

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2009.
PLAN DE ESTUDIO 1993



“LOS APORTES DE UNA BASE DE DATOS DEL ADN, EN LA INVESTIGACION DE LOS DELITOS DE VIOLACION SEXUAL”.

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS.

PRESENTAN:
ANA ISABEL CERNA
HERBERT EFRAIN FLORES GONZALEZ
GERMAN FRANCISCO VALLADARES ESTRADA.

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:
LIC. LEVIS ITALMIR ORELLANA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO DE 2010.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADEMICO

LICENCIADO OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARIA GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

DR JULIO OLIVO GRANADINO
DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LICENCIADO LEVIS ITALMIR ORELLANA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO
AGRADECIMIENTOS

A MIS PADRES, Dagoberto Valladares y Leila de Valladares, por su apoyo todo este tiempo, por haber dedicado su vida y sus esfuerzos a sus hijos, porque a pesar de las dificultades nunca se rindieron, y aun cuando el cansancio era grande tuvieron la fuerza para soportar el mío, por tener siempre la palabra correcta y por ser el reflejo de lo que quiero sea mi vida.

A MIS HERMANOS, Vladimir Valladares, Leila Valladares y Sofía Valladares, porque la vida es mas fácil con ustedes, por ser amigos, porque pueden faltar muchas cosas pero siempre están ahí, porque juntos aprendimos que el silencio dice mucho.

A MI NOVIA, Ana Cerna, las muchas palabras dicen poco y es imposible encerrar en estas líneas, tres años de vida; gracias por todo, por ser amiga, compañera y apoyo, solo ella sabe lo indispensable que ha sido todo este tiempo, sin ella muchas cosas no fueran realidad, gracias por ir conmigo en este camino.

A MIS AMIGOS, Por estar siempre presentes, y a todos los que participaron en las distintas etapas de mi vida, ahora más que nunca veo lo importante que fueron, en mis mejores momentos están ustedes, de cada uno llevo buenos recuerdos.

A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, Por haberme aceptado, por que el profesional que soy ahora creció en tu vientre.

A DIOS, Por cada uno de ellos y por permitirnos compartir la vida, por haber llegado hasta aquí, porque siempre estuvo presente, disfrazado en la piel de todos aquellos que me apoyaron.

German Francisco Valladares Estrada.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por ser el mejor de los amigos, y darme la vida, la fuerza, paciencia y perseverancia hasta el final de la carrera, por que su mano no se aparto de mi lado durante todo el camino.

A MI ABUELA, Candelaria Landaverde, que a pesar de no encontrarse en este momento para compartir conmigo la culminación de esta etapa, siempre fue el mas grande de los apoyos para poder crecer como persona y profesional, pero sobre todo por convertirse en la mejor de mis amigas.

A MI HERMANA, Paula Rivas, quien durante toda mi vida ha luchado por dar lo mejor de si, para que pueda superarme y salir adelante a pesar de los obstáculos que se presentaron. Y con ella a mi madre y a toda mi familia, que siempre brindaron apoyo a mis sueños.

A MI NOVIO, German Valladares, quien ha sido mi fortaleza en muchos momentos de mi carrera y en especial en mi vida; por estar conmigo en todo momento, aun cuando no era posible; por su amor, entrega, y amistad, en palabra sencillas, por ser una bendición en mi vida.

A MIS AMIGOS, en especial a Kely Ayala, Carmen Aguilar y Ever Escoto, quienes siempre estuvieron ahí a pesar de las dificultades, y que con agrado y entrega me brindaron su amistad y conocimientos, y con ellos a sus familias, quienes por muchas razones se convirtieron en parte de la mía.

A MI TIO, Carlos Fabián Cerna, como un agradecimiento especial, por dar todo lo que no estaba obligado a dar, y más; por estar siempre a la

expectativa de nuestras vidas, brindando apoyo económico y moral durante toda la carrera.

AL ASESOR, Licenciado Levis Orellana, por brindarnos su apoyo y guía para el desarrollo de esta investigación.

A TODOS, aquellos que de alguna manera contribuyeron a que esto se hiciera realidad, que estuvieron ahí, para ayudarme a dar cada paso, y llegar a la meta.

Ana Isabel Cerna.

AGRADECIMIENTOS

A NUESTRO AMADO DIOS, por ser guía y protector a lo largo de toda nuestra vida y por permitir lograr este triunfo.

A MI MADRE Y A TODA MI FAMILIA, por el apoyo incondicional que me brindaron a lo largo del desarrollo de este proyecto.

A MIS AMIGOS, que de alguna manera me apoyaron en la carrera.

A NUESTRO ASESOR DE TESIS, quien con su amabilidad y disponibilidad pudimos concretar con éxito el desarrollo de nuestra investigación.

Herbert Efraín Flores González

ÍNDICE.

	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	i
CAPITULO I	
1.1 PLANTEAMIENTO, ENUNCIADO Y DELIMITACIÓN	1
1.1.1 Situación Problemática	1
1.1.2 Enunciado del problema	5
1.1.3 Delimitación del Problema	5
1.2 JUSTIFICACION DEL TEMA	6
1.3 OBJETIVOS DE ESTUDIO	10
1.3.2 Objetivos Específicos	10
1.3.1 Objetivo General	10
1.4 SISTEMA DE HIPOTESIS	12
1.4.1 Redacción de Hipótesis	12
1.4.2 Operacionalización de las Hipótesis	13
1.5 METODOLOGIA UTILIZADA	15
1.5.1 Métodos Generales de Conocimiento	15
1.5.2 Nivel y Tipo de La Investigación	16
1.5.3 Metodos, Tecnicas e Instrumentos a Utilizar	17
1.6 PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN	19
CAPITULO II	
2.1 NACIMIENTO Y EVOLUCION DE LA CRIMINALISTICA	21
2.2 LOS ORIGENES DE LA MEDICINA FORENSE	26
2.3 ORIGEN DE LA PRUEBA DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL SALVADOR	30
2.4 LA PRUEBA DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS	

DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL	33
2.4.1 Delitos contra la Libertad Sexual	37
2.4.1.1 Generalidades	37
2.4.1.2 Delito de Violación	37
2.4.1.2.1 Definiciones	38
2.4.1.2.2 Elementos Del Delito De Violación	42
2.4.2 Serologia Forense	43
2.4.2.1 Distintas Formas de Obtener la Prueba de ADN	43
2.4.2.2 Problemática de las muestras biológicas	48
2.4.3 Procedimientos para la Recolección de las Evidencias y en Forma Particular las Evidencias Biológicas	51
2.4.4 Pasos para la Recolección, Transporte, Estudio y Resultado del Análisis de las Evidencias Biológicas	54
2.4.4.1 Protocolo Operativo para la Recogida de Indicios Biológicos Indubitados de la Escena del Crimen	56
2.4.4.1.1 Recogida de evidencias procedentes de Delitos Sexuales	59
CAPITULO III	
3.1 BASES DE DATOS DE INFORMACIÓN GENÉTICA: GENERALIDADES	61
3.1.1 Criterios de Registro de Perfiles de ADN de Sospechosos	62
3.1.2 Criterios de Registro de Perfiles de ADN de Condenados	63
3.1.3 Criterio de eliminación de los perfiles de ADN	63
3.2 CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE EL ALMACENAMIENTO DE INFORMACIÓN GENÉTICA	64
3.3 LA INFORMACIÓN GENÉTICA, CONCEPTOS Y MATERIAL	

UTILIZADO EN LA RECOLECCIÓN DE DATOS	66
3.3.1 Consideraciones generales a cerca de la información genética	66
3.3.2 La información genética, conceptos y recolección de datos	68
3.3.3 Los genomas humanos y los tipos de herencia	70
3.3.3.1 El ADN nuclear : La herencia compartida de los padres	70
3.3.3.2 El ADN mitocondrial: La herencia materna	72
3.3.3.3 El cromosoma Y : La herencia paterna de los varones	73
CAPITULO IV	
4.1 LINEAMIENTOS CONSTITUCIONALES	75
4.2 LEGISLACIÓN SECUNDARIA	83
4.2.1 Código Penal	83
4.2.2 Código Procesal Penal	86
4.3 ESTUDIO DE LA SITUACIÓN LEGISLATIVA DE LA BASE DE DATOS EN NUESTRO PAÍS	93
4.4 REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO	95
CAPITULO V	
5.1 INTRODUCCIÓN	101
5.2 SISTEMAS POSIBLES EN EL PLANTEAMIENTO DE UNA LEGISLACIÓN SOBRE LA MATERIA	102
5.3 CRITERIOS A ADOPTAR EN LA REGULACIÓN DE UNA BASE DE DATOS DE ADN	103
5.3.1 Delimitación objetiva	104

5.3.1.1 La Gravedad del Delito	105
5.3.1.2 El Grado de Reincidencia	106
5.3.1.3 El Hallazgo Frecuente de Vestigios Biológicos	106
5.3.2 Delimitación Subjetiva: Personas Cuyos Perfiles pueden ser incluidos	107
5.3.2.1 Condenados por Sentencia Firme por alguno de los delitos que se enumeraron como formadores de la base de datos	108
5.3.2.2 Imputados Mediante Resolución Judicial	109
5.3.2.3 Inclusión de Personas que Voluntariamente Quisieran Formar Parte de la Base de Datos con Fines de Investigación Penal	111
5.3.2.4 Víctimas	112
5.4 TIEMPO DE CONSERVACIÓN DE LAS MUESTRAS Y DE LOS RESULTADOS DE LOS ANÁLISIS	113
5.4.1 Tiempo de permanencia de los Vestigios y de las Muestras	114
5.4.2 Tiempo de permanencia de los análisis procedentes de personas determinadas	115
5.4 MODELO DE FUNCIONAMIENTO. ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LA BASE DE DATOS	117
CAPITULO VI	
6.1 LIMITANTES ETICAS	120
6.2 LIMITANTES JURIDICAS	123
CAPITULO VII	
7.1 CONCLUSIONES	137

7.2 RECOMENDACIONES	139
BIBLIOGRAFIA	140
ANEXOS	
Anexo 1: Tabulación del Cuestionario del Tema de Investigación	146
Anexo 2: Anteproyecto de la Ley para Establecer el registro y Banco de Huellas Genéticas del Instituto de Ciencias Forenses	161

INTRODUCCION

Actualmente la pericia genética realizada sobre restos biológicos es una actividad rutinaria en el entorno forense. El análisis de muestras involucradas en ciertos delitos puede ayudar a esclarecer cómo ocurrieron los hechos o quienes intervinieron en los mismos. Asimismo, la aplicación de técnicas moleculares en la identificación de cadáveres ha permitido resolver aquellos casos que no podían solventarse mediante técnicas clásicas de identificación (huella dactilar, ficha dental, etc.).

