ADN, o de muestra de semen.

ARCHIVO, REGISTRO, BASE O BANCO DE DATOS: Indistintamente, designan al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso¹⁶⁹.

BDG-IC: Base de Datos Genéticos de Investigación Criminal, la cual almacena muestras biológicas, perfiles de ADN y huellas dactilares. El sistema de administración de la base de datos es el CODIS.

CADENA DE CUSTODIA: es el procedimiento con el cual se garantiza el cuidado que se debe dar a la muestra a lo largo del análisis, con las debidas medidas de calidad, celeridad.

CESIÓN DE DATOS PERSONALES (que cabe definir como toda comunicación de los mismos a un tercero) por parte de los Bancos de Datos Públicos.¹⁷⁰

CRITERIO: Es una condición o regla que permite realizar una elección lo que implica que sobre un criterio se pueda basar una decisión o un juicio de valor (citado por Abarca Fernández Ramón, Antología de nociones sobre estándares, criterios, competencias e indicadores, abril de 2009).

COTEJO: tarea realizada por el sistema de la BDG-IC con el objetivo de verificar si ya hay un registro exacto u aproximado al código a comparar.

CÓDIGO O PERFIL GENÉTICO: es la secuencia de características que se obtienen de una muestra o vestigio, al realizar el análisis.

DATO¹⁷¹: En el contexto de la legislación sobre Protección de Datos implica: información que está siendo procesada por medio de equipos operados automáticamente, según las instrucciones dadas para dicho propósito. Es almacenada con la intención de ser procesada por medio de dichos equipos. Es almacenado como parte de un importante sistema de archivos o con la intención que pueda formar parte de dicho sistema de archivo.

DATOS PERSONALES: Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinable, a los fines de la ley 25.326¹⁷².

DATOS SENSIBLES: Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información

169 Citado en el DICTAMEN DNPDP N° 151/05 BUENOS AIRES, 21/06/05.

170 Citado en el DICTAMEN DNPDP N° 151/05 BUENOS AIRES, 21/06/05.

171 Extraído de Data Protection Act, 1998 Chapter 29.

172 Citado en el DICTAMEN DNPDP N° 151/05 BUENOS AIRES, 21/06/05.

referente a la salud o a la vida sexual¹⁷³.

DISOCIACIÓN DE DATOS: Todo tratamiento de datos personales de manera que la información obtenida no pueda asociarse a persona determinada o determinable (art. 2 de la ley 25.326).¹⁷⁴

ESPECIMEN: es el nombre que recibe el código obtenido en el Sistema que soporta la BDG-IC.

INTIMIDAD CORPORAL: Es aquella intimidad que se ve relacionada con el “circulo de influencia¹⁷⁵”

INTIMIDAD PERSONAL: incluye la corporal. Es aquella intimidad que se ve afectada debido a cualquier hecho involucrado, directa o indirectamente con un individuo. Por ejemplo: la información resultado de un análisis de ADN.

MUESTRA: es un componente biológico perteneciente a la persona a quien se solicita la misma, pudiendo ser mediante orden judicial, u otorgada mediante consentimiento informado por parte de la persona a quien se le solicita, pudiendo ser víctima, sospechoso, imputado, condenado, etc.

LO: Ley Orgánica aplicable a la ley Española; Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre sobre protección de datos de carácter personal.

PARÁMETRO: Dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación. (Real Academia de la lengua Española)

RESPONSABLE DE ARCHIVO, REGISTRO, BASE O BANCO DE DATOS: Persona física o de existencia ideal pública o privada, que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos.¹⁷⁶

STR: Short Tandem Repeat

TITULAR DE LOS DATOS: Toda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley.¹⁷⁷

TRATAMIENTO DE DATOS: Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.

173 Citado en el DICTAMEN DNPDP N° 151/05 BUENOS AIRES, 21/06/05.

174 Citado en el DICTAMEN DNPDP N° 151/05 BUENOS AIRES, 21/06/05.

175 Manuel Paredes (2011)

176 Citado en el DICTAMEN DNPDP N° 151/05 BUENOS AIRES, 21/06/05.

177 Citado en el DICTAMEN DNPDP N° 151/05 BUENOS AIRES, 21/06/05.

USUARIO DE DATOS: Toda persona, pública o privada que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en archivos, registros o bancos de datos propios o a través de conexión con los mismos.¹⁷⁸

VESTIGIO: es un componente biológico del cual no se conoce el origen. Abandonado en la escena del crimen, permite su recolección para procesarla como parte del proceso penal.

178 Citado en el DICTAMEN DNPDP N° 151/05 BUENOS AIRES, 21/06/05.