Este tipo de pericias se caracteriza por su objetividad, ya que se basan en fundamentos científicos plenamente demostrados y validados. Los resultados que se obtienen en el análisis de evidencias en un laboratorio, por tanto, han de coincidir plenamente con los obtenidos en otros diferentes, si todos son científicamente rigurosos y cumplen con las condiciones de calidad.

La investigación en el proceso penal sirviéndose de la identificación a través del ácido desoxirribonucléico presenta una serie de puntos que, a modo de introducción, sirven para enmarcar el tema.

En primer lugar, la importancia de este medio probatorio resulta indudable. Los miles de pares de bases que se reparten de forma secuencial y determinada para cada persona y determinan la posibilidad de seleccionar a un único individuo de entre todos los demás de su especie si se conoce esta secuencia, han situado a la Ciencia ante la singular fortuna de hallar un factor individualizador de tal magnitud que se habla ya hoy de la “*huella genética*” como verdadero criterio de identificación de los seres humanos. Su

utilización en el esclarecimiento de hechos delictivos ha supuesto una revolución en el ámbito de la biología forense y en la investigación de la autoría del delito.

La decisiva relevancia de este medio probatorio se descubre con la sola lectura de los hechos probados de aquellas sentencias en que el ADN ha tenido un peso decisivo. Hechos que son esclarecidos mediante esta diligencia probatoria con un grado de fiabilidad incomparable al proporcionado por otras pruebas de corte más clásico (testigos, reconocimientos en rueda, etc.).

En segundo lugar, los avances científicos han incidido notablemente en el enfoque de los problemas jurídicos que rodean esta prueba. El desarrollo tecnológico y científico en esta materia ha supuesto, por una parte, una ampliación de las posibles muestras de las que se puede efectuar un análisis de ADN, algunas de ellas de bastante fácil obtención, y, de otra parte, que el análisis pueda proporcionar un número de datos cada vez más precisos y numerosos, por lo que debe concluirse en que el peligro de vulneración de los derechos fundamentales se sitúa no tanto en la obtención de las muestras sino en el alcance de los datos que se obtengan por medio del análisis y la difusión de los mismos.

El tercer punto hace referencia a la complejidad y variedad de problemas que se pueden suscitar en relación con esta materia. No es fácil dar una respuesta uniforme y segura a todos ellos. Un tratamiento unitario de las intervenciones corporales no parece posible. Por otra parte, los derechos fundamentales que pueden estar afectados son muy variados y cambian según el tipo de medida a la que nos enfrentemos. Estamos en una auténtica encrucijada de derechos fundamentales que pueden verse concernidos.

En cuarto lugar, el ámbito y los problemas de esta materia no coinciden si distinguimos entre la prueba individual de ADN y la creación de bases de datos de perfiles de ADN para permitir confrontaciones más amplias de sospechosos.

Sin duda las cuestiones de mayor proyección futura se agolpan bajo la posible creación de estas bases de datos con los análisis previos de ADN de distintos individuos de manera que encontrado un vestigio biológico en la escena del delito se pueda cotejar con el de las distintas personas que forman este archivo. La necesidad de establecer normas seguras sobre su constitución (¿con que personas cabe formar el archivo: todas, los condenados por cualquier delito, sólo condenados por un específico delito, los imputados aun antes de recaer condena, los que presenten antecedentes policiales, etc?), gestión, custodia, uso, conservación, etc., es tarea nada fácil

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION.

1. 1 PLANTEAMIENTO, ENUNCIADO Y DELIMITACIÓN.

1.1.1 Situación Problemática.

La vida cambia. La historia nos enseña, con la perspectiva y la ventaja que ofrece el analizar los hechos que ya han ocurrido, que todo evoluciona, y que ciertas conductas del hombre que parecen irracionales tienen su razón de ser y su causa en la búsqueda de ciertos valores que aparentan trascender el aquí y el ahora.¹

Sin perjuicio de los obstáculos con los que pueda tropezar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en un caso concreto, la mayor dificultad surge al proceder a la correcta delimitación del sector determinado de la realidad material, esto es, de los acaecimientos concretos de la vida social en torno a los cuales se manifiesta la controversia y a los que debe aplicarse la norma jurídica con el fin de establecer cuál de las pretensiones procesales es conforme, en todo o en parte, con el Derecho objetivo.²

Así, aunado con lo anterior, diremos que un dictamen pericial permite llevar a conocimiento del Juez datos de hecho que pueden ser aprehendidos

1 VÁZQUEZ LÓPEZ JOSÉ ENRIQUE , Cuadernos de Medicina Forense N° 34 - Octubre 2003.

2 ILLESCAS RUS ÁNGEL VICENTE, “Utilidad y Valoración del Dictamen Pericial Conferencia Nacional de Profesionales de la Pericia Judicial.

sólo o, cuando menos, de modo preponderante, por quien esté versado o formado en una determinada rama del saber, sea científica, artística, técnica, o en una concreta práctica.

Ahora bien para el caso que nos encontramos analizando hay que decir que uno de los descubrimientos y avances científicos y tecnológicos mas grandes del siglo pasado fue el descubrimiento del ADN o Ácido Desoxirribonucleico, el cual es el material genético de todos los organismos celulares (entre ellos el humano) y casi todos los virus, el ADN contiene la información genética necesaria para dirigir la replicación, y que es única en cada ser vivo e inalterable, los análisis del ADN pueden recaer sobre cualquier clase de muestra extraída de una persona, sangre, piel o semen, por lo que es una herramienta eficaz para la identificación de personas.

La utilización del ADN en procesos criminales es lo que algunos denominan Criminalística Biológica, y consiste en el estudio de la variabilidad genética humana aplicada a la resolución de procesos criminales, mediante el análisis de vestigios biológicos encontrados en el lugar de los hechos y su comparación con los perfiles genéticos de los posibles implicados.

El ADN sobretodo es utilizado en casos de violación, agresiones sexuales y en los procesos de paternidad.³

El análisis de ADN es una medida más de investigación donde la circunstancia de incidir en la esfera de los derechos fundamentales de la

3 FERNÁNDEZ ÁLVAREZ BELÉN MARÍA, El ADN desde una perspectiva penal , Noticias Jurídicas Artículos Doctrinales: Derecho Penal.

persona en investigación, involucra necesariamente la intervención judicial como garante de los derechos señalados.

Puede afirmarse, que junto con el carácter pericial propio de las técnicas de ADN, cabe calificar a los análisis genéticos y su aplicación forense como auténticas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. Sin embargo, prevalece en las diligencias de esta naturaleza el constituir medidas restrictivas de derechos fundamentales frente al carácter pericial, motivo por el que la competencia para ordenarlas ha de mantenerse dentro de la reserva jurisdiccional.⁴

Ahora bien para evaluar la pericia de ADN hay que acudir a las probabilidades, contempladas desde la perspectiva de dos hipótesis alternativas y expresadas como una proporción entre ambas. Es importante no caer en las llamadas falacias del fiscal y de la defensa y contemplar el valor de la prueba desde una perspectiva justa.

La única solución pasa por un empleo correcto por los peritos de las probabilidades y un entendimiento suficiente por los jueces, abogados y fiscales de conceptos básicos de teoría de la probabilidad.

Los avances en tecnología de ADN y el descubrimiento de los polimorfismos de ADN abren la posibilidad científica y técnica de realizar una base de datos con fines de investigación criminal.⁵

A partir de aquí consideramos que se vuelve imperante y muy necesaria la creación de un registro, una base de datos con los vestigios obtenidos en

4 CHOCLAN MONTALVO, Pericia genética y proceso penal , 1998 , núm 9

5 PEDRAZ PENALVA, Apuntes sobre la prueba pericial págs. 332-349

casos penales resueltos o que no se pudieron resolver por falta de un imputado concreto, con el fin de lograr una mejor aplicación de justicia.

Pero esta cuestión no es tan sencilla, la regulación existente sobre la prueba pericial en los distintos ordenamientos jurídicos no es suficiente para esta materia en concreto. La exigencia de una específica regulación en materia de análisis de ADN está motivada por la particular incidencia que la práctica de las diligencias a que nos referimos supone en una relación de derechos merecedores del calificativo de fundamentales. Por encima de esta naturaleza pericial, prima el aspecto incisivo en la esfera de los derechos fundamentales del individuo.

No obstante lo anterior, es necesario establecer los marcos jurídicos legales y penales que regulen no solo su uso sino además que se proteja la información obtenida a través de dichas pruebas, además esto se relaciona con importantes cuestiones bioéticas que no debieran dejarse de lado.

Procurando resumir lo anterior, queremos exponer que se puede aprovechar en mejor medida los avances científicos y tecnológicos para la investigación y esclarecimientos de los hechos delictivos, procurando así que las resoluciones emitidas por los órganos encargados de impartir justicia sean mas precisas y menos propensa a errores, lo que implicaría no solo invertir en mejor y mas tecnología, sino en la capacitación de todos los participantes de este proceso y en la creación de instituciones jurídicas que normen no solo los métodos y técnicas a utilizar, sino a los entes encargados de realizarlos y el manejo de la información obtenida a través de estos.

1.1.2 Enunciado del problema.

¿En que medida la base de datos de ADN puede convertirse en una herramienta útil que contribuya a la investigación de delitos de violación sexual en nuestro país?

1.1.3 Delimitación del Problema.

La investigación estuvo dirigida a la importancia de la existencia de un banco de datos de información genética que contribuya al esclarecimiento de los delitos de violación sexual, realizando un estudio de los elementos teóricos referidos a este tema, así como legal, tanto interno como de Derecho comparado, aprovechando la experiencia de otros países en este tema; en consecuencia por tratarse de una propuesta enfocada a contribuir a la investigación del delito en nuestro país, no se ha tomado una delimitación espacial en específico, sino mas bien se ha enfocado a lo largo del desarrollo de la tesis, en pronunciar y explicar los aportes de la base de datos de información genética a nivel nacional. Por otra parte ha versado sobre la rama del derecho de Criminalística y Medicina Forense, y con especial enfoque en la investigación del delito de violación; sin que se haya tomado como parámetro temporal una fecha en específico.

1.2 JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.

Durante mucho tiempo los sistemas penales han creado bases de datos en las cuales se establezcan información del delincuente que contribuya a la investigación de delitos y a la elucidación de responsabilidades penales, sobre todo para casos complejos o casos de reincidencia; la base de datos han sido un apoyo eficaz para los investigadores y para los encargados de juzgar a las personas que han cometido un delito, sin embargo estos bancos de datos deben actualizarse y sobre todo ir de la mano con las nuevas tecnologías, ya que si no, se irían quedando rezagados y perderían su valor como elementos de apoyo en la investigación científica de los delitos.

Así en muchos países la medicina forense utiliza técnicas desarrolladas en el curso de la investigación sobre el ADN para identificar delincuentes, de las muestras que pueden ser encontradas en el escenario del delito o en la víctima misma, estas se comparan con el ADN del sospechoso, con lo cual se puede llegar a la conclusión de que este fue el autor, cómplice o que estuvo presente en el lugar de los hechos (tomando en cuenta todo el caudal de pruebas); y el resultado es una prueba que puede utilizarse ante los tribunales, claro como toda prueba que entra en un juicio en un sistema adversativo, puede ser impugnada, lo que no le quita su carácter científico y certero, pues cada ser vivo contiene un material genético único e inalterable.

De todo lo anterior nace la necesidad de pararnos a estudiar la situación normativa que existe en nuestro país sobre estos ficheros de ADN.

En nuestro ordenamiento jurídico, no hay una regulación expresa acerca de la aplicación forense de los análisis de ADN. Escasas son las

iniciativas legislativas al respecto que permiten obtener una idea de las orientaciones futuras, ya que tal como se menciona en el capítulo IV de esta tesis, solo en el año de 2007 se ha presentado un anteproyecto de ley respecto al tema.⁶

Así una base de datos de delincuentes nos permite la comparación de una huella genética de una persona desconocida, con la de una conocida, en otras palabras una base de datos de esta naturaleza nos permitiría: acumular delitos diferentes cometidos por un mismo sujeto y ubicar o descartar sospechosos respecto de los cuales ya se tiene registro previo.

Los datos obtenidos de los exámenes de ADN pueden ser almacenados en cualquier soporte físico capaz de acumular información. Así, la “información genética” puede guardarse en archivos físicos o en soportes electrónicos, como discos duros, o flexibles, por lo cual pensar en crear una base de datos con “información genética” que nos ayude en los procesos de investigación de delitos no es tan inalcanzable, lo que implicaría crear un conjunto organizado y sistematizado de información obtenida a partir del análisis de ADN y una legislación adecuada que vele no solo por los procesos especializados para obtener esta información, sino además el uso de esta y su respectivo registro. Lo anterior no implica un registro de toda la población nacional, sino que puede restringirse a un cuerpo poblacional específico, para el caso, aquellas personas que han cometido delitos contra la libertad sexual; lo cual se convierte en una herramienta de investigación en los casos de reincidencia o de aquellos casos que en algún momento

⁶ CONSULTORÍA INSTITUTO DE CIENCIAS FORENSES. “Anteproyecto de la Ley para Establecer el registro y Banco de Huellas Genéticas del Instituto de Ciencias Forenses”. Junio de 2007.

quedaron impunes por no haber tenido un responsable y que aunando las pruebas obtenidas en un caso pasado mas las obtenidas en el caso mas recientes nos lleven a la resolución de ambos; lo cual no implica un desgaste de recursos desmesurado y sin embargo genera una gran cantidad de beneficios para la investigación de delitos y para los jueces a la hora de emitir sus resoluciones.

En muchos países europeos existe ya una normativa o distintos proyectos legislativos sobre la materia así el cuadro siguiente muestra un poco el proceso histórico de este tipo de normativa: Inglaterra (1995), N. Irlanda, Escocia (1996), Holanda, Austria (1997), Alemania, Eslovenia (1998), Noruega, Finlandia (1999), Dinamarca, Suiza, Suecia, Croacia, Bélgica (2000), Francia, Republica Checa (2001), Bélgica, Estonia, Lituania, Eslovaquia, Hungría (2002).A lo anterior habría que agregar el actual proyecto de ley en España, Uruguay, Chile y Argentina.

Vemos entonces que el tema no es en nada nuevo, y por lo tanto se cuenta con la experiencia e información necesaria para su creación e implementación.

Un punto importante que debemos de mencionar es que según las estadísticas impartidas por las autoridades policiales, la violación sexual representa más del 50% de los delitos relativos a la libertad sexual, los cuales han venido en aumento en los últimos años, cuyas victimas son principalmente menores de edad.

Según manifiestan las autoridades el delito de violación sexual empieza a denunciarse cada vez mas por las victimas, el miedo de la denuncia comienza a desaparecer, según el reporte estadístico de los últimos años el incremento de denuncias de este delito ha ido incrementando en un 30% a

un 40% situación que permite que se inicie la investigación respectiva del caso.

Sin embargo el imputado lograr mantener la impunidad pues el proceso de investigación se vuelve ineficaz a pesar de contar con la denuncia de la victima, en algunos casos, principalmente cuando la victima es menor de edad, se retracta de la denuncia lo que deja al imputado en libertad, situación que favorece a la impunidad y a la posible reincidencia del presunto sospechoso en este delito. Es aquí donde la base de datos de ADN nos daría una mayor efectividad del proceso de investigación, pues al contar con el almacenamiento de información genética de los presuntos sospechosos seria más fácil su identificación y su posterior persecución por el ente punitivo.

La implementación de un registro como este no solo tendría efectos en la investigación de delitos, sino que un efecto colateral seria la disminución de estos delitos, pues si el delincuente siente que el sistema de investigación es certero se abstendrá de cometer cualquier ilícito por miedo a ser encontrado, muchos especialistas aseguran que no es la mayor magnitud de la pena, sino la mayor certeza en su aplicación, el elemento condicionante más poderoso para prevenir los delitos.

1.3 OBJETIVOS DEL ESTUDIO.

Los objetivos que se plantearon en esta investigación fueron los siguientes:

1.3.1 Objetivo General

- Determinar los aportes de la base de datos de ADN en la investigación de delitos de violación sexual.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Establecer la necesidad de la base de datos como un medio eficaz en la investigación de los delitos de violación sexual.
- Proponer la creación de una base de datos de ADN a fin de optimizar la investigación de dicho delito.
- Identificar los pasos a seguir por el Instituto de Medicina Legal para la realización del análisis de ADN.
- Establecer los criterios a utilizar para la recolección de información y su posterior almacenamiento en una base de datos de ADN.
- Establecer el tipo de información genética que se contenga en dicha base de datos así como su permanencia dentro de la misma.

- Identificar los organismos internacionales encargados de dar apoyo a la creación y funcionamiento del banco de datos en nuestro país, así como el aprovechamiento de las experiencia internacional sobre este tema a través de un estudio de Derecho comparado.

1.4 SISTEMAS DE HIPÓTESIS.

Las hipótesis que orientaron la investigación fueron las siguientes:

1.4.1 Redacción de Hipótesis.

Hipótesis General:

- “La creación de La Base de Datos de ADN, contribuye a la investigación de los delitos de violación sexual”.

Hipótesis Específicas:

- “Los aportes proporcionados a través de la base de datos de ADN, hace mas ágil y efectiva la investigación de los delitos de violación sexual”.
- “La base de datos de ADN es una herramienta necesaria para la investigación en los delitos de violación sexual”.
- “La creación de la Base de Datos optimiza la investigación en los casos de una violación sexual”.
- “Sin la creación y funcionamiento de la Base de Datos de información genética, El ADN encontrado en la víctima o en la escena del delito se vuelve ineficaz para la investigación”

- “La creación y funcionamiento de la base de datos de ADN, requiere de Organismos Internaciones para su dirección y apoyo”.
- “A mayor aplicación de criterios legales para la recolección y almacenamiento de la información genética, mejor funcionamiento de la base de datos”.

1.4.2 Operacionalización de las Hipótesis.

Hipótesis y Variables.

Hipótesis General.

- Variable Independiente (Causa): La creación de La Base de Datos de ADN.
- Variable Dependiente (Efecto): contribuye a la investigación de los delitos de violación sexual.

Hipótesis Especifica N° 1.

- Variable Independiente (Causa): Los aportes proporcionados a través de la base de datos de ADN.
- Variable Dependiente (Efecto): hace más ágil y efectiva la investigación de los delitos de violación sexual.

Hipótesis Especifica N° 2.

- Variable Independiente (Causa): La base de datos de ADN es una

herramienta necesaria.

- Variable Dependiente (Efecto): para la investigación en dichos delitos.

Hipótesis Especifica N° 3.

- Variable Independiente (Causa): La creación de la Base de Datos.
- Variable Dependiente (Efecto): optimiza la investigación en los casos de una violación sexual.

Hipótesis Especifica N° 4.

- Variable Independiente (Causa): Sin la creación y funcionamiento de la Base de Datos de información genética.
- Variable Dependiente (Efecto): El ADN encontrado en la víctima o en la escena del delito se vuelve ineficaz para la investigación.

Hipótesis Especifica N° 5.

- Variable Independiente (Causa): La creación y funcionamiento de la base de datos de ADN.
- Variable Dependiente (Efecto): requiere de Organismos Internacionales para su dirección y apoyo.

Hipótesis Especifica N° 6.

- Variable Independiente (Causa): A mayor aplicación de criterios legales para la recolección y almacenamiento de la información genética.
- Variable Dependiente (Efecto): mejor funcionamiento de la base de datos.

1.5 METODOLOGÍA UTILIZADA.

1.5.1 Métodos Generales de Conocimiento.

La investigación ha versado sobre: **LOS APORTES DE UNA BASE DE DATOS DEL ADN EN LA INVESTIGACION DE LOS DELITOS DE VIOLACION SEXUAL**, por lo que es importante tener en cuenta que no puede ir enfocada solamente a determinadas personas, dado que por su carácter de propuesta y su enfoque nacional, sería limitar el tema a una parte de la población cuando en realidad la contribución sería global, incluyendo también aquí al Instituto de Medicina Legal así como al Equipo Técnico de Investigación de la PNC por ser entes legalmente encargados de las diligencia y análisis en la investigación de los delitos de violación, esto ultimo principalmente con el animo de hacer una investigación mas eficaz y segura.

En este capitulo es la oportunidad idónea para dejar establecido que en nuestra investigación los Médicos Forenses del Instituto de Medicina Legal, son fuentes claves para obtener información que pronto se convierte en conocimiento para la realización del proyecto, dado que a través de entrevistas (Anexo 1), nos permiten llegar al interesante mundo de la Criminalística y Medicina Forense, y dejar asentado el conocimiento para futuras investigaciones, y mejor aun para la creación de la base de datos de ADN, demostrando así la necesidad de buscar nuevos medios para la investigación, tales como la base de datos antes mencionada, que será una herramienta de contribución al desempeño de las funciones de los entes encargados, en este caso en particular de la investigación de los delitos de

violación sexual.

Además de lo antes expuesto se utilizarán los métodos comunes para la investigación, incluyendo en estos la investigación teórica o bibliográfica y la empírica o de campo, lo que permitirá hacer una investigación completa y con amplio contenido.

1.5.2 Nivel y Tipo de la Investigación

La investigación o estudio realizada tuvo como objetivo cubrir los tres niveles del conocimiento científico, *Descriptivo*, *Explicativo* y *Predictivo*, por las siguientes razones: En el *nivel Descriptivo* se pretende entrar a la situación problemática planteada sin tocar el fondo, abarcando los factores externos o generales del tema en investigación, como el primer nivel del conocimiento científico. En el *nivel Explicativo* se tendrá que tener en cuenta la teoría, los métodos y las técnicas de la investigación, es aquí donde las hipótesis tendrán un papel fundamental para tratar de llegar a la esencia a través de la explicación. En el *nivel Predictivo* si bien es cierto este nivel se cubrirá al plantear las respectivas conclusiones y recomendaciones del tema a desarrollar, se verá inmerso en el transcurso del contenido del tema, dado que no se debe olvidar que parte fundamental de la investigación es la propuesta de la creación de la base de datos y de los beneficios que trae consigo respecto a la investigación del delito en cuestión, esto a manera de contribución a la misma.

Respecto al tipo de investigación se ha hecho una mezcla de ellos, ya

que fue: Por su finalidad, una investigación aplicada pues se busca el “conocer para hacer” es decir que los resultados buscan utilizarse para resolver una situación problemática; Por la fuente de datos, será tanto bibliográfico como de campo, dado que se vuelve necesaria para una investigación mas completa y mejor fundamentada; Por su contexto socio-histórico, será una investigación diacrónica o dinámica, por tenerse en cuenta los procesos y cambios a nivel macro social, por la naturaleza y lo que se pretende alcanzar con el tema; Por la participación investigador – investigados, será tradicional o no participativa, manteniendo entre ambos sujetos una relación vertical, y por ultimo, Por su temporalidad entre el hecho y la investigación, será ex ante facto, introduciendo en el desarrollo del tema explicaciones y motivaciones de los beneficios de la base de datos en la investigación de los delitos de violación sexual.

1.5.3 Métodos, Técnicas e Instrumentos a Utilizar.

Según el autor Eli de Gortari, establece que **El Método** “Es el instrumento de la actividad científica que nos sirve para conseguir el conocimiento de la naturaleza y de la sociedad”. Es ese sentido se aplicaran los métodos generales, indispensables para la realización de cualquier tipo de investigación: Análisis, Síntesis, Inducción y Deducción.

Estos métodos se utilizaron por la capacidad de abstracción que se necesita para investigar y desarrollar el tema, además de la necesidad de enfocar de forma adecuada, clara y precisa la contribución que traería la existencia de la base de datos en materia de criminalística.

El proceso de análisis-síntesis, permitió el conocimiento del fenómeno con una visión de lo particular a lo general, aportando elementos de carácter teórico y práctico que posibilitaran la investigación, todo ello teniendo en cuenta el alcance y realización del proyecto de acuerdo a los factores económicos, sociales, políticos y hasta culturales, sin tener que salirse el área de estudio.

Con el proceso de investigación, inducción-deducción, fue viable el conocimiento de los elementos necesarios para llevar a cabo el proceso de investigación del fenómeno, y poder así fundamentar mejor los planteamientos y beneficios de la implementación de la base de datos, ya que ayudara a la comprensión de sus particularidades hasta llegar a la visión integral y general de este.

Así también además de la observación y el experimento, se utilizaran técnicas tales como, la entrevista, la recolección de datos, y el estudio del caso, entre otros según el desarrollo y curso del tema.

1.6 PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

Los procedimientos de ejecución para realizar la investigación fueron los siguientes:

- Como un primer paso para la realización del tema, se hizo entrevistas a nivel de introducción al tema y de conocimientos previos para los investigadores, a Médicos Forenses del Instituto de Medicina Legal de San Vicente.
- Luego procedimos a la recolección de Información bibliografica además de reuniones informativas con profesionales en el tema para la elaboración del diseño de investigación.
- Como tercer paso seguimos con la elaboración de los instrumentos de investigación.
- Procedimos entonces a la elaboración del primer informe de investigación en base al bosquejo capitular.
- Dado que no hubieron correcciones a los capítulos presentamos, seguimos con la redacción del segundo informe de investigación según el proyecto capitular.
- Entonces pasamos a la corrección de las observaciones hechas al segundo informe o avance del tema, y su nueva presentación para la aprobación.
- Una vez ratificado por parte del asesor de contenido el segundo avance, pasamos a la presentación y evaluación del informe final de la investigación, en el cual ya no hubo ninguna corrección, y en el que ya

se incluyo el ultimo capitulo correspondiente a las conclusiones y recomendaciones.

- Y por ultimo una vez aprobados todos los capítulos de esta tesis, se procedió a la organización y ejecución de la defensa del trabajo de investigación.

CAPITULO II

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL.

2.1 NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA CRIMINALISTICA.

Debemos partir este capítulo conociendo de manera general ¿Que es la Criminalística? Y ¿En que consiste esta disciplina?, para ello podemos decir que “La Criminalística es la disciplina auxiliar del derecho penal, y parte integrante de la Criminología, que mediante la aplicación de un conjunto de conocimientos, métodos, procedimientos, sistemas y técnicas de investigación que la constituyen, se ocupa del descubrimiento, verificación científica del delito, del delincuente y de la víctima, aportando pruebas del hecho delictivo”.

Por desgracia es muy frecuente, aun en nuestros días, la confusión que se hace de los términos “Criminalística”, “Criminología”, los cuales tienen significados muy diferentes, aunque estén relacionadas entre si. Es así que en palabras muy sencillas, podemos diferenciar la Criminalística de la Criminología, en que la primera se ocupa fundamentalmente del “Como” y “Quien” del delito; mientras que la segunda profundiza mas en su estudio y se plantea la interrogante del “Por que” del delito.

"El fin de la Criminalística consiste en el descubrimiento del delito, del delincuente y de la víctima a quien perjudicó el delito". "La Criminalística es una disciplina explicativa y formalística, constituida por un conjunto sistematizado de diversas disciplinas naturales y que

tiene por objeto el descubrimiento y verificación del delito; desde luego que es una disciplina auxiliar, pero que comprueba el delito y estudia al delincuente en forma científica".

Juventino Montiel Sosa en su obra "Criminalística" agrega también su concepto definiéndola como: "Una ciencia penal auxiliar que mediante la aplicación de sus conocimientos, metodología y tecnología al estudio de las evidencias materiales, descubre y verifica científicamente la existencia de un hecho presuntamente delictuoso y al o a los presuntos responsables aportando las pruebas a los órganos que procuran y administran justicia". Luis Rodríguez Manzanera en su "Manual de Introducción a las Ciencias Penales", dice que la Criminalística "es un conjunto de conocimientos aplicables a la búsqueda, descubrimiento y verificación científica del hecho aparentemente delictuoso y del presunto actor de este".

Es así que Etimológicamente la palabra Criminalística proviene del latín *crimen, inis* (Delito grave) e Ista del griego *iotris* (la originan palabras que indican hábito, ocupación) e ica del griego *ixxi* en la que se sobreentiende el sustantivo *rexun* (lo relativo a la ciencia de), cuyo resultado sería la ciencia que se ocupa del crimen.⁷

El fundador de la Criminalística fue el austriaco Hanns Gross, doctor en derecho, quien la dio a conocer en Graz (Austria), con la publicación en 1892 de su obra "Manual del Juez", quien definió la Criminalística como "el conjunto de sistemas para el esclarecimiento de los casos criminales". Hanns Gross, nacido en Graz en 1847, fue inicialmente juez de

⁷ PACHECO AYALA, SARA Y OTROS. "Aportes de la prueba científica, serología forense y ADN en el delito de violación sexual", en el municipio de San Salvador en el 2004 – 2006, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador 2007.

instrucción, luego profesor de Derecho Penal en la Universidad de Graz. En 1912 funda en Graz el "Real e Imperial Instituto de Criminología", primer instituto Universitario de Europa.

Aunque Hanns Gross concibió la Criminalística como una disciplina auxiliar jurídico penal, otros estudiosos de la investigación criminal la llamaron también policiología (en España), Policía Científica (en España y Francia) y Técnicas de la Instructoría Judicial en Italia, evolucionando también con estas denominaciones a través de los años en los diversos países, sin perder por ello su denominador común, se trata de "un conjunto de métodos para la investigación científica del delito".⁸

Desde el siglo XVII facultativos ilustres se han venido ocupando del problema que la identificación de los delincuentes planteaba. Ello, con sus observaciones, contribuyeron a resolverlos. Marcelo Malpighi (1665) describió los variados dibujos formados por las crestas papilares. J.A. Purkinje (1823) señaló en su obra "Comentatio de Examine Physiologico Organi Visus et Systematis Cutanei", el valor identificativo de los dibujos papilares. Henry Faulds (1879), del hospital de Tsukiji, Tokio, afirmó que las impresiones dactilares eran un medio mas seguro de identificación que la fotografía, en virtud de que los dibujos papilares no variaban durante toda la vida: además señaló el valor identificativo de las huellas dactilares encontradas en el lugar de los hechos. Los meritorios trabajos de Florence (1885), Frecon (1888) y Forgeot (1891), de la tradicional Escuela de Medicina Legal de Lyon, señalaron la necesidad de examinar las impresiones digitales en los casos de peritación judicial. Los anatomistas Feré, Testut y Varigny recomendaron determinados sistemas para clasificar las impresiones dactilares. LechaMarzo, Eugenio Stockis y Rodriguez Ferrer

⁸ Ibid

apuntaron el uso de las impresiones palmares con fines identificativos.

Otros sistemas de identificación fueron propuestos por los estudiosos de la medicina, a saber: el de Capdevielle, basado en la descripción del ojo y de la región orbitaria; el de A. Bert y de Ch. Vianny, fundado en las características de la cicatriz umbilical: el de Israel Castellanos, establecido en la fórmula dentaria; el de Emilio Vellebrun, fundamentado en las características propias de las uñas; el de J. Yacôel, basado en las características del trazo electrocardiográfico; el de Salvatore Ottolenghi, fundado en las características psicológicas de los individuos; finalmente el de Levenshon, fundamentado en las características de los roentgenogramas.

También a los médicos forenses corresponde el mérito de haber iniciado el examen de la evidencia física encontrada en el lugar de los hechos. El autor del voluminoso libro "Hsi Yüan Lu", publicado en China, en 1248, recomendaba registrar e investigar minuciosamente el lugar del delito. Ambrosio Paré (precursor de la cirugía), Paolo Zacchia, Orfila, Devergie, Casper, Lacassagne, Hofmann, Brouardel, Thoinot, Balthazard..., destacaron el valor reconstructivo e identificativo de los indicios.

Las investigaciones de Lacassagne, Balthazard, Sidney Smith y Calvin Gooddard, acerca de las armas de fuego, fueron el fundamento de la Balística Forense.

Podemos decir, con toda certeza, que los médicos forenses establecieron las bases científicas de la Criminalística. Por este motivo se denomina a esta disciplina "hija predilecta de la Medicina Legal".

En los inicios del siglo XX se empezaron a fundar escuelas de Policía a

fin de seleccionar y capacitar a los futuros policías, y laboratorios de Criminalística para efectuar el examen científico de la evidencia física. Con este hecho finaliza el período empírico de la historia de la Policía y comienza el científico.

Al principiar éste, los médicos se encargan de la dirección de los laboratorios de Criminalística; recordemos al Dr. Edmond Locard, Director del Laboratorio de Policía Técnica de Lyon, París, a quien se le consideró el mejor policólogo de su tiempo.

El período científico se distingue, entre otras cosas, porque el criminalista y el médico forense trabajan en “equipo” en el lugar de los hechos. El primero se ocupa de la protección, fijación, levantamiento y embalaje de los indicios (pelos, sangre, semen, armas, proyectiles, etc.) , para ser estudiados posteriormente en el Laboratorio de Criminalística: el segundo, mientras tanto, realiza la importante operación tanatológica levantamiento de cuerpo. Ambos, durante esta primera fase de la investigación se prestan valiosa ayuda. Posteriormente se reúnen en la sala de necropsias y mientras el médico practica la necropsia en forma metódica y completa, el criminalista presta esmerada atención. Durante y después de la intervención se plantean preguntas y se aclaran dudas. Con los resultados obtenidos del examen de la evidencia física, con los datos logrados del levantamiento de cuerpo, de la necropsia médico-forense, del estudio anatomopatológico y toxicológico, etc., será posible, finalmente, responder a las preguntas ¿qué?, ¿quién?, ¿cuándo?, ¿cómo?, ¿dónde?, ¿con qué? y ¿por qué?, que ante todo hecho criminal se deberán siempre plantear.

La necesidad de venir modificando los sistemas aplicados en la investigación criminalística, es consecuencia de la evolución que el delito ha

venido sufriendo; hecho apuntado, en forma brillante, por el distinguido criminólogo Alfredo Nicéforo en su excelente monografía "El Delito y su Evolución en la Sociedad Contemporánea" en la que señala "que el delito no desaparece, se transforma, se pasa de la criminalidad violenta, atávica o muscular, a la criminalidad astuta o cerebral". Por tanto sería anacrónico, en nuestros días, obtener la confesión mediante la tortura, en lugar de utilizar el polígrafo u otras técnicas que la psicología Jurídica recomienda; aceptar el testimonio de un testigo sin tener conocimiento de su personalidad, pues el valor de una declaración sólo puede juzgarse conociendo quién la ha hecho; utilizar la lupa en vez de microscopio, en el examen de la micro evidencia; aplicar la "prueba de la parafina". a fin de identificar la mano que hizo un disparo, en lugar del "Análisis por Activación de Neutrones".⁹

Este ha sido, en forma sucinta, la evolución de la criminalística, partiendo de su concepto, generalidades, su origen y evolución hasta nuestros días en el ámbito internacional. La historia de la Criminalística en nuestro país será tratada mas adelante en este mismo capítulo.

2.2 LOS ORÍGENES DE LA MEDICINA FORENSE.

La medicina forense, también llamada medicina legal o jurisprudencia médica, interviene en la interacción de la ciencia médica con la ley. El nombre se deriva de forum, lugar del mercado

⁹ DR. MORENO GONZÁLEZ, RAFAEL. "Introducción a la Criminalística", 2⁸ Edición, año 1979, Editorial Porrúa S.A, México.

Romano donde antiguamente los abogados realizaban su trabajo.¹⁰

La medicina forense es una de las más fascinantes ramas de la medicina. El estudio del cuerpo humano, por lo general muerto, el acopio de la evidencia científica y silenciosa que guarda, así como la construcción de deducciones razonables y lógicas basadas en la observación, no dejan de despertar interés y satisfacción. Todas las ramas de la medicina incluyendo anatomía, patología, odontología, fisiología, bioquímica, terapéutica, obstetricia, pediatría y muchas otras, pueden ser empleadas para resolver problemas medicolegales. La única finalidad es encontrar la verdad o lo más cercano a ella con base en la observación. La ambigüedad y las teorías no tienen cabida en la medicina forense; el medico es respetado cuando dice que no lo sabe o no se siente calificado para emitir un dictamen, a diferencia de aquel que "se aventura a dar una opinión".

La relación entre la medicina y el derecho ha sido desde los inicios de ambas disciplinas intensa, necesaria y fructífera, aunque también ha estado con frecuencia cargada de polémica y malos entendidos, consecuencia todo ello de la gran disparidad que existe tanto en el origen, como en el método de trabajo y en la finalidad social que tienen ambas ciencias. Por una parte el derecho como Ciencia Cultura es normativa y esta sujeta constantemente a leyes que estipulan en sus artículos hasta donde llega o no la infracción, o la condición para ser subsidiario de un calificativo; y por otra parte las ciencias de la vida, en las que las

¹⁰ PACHECO AYALA, SARA Y OTROS, "Aportes de la prueba científica, serología forense y ADN en el delito de violación sexual", en el municipio de San Salvador en el 2004 – 2006, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador 2007.

variables son tantas que nunca existen dos casos iguales y jamás pueden aplicarse las mismas normas a parecidas enfermedades, por ejemplo sin contar con la individualidad del sujeto.¹¹

Igualmente, la ya sancionada como área del conocimiento "Medicina Forense o Legal", abre un gran horizonte a muchas otras áreas de apoyo y complemento que van desde las ciencias básicas: biología, química, matemáticas, etc., hasta la más reciente y pragmáticas como la psicología, pedagogía, criminología, etc.

La Medicina Forense, Legal o Pericial, forman parte de las llamadas disciplinas medico-sociales, ya que su objetivo trascienden al hombre como individuo para extenderse al contexto social.

A todos los efectos, la medicina forense por ejemplo se puede considerar como una ciencia auxiliar del derecho que tiene como objeto el estudio de cuestiones que se le presentan al jurista en su ejercicio profesional, y cuya resolución se fundamenta total o parcialmente en conocimientos médicos o biológicos.

La especialidad medica que conocemos como la medicina legal, aunque se nutre de los conocimientos comunes para el ejercicio de la medicina, posee procedimientos y técnicas propios, lo que hace que pueda y deba ser considerada en cierta manera como una disciplina independiente. Por lo que respecta a su evolución histórica, la relación de la medicina con el derecho se remonta a los orígenes mismos de la Humanidad. Así y a modo de ejemplo baste con recordar que los egipcios efectuaban peritajes médicos

¹¹ DÍAS, MARÍA DOLORES Y OTROS. "introducción a la Enfermería Legal y Forense" España, 2005.

en materia de partos; los judíos comprobaban la legitimidad del padre y el derecho a la primogenitura, los griegos introducen el termino docimasia (examen del recién nacido muerto), y los chinos hace 3000 años enfrentaban a los posibles culpables de homicidio con la cara de la victima estudiando los cambios en sus expresiones faciales y/o emociones.

Ya en 1374 se le otorga a la Universidad de Montpellier por primera vez en la historia el derecho a la practica de autopsias, y en 1532 la "constitutivo criminales carolina", inspirada en la ordenanza del Obispo de Bamberg y ordenada su instauración por el propio emperador Carlos V en todo el imperio, exige el peritaje medico en las lesiones, el homicidio, el aborto, el parto clandestino, así como en los procesos penales seguidos contra enfermos mentales.

Pero fue hasta 1575 cuando aparece el primer tratado de medicina legal escrito por Ambrosio Paré, famoso cirujano francés que ya en aquellos tiempos dejo escrito: "El Juez sentencia según se le informa", que venia a exponer que los jueces no podían conocer todas las materias a la hora de dictar sentencia en los más diversos juicios.

Fue no obstante Paolo Zacchias (1624) el autentico fundador de la Medicina Legal como disciplina científica autónoma, de quien aun hoy tenemos textos de varios de sus libros con posibles aplicaciones practicas.

En el momento actual la Medicina Legal o Forense esta encuadrada dentro de las llamadas genéricamente Ciencias Forenses, ciencias que están teniendo un papel cada vez mas decisivo en la necesaria y, también

a veces conflictiva, relación que se establece entre las ciencias jurídicas.¹²

2.3 ORIGEN DE LA PRUEBA DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL SALVADOR.

La prueba científica de ADN en la investigación criminalística del delito de violación sexual, en un primer momento no tenía aplicación en el campo forense; es decir que en un inicio era evidenciado o investigado de acuerdo al desarrollo del Marco Jurídico Salvadoreño, a través de la prueba testimonial y cuerpo del delito, regulado en el Código de Instrucción Criminal. Así se regulaba lo referente a la prueba testimonial en los artículos 420 y 425, los cuales regulaban lo siguientes: Art. 420. En materia Criminal solo son admisibles las pruebas siguientes:

- 1°. La confesión del reo
- 2°. La testimonial
- 3°. La Instrumental
- 4°. La inspección personal
- 5°. La de presunción
- 6°. El informe del perito

¹² PACHECO AYALA, SARA Y OTROS, "Aportes de la prueba científica, serología forense y ADN en el delito de violación sexual", en el municipio de San Salvador en el 2004 – 2006, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador 2007.

Art. 425. En los delitos cometidos en el campo, en las cárceles, en las casas de juego y en las tabernas hará fe la declaración de testigo tachable con tal que no haya declaraciones que formen plena prueba de testigos idóneos en la misma causa.

También hará fe la declaración del testigo tachable en el delito de violación, estupro, rapto, en el caso del inciso anterior.¹³

El cuerpo del delito consistía en el delito mismo siendo realizado a través de reconocimiento de peritos, nombrados por el juez; el cual se realizaba para evidenciar físicamente que la víctima había sido objeto de violación sexual, observando rasguños, moretones, laceraciones, desfloración y otras evidencias encontradas en la vestimenta de la víctima.

Referente a la prueba de ADN, tuvo sus primeros indicios en el campo medico; es decir que solo se practicaba en los hospitales para determinar la compactibilidad de los grupos sanguíneo para realizar transfusiones de sangre o cuando efectuaban intervenciones quirúrgicas.

Con el transcurso del tiempo la administración de justicia busca responder a las preguntas sobre como, cuando y por quien fue cometido un delito de violación sexual, y es a partir del año de 1884 donde se encuentra un primer indicio de análisis de los fluidos líquidos del cuerpo humano realizado en el Laboratorio de Farmacia de la Universidad de El Salvador.

Posteriormente ante la necesidad de la investigación de los

¹³ ASAMBLEA LEGISLATIVA, "Código de Instrucción Criminal de la República de El Salvador", año 1884.

delitos, y las presiones internacionales debido a los homicidios de personalidades como: Monseñor Romero, cuatro periodistas internacionales entre otros; se creó el Laboratorio de Investigación Científica del Delito, llamado en un primer momento Unidad Técnica Forense, que podemos decir que constituye un antecedente histórico institucional; para comprender esta relación nos remontaremos al año 1985, 4 de junio, fecha en la cual la Asamblea Legislativa emitió el decreto 58 surgiendo la Ley de Creación de Hechos Delictivos, este se complementó con el decreto ejecutivo número 73 del 27 de agosto de 1985, por medio del cual se crea el Reglamento Especial de la Ley de Investigación de la Comisión de Hechos Delictivos, y es así que para cumplir con su objetivo la Comisión tendrá a su cargo una unidad ejecutiva que será asistida por la Unidad Técnica Forense. Una fecha importante la constituye el día 1 de abril de 1987, que es la que se da como referencia para el inicio de experticias elaboradas por la Unidad Técnica Forense y sigue teniendo ese nombre hasta el 27 de mayo de 1993, que es cuando a raíz de los Acuerdos de Paz de Chapultepec, México, por los cuales se crea la Policía Nacional Civil, y en afán de dotar a esta nueva institución de los mecanismos necesarios para que cumpla su función, para lo cual fue creada la Comisión Investigadora de Hechos Delictivos, para ser la División de Investigación de la Policía Nacional Civil, y la que hoy conocemos como Laboratorio de Investigación Científica del Delito, conservándose sus mismos objetivos. Entre los departamentos de dicha institución se encuentra el Departamento de Análisis Biológico que cuenta con la Sección de Inmuno Hematología, practicándose en esta sección la serología forense.

Más tarde se crea una segunda institución siendo esta el Instituto de Medicina Legal Doctor Roberto Masferrer, por medio de

acuerdo judicial número 339 de fecha 24 de septiembre del año 1990, publicado en el Diario Oficial el 23 de octubre de 1990, teniendo como función cooperar con los tribunales de la República en la aplicación de la ley, asesorando una realización de análisis científicos de elementos probatorios.¹⁴

2.4 LA PRUEBA DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL.

Es importante mencionar que la palabra “Prueba”, llega a nuestro idioma procedente del latín, probatio o probationis, lo mismo que el verbo correspondiente (probo, probas, probare), viene de probus, que quiere decir bueno, recto, honrado. Así pues, lo que resulta probado, es bueno, es correcto, podríamos decir que es auténtico; que corresponde a la realidad.

Si en sentido escuetamente idiomático la prueba consiste en acreditar o verificar la bondad de algo, en el orden jurídico por prueba no puede entenderse nada diferente de esto. La prueba judicial o prueba en el proceso (de cualquiera de las especies de que se trate) no puede consistir mas que en hacer algo bueno.”¹⁵

¹⁴ PACHECO AYALA, SARA Y OTROS, “Aportes de la prueba científica, serología forense y ADN en el delito de violación sexual”, en el municipio de San Salvador en el 2004 – 2006, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador 2007.

¹⁵ SALOR, SALVADOR ANTONIO. "Evolución Histórica de la Prueba Pericial". 1a Edición. Córdoba Argentina. año 1949.

Una vez habiendo asentado las bases para el desarrollo del tema, podemos pasar a la evolución de la prueba de ADN específicamente en los delitos de violación.

El hombre, desde los inicios de su presencia en el mundo, en el afán de establecer los hechos de la naturaleza, aplico toda clase de procedimientos para lograrlo. Conforme los años iban pasando, pulía y perfeccionaba poco a poco, los procedimientos que aplicaba. Sin embargo, el método científico, tal como lo entendemos, apareció en el mundo con Galileo (1564-1642) y, en menor grado con su contemporáneo Kepler (1571-1630).¹⁶

La ciencia forense ha proporcionado instrumentos valiosos para el mejoramiento de la investigación criminal a la comunidad judicial o mediante la aplicación de esta tecnología los laboratorios de criminología se han convertido en una extensión importante de la capacidad del investigador en la escena del delito. Una mancha de sangre, una colección de fibras microscópica o cualquier otra evidencia física encontrada en la escena del crimen por el investigador, puede, mediante su cuidadoso análisis en el laboratorio, proporcionar información de gran valor en la resolución del crimen, en el inculpamiento de los criminales y de igual importancia el liberar las personas inocentes.

Paralelo al surgimiento de todos estos acontecimientos la Serología Forense, se inicio en el año 1250 después de Cristo, con los estudios de un médico de nacionalidad china de nombre Chin Ts Si, quien descubrió que unas manchas café presentes en un cuchillo, al calentar, éstas y

¹⁶ DR. MORENO GONZALEZ, RAFAEL. "Introducción a la Criminalística", 2⁸ Edición, Editorial Porrúa S.A, México, año 1979.

tratarlas con vinagre, formaron cristales de hematina, debido a la reacción de la hemoglobina con el ácido acético del vinagre. Al mismo tiempo él escribió a cerca de un método de pruebas de paternidad.

En el segundo centenario hubo un escrito de Talmud, que ensayo con siete sustancias diferentes aplicándolas en un orden específico sobre manchas sospechosas de ser sangre y descubrió que las manchas que se decoloraban o se palidecían eran sangre, mientras que las que no se palidecían eran originadas por tintes.

Se puede hacer una razonable distinción entre los métodos antiguos y medievales que eran únicamente de interés histórico, con los que aparecen después de 1800, los cuales se basan ya en principios químicos, más que en observaciones empíricas.

Luego en 1811, un científico francés "Orfila", hizo estudios en esta área basando sus pruebas en la solubilidad de la sangre en el agua.

También se hicieron estudios de comparación microscópica de células rojas humanas (glóbulos rojos) con células rojas (glóbulos rojos) de otras especies. Estudios posteriores a cerca de la composición química de la sangre y otros fluidos, han hecho que se encuentre hoy en día con métodos inmunológicos, microscópicos y electro forenses.

En 1900 el doctor Karl Landsteiner, hizo un importante descubrimiento de la sangre humana. El encontró que el suero de ciertas personas ocasionaba formación de coágulos (aglutinación) de los glóbulos rojos de otra persona; estas observaciones fueron el primer

reconocimiento de lo que llegó a ser el Sistema ABO.¹⁷

La obtención de ADN en el ámbito penal suele tener al menos dos escenarios y dos momentos distintos dentro del proceso. Por un lado se trata de obtener el ADN ubicado (la prueba) de la escena del delito o del cuerpo de la víctima y, por otro, la obtención del ADN de referencia de las personas implicadas en el proceso con las que realizar el análisis genético comparativo.

Dada la sensibilidad de las técnicas actuales de análisis genético en muestras forenses (cuyo límite de sensibilidad está cercano a detectar el contenido de ADN de unas docenas de células) el tipo y el número de posibles muestras e indicios biológicos susceptibles de ser identificados por ADN (sangre, semen, saliva, pelos, tejidos, restos celulares en objetos tocados, ..) se ha ido incrementando en los últimos años. Cada vez se hace más necesario el desarrollo de protocolos de investigación que aseguren el rápido aislamiento de la escena (evitando posibles contaminaciones o transferencia de indicios) para una adecuada recogida y documentación de los indicios biológicos por personal especializado que aseguren la correcta conservación y la custodia de las muestras desde su recogida. La posibilidad de poder demostrar de forma documentada la cadena de custodia de las muestras es una garantía más para la admisibilidad de la prueba del ADN durante el proceso, aunque esto ya es materia de procesal penal, por lo que no abundaremos en esto.

¹⁷ PACHECO AYALA, SARA Y OTROS, "Aportes de la prueba científica, serología forense y ADN en el delito de violación sexual", en el municipio de San Salvador en el 2004 – 2006, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador 2007..

2.4.1 Delitos contra la Libertad Sexual.

2.4.1.1 Generalidades.

No podemos pasar a hablar de estos delitos sino antes mencionamos que según la jurisprudencia emitida por el Tribunal de sentencia de Santa Tecla, en Noviembre del año 2004, “La libertad sexual consiste en la facultad de acoplarse sin coerciones y en el mínimo de los poderes genésicos. El conocimiento de la función sexual, la dignificación de todos los seres humanos, al respecto por sus preferencias, y sobre todo, la igualdad social, son como el dominio de las otras situaciones que se plantean a las criaturas, el principio de libertad consiguiente. Sin igualdad social no hay plena libertad sexual”.¹⁸

En esto delitos el bien jurídico protegido es, como bien lo indica el Título IV del libro II del Código Penal, la libertad sexual, concepto carente de carga valorativa que hace referencia a aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, en el sentido de disposición sexual sobre el propio cuerpo, en la doble vertiente positiva y negativa. Positivamente se ejerce la libertad sexual al decidir libremente implicarse en una situación sexual con la persona, negativamente se ejerce al decidir con la misma libertad no implicarse sexualmente en un ambiente sexual.¹⁹

2.4.1.2 Delito de Violación.

Debemos partir este tema en específico, mencionando su tipificación en el Artículo 158 del Código Penal, el cual literalmente dice: “El que mediante

¹⁸ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, Referencia 0401-33-2004. Departamento de La Libertad a las ocho horas y treinta minutos del día veintidós de Noviembre de dos mil cuatro.

¹⁹ MORENO CARRASCO, FRANCISCO Y OTROS. Consejo Nacional de la Judicatura. “Código Penal de El Salvador Comentado”. Tomo I. Art. 158.

violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años”.

A pesar de ser un artículo que consta de poco contenido a simple vista, este encierra la base para la tipificación de los demás delitos contra la libertad sexual, además de ser nuestro objeto de estudio, podemos entonces comenzar por definir en que consiste el delito de Violación, es siendo este un delito de resultado que se configura a través de una o varias acciones por parte del sujeto activo, que configuran el nexo causal a la obtención del resultado acceso carnal por vía vaginal o anal a través de la violencia (física o moral)²⁰.

Pero para mejor comprensión pasemos a ver en forma mas amplia en que consiste la violación sexual, desde los distintos puntos de vistas de algunos autores estudiosos del derecho.

2.4.1.2.1 Definiciones.

El concepto de “violación”, lo define Cabanellas en su diccionario enciclopédico, como: “Delito contra la honestidad y contra la libertad que se comete yaciendo carnalmente con mujer, que no sea la propia esposa: a) contra su voluntad expresa, (ilegible), o grave intimidación; b) contra su voluntad presunta, privada temporal o permanentemente de sentido, por enajenación mental, anestesia, hipnotismo, desmayo o sueño; c) por falta de la madurez, de voluntad para consentir en el acceso carnal, acto tan

²⁰ Íbid

fundamental en el (ilegible) y privado, para la ulterior formación de la familia y por la prole eventual que pueda originarse”.²¹

Para Cuello Calón es: “La unión carnal ilícita con mujer, contra su voluntad o sin su voluntad”... “El yacimiento o acceso carnal realizado ha de ser ilícito. El ejecutado por el marido con violación o sin consentimiento de la mujer, no constituye violación, pues aquel, al disponer sexualmente de esta, obra en el ejercicio legítimo de un derecho, pero además la mujer no puede invocar, en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay, por parte del marido agresión ilegítima. Podrá aquel en ciertos casos, ser responsable de vías de hecho o de lesiones causadas a consecuencia de la cúpula violenta, pero no de un delito de violación. Más en los países donde existe el divorcio si incurrirá en este delito el esposo divorciado que violentamente yaciera con la que fue su mujer, pues el divorcio causa la disolución del vínculo matrimonial.

El acceso violento dentro del matrimonio será ilícito y constituirá violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuere peligroso para ella o para la prole (en el caso sea el marido sifilítico o ebrio) o cuando constituyere un acto lesivo del pudor público o del de la propia mujer; o si el marido intenta realizar la cúpula en presencia de otras personas”.²²

Para Cuello Calón podemos denotar que, el delito de violación abarca un sujeto pasivo mas amplio, pues si bien es cierto tiende a ser aun una idea

²¹CABANELLAS, GUILLERMO. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Pág. 710, Tomo VI; 14ª. Edición, Editorial Heliasta S.R.L. Viamonte Buenos Aires, República de Argentina.

²²CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal. “Conforme al Código Penal Texto Refundido de 1944”. Tomo II. Parte Especial; Novena Edición. Editorial Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1955. Págs. 551 y 552.

bastante general, aclara que este puede darse aun dentro de una unión tan compleja como lo es el matrimonio, sin importar la relación íntima que entre os sujetos exista, pero aun así se queda en una idea bastante desfasada.

El elemento característico de la violación, lo constituye la violencia, la cual puede ser física o moral pero en todo caso ha de ser verdadera y no fingida, Carrara, nos dice: “Se tiene violencia verdadera en todos aquellos casos en que la voluntad contraria de la víctima, o se hizo impotente por medio de la fuerza física, o fue subyugada por una fuerza moral, consistente en la amenaza de graves males. No hay razón para distinguir en cuanto a la noción y la pena, entre violencia moral y violencia física; pero es preciso que la resistencia de la mujer que afirma haber sido violentada, se haya manifestado con gritos, o actos de fuerza que verdaderamente demuestren en ella una voluntad opuesta a la de su atacante; no basta que se haya limitado a decir que no quiere, dejando luego que el hombre satisfaga su deseo sin resistírsele...”. ---“Los prácticos han configurado el caso de una mujer que al principio resiste de veras, y después concurre voluntariamente al concúbito deshonesto, y enseñan que en esas circunstancias no hay delito de violencia carnal; por este motivo, la fórmula enseñada comúnmente por los doctores es que para que haya violencia carnal la resistencia de la mujer debe ser seria y constante; seria, es decir, no fingida para simular honestidad, sino que en realidad exprese una voluntad decididamente contraria; constante, esto es, mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar al concurso en el gozo mutuo”.²³

²³ FRANCISCO CARRARA. Ob. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial; Vol. II. 4ª. Edición; Editorial Temis. Bogotá, Colombia 1980. Págs. 252 y 254.

El Código Penal comentado nos dice que el concepto de violación incluye la intimidación, pues el uso de uno o de otra denotan claramente la voluntad contraria del sujeto pasivo a la realización de los actos sexuales. El concepto de violencia física supone la utilización de un acto físico sobre el cuerpo del sujeto pasivo, dirigido a lograr el acto sexual, el empleo de violencia ejercida ha de estar en relación causal con el acto sexual y ha de ser idónea para lograr este en contra de la voluntad de la víctima. No es preciso que esta oponga resistencia desesperada o heroica, sino que la violencia usada por el sujeto activo y la resistencia opuesta por el sujeto pasivo deben de ser valoradas de acuerdo con todas las circunstancias objetivas y subjetivas. La violencia puede ser ejercida por persona distinta a la que realiza el acto sexual, como en los casos en que una o mas personas sujetan a la víctima, mientras otros realizan el acceso vaginal o anal.

La intimidación existe cuando se amenaza al sujeto pasivo con causar un mal sino accede al acto sexual. Es necesario, por lo tanto, que el sujeto pasivo no preste su consentimiento voluntario a la realización del acto y que se emplee para vencer su opuesta voluntad una intimidación suficiente para vencerla, por lo tanto debe ser una intimidación grave, dirigida contra bienes del propio sujeto pasivo o de una persona cercana a él, valorando la totalidad de las circunstancias concurrentes, como las condiciones físicas, edad, contexto social, lugar, instrucción, para determinar si la amenaza era o no grave.²⁴

En la anterior definición ya se puede ver un concepto mas amplio y actual del delito de violación, es esto mismo lo que nos lleva a ver los elementos del delito de violación, sin extenderse demasiado en el tema, dado

²⁴ MORENO CARRASCO, FRANCISCO Y OTROS. Consejo Nacional de la Judicatura. "Código Penal de El Salvador Comentado". Tomo I. Art. 158.

que nuestra área de trabajo no pertenece a procesal penal, sino mas bien a la criminalística.

2.4.1.2.2 Elementos Del Delito De Violación.

La conducta típica de la violación consiste en tener el acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, mediante violencia. El término acceso, denota en su significado literal, entrada, acceso, penetración y por ello se debe entender como acceso carnal el acoplamiento del órgano genital masculino en cualquiera de la vías vaginal o anal de otra persona. La violencia a la que se refiere la conducta típica incluye la intimidación y dicha violencia empleada debe ser ejercida para lograr la realización del acceso carnal.

El bien jurídico tutelado es la libertad sexual de la persona, es decir la preservación de las personas de injerencias intolerables en su intimidad; así pues la libertad sexual se refiere a la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, es decir disponer sexualmente de su propio cuerpo decidiendo si se involucra o no en una situación sexual.²⁵

Veamos en una forma resumida los elementos de la Teoría Jurídica del Delito, aplicados en el delito de violación:

1. Típico: ya que esta regulado en el Art. 158 C.Pn.
2. Antijurídico: Por que no existe ninguna causa de justificación que exima de responsabilidad al imputado.

²⁵ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE LA LIBERTAD; Referencia P0401-54-2001; Nueva San Salvador, a las ocho horas y quince minutos del día quince de mayo de dos mil uno.

3. Culpable: Por que al sujeto activo se le puede hacer el reproche penal por la acción ejecutada, por la razón de que no se ha establecido que adolezca de ninguna de las causas de inimputabilidad.

4. Sancionable: Por que habiéndose establecido que no existe causa de justificación ni de inimputabilidad, es legal la aplicación de una pena por la acción cometida, la cual la regula en el mismo artículo 158 C. Pn., la cual en nuestro caso es de prisión de seis a diez años.²⁶

2.4.2 Serología Forense.

Consiste en la identificación y caracterización de la sangre y otros fluidos corporales, en los laboratorios criminalísticos específicos. Este tipo de evidencias se recepta, principalmente, cuando guarda vinculación con la comisión de delitos con violencia tales como el homicidio, el estupro, la violación, el robo, etc.²⁷

2.4.2.1 Distintas Formas de Obtener la Prueba de ADN.

La obtención de ADN en el ámbito penal suele tener al menos dos escenarios y dos momentos distintos dentro del proceso. Por un lado se trata de obtener el ADN dubitado (la prueba) de la escena del delito o del cuerpo de la víctima y, por otro, la obtención del ADN de referencia de las personas

²⁶ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE NUEVA SAN SALVADOR, Referencia: P0401-50-2001; Departamento De La Libertad; a las catorce horas y treinta minutos del día Veintiséis de Junio del año dos mil uno.

²⁷ Ibid

implicadas en el proceso con las que realizar el análisis genético comparativo.

Dada la sensibilidad de las técnicas actuales de análisis genético en muestras forenses (cuyo límite de sensibilidad está cercano a detectar el contenido de ADN de unas docenas de células) el tipo y el número de posibles muestras e indicios biológicos susceptibles de ser identificados por ADN (sangre, semen, saliva, pelos, tejidos, restos celulares en objetos tocados, ..) se ha ido incrementando en los últimos años. La posibilidad de poder demostrar de forma documentada la cadena de custodia de las muestras es una garantía más para la admisibilidad de la prueba del ADN durante el acto de la vista oral.

La facilidad con que en la actualidad puede obtenerse una muestra biológica de referencia para acceder al perfil genético de un individuo (sin necesidad de violentar su integridad física con una extracción sanguínea mediante, por ejemplo, una toma de saliva o, incluso sin su participación directa, mediante la recogida de indicios abandonados por el imputado o mediante al análisis de sus familiares) ha modificado también el tipo de intervención corporal necesaria (a veces innecesaria) para la obtención de las muestras de referencia de los imputados.

Antes de realizar un estudio de ADN con el fin de individualizar las evidencias existen pasos previos en la analítica que nos permiten discriminar el tipo de resto biológico ante el que nos encontramos. Ello se logra a través de las pruebas preliminares, que si bien son más sencillas que el propio análisis del ADN presente en una muestra, no por ello son menos importantes. El peso de la evidencia varía según se trate de un tipo de resto biológico u otro, es decir, no es lo mismo hallar una mancha de sangre (que puede implicar lucha) que un filtro de cigarrillo (que simplemente puede indicar la presencia de un individuo en la escena del delito, pero no

necesariamente su participación activa en él). Sin embargo, en cada caso las circunstancias son diferentes y muestras biológicas que quizá no tengan relevancia en un hecho delictivo la pueden tener en otro distinto.

Existen fundamentalmente tres tipos de pruebas preliminares²⁸

- a) *Orientativas*: se trata de técnicas que nos revelan la posible naturaleza de la mancha pero no nos la aseguran, es decir, sirven sólo para descartar, pero no para concluir. Por ejemplo, la llamada reacción de Adler es una sencilla prueba colorimétrica que si resulta positiva nos orienta a pensar que estamos ante una mancha de sangre, pero sin poder asegurarlo pues existen otras sustancias (jugos vegetales, óxido, lejía) que también dan positiva esta reacción. Si la prueba resulta negativa podremos asegurar que el resto que estamos analizando no es sangre. Estas pruebas son sencillas de realizar, son de bajo coste, muy rápidas, y nos ayudan a seleccionar las manchas a analizar.
- b) *De certeza*: nos permiten determinar el tipo de resto biológico analizado con seguridad. La detección de hemoglobina en la muestra para determinación de sangre o la visualización al microscopio de espermatozoides para la determinación de semen son algunos ejemplos.
- c) *Específicas*: nos permiten determinar el tipo de organismo al que pertenece el resto biológico. Una vez que hemos determinado el tipo de muestra que hemos de analizar, interesa saber si se trata de una muestra humana o no. Existen principalmente dos tipos de pruebas específicas: unas basadas reacciones antígeno-anticuerpo y otras basadas en el estudio de ciertas regiones del ADN, si bien, en cierto tipo de muestras (pelos, restos óseos) puede realizarse un estudio de

²⁸ PRIETO SOLLA, LOURDES. Op Cit pág. 1879

las características morfológicas para determinar el tipo de organismo. En el caso de que nos encontremos ante una muestra de origen animal, normalmente los análisis terminarán en este punto a no ser que el objetivo sea precisamente determinar la especie (por ejemplo, en caso de delitos ecológicos y de caza furtiva). En el caso de muestras de origen humano se procederá a realizar la segunda etapa del estudio destinada a individualizar la muestra mediante técnicas de ADN.

Conviene señalar que en determinadas ocasiones no es posible determinar el tipo de resto biológico hallado por la escasa cantidad de muestra disponible. En estos casos se suele proceder directamente a realizar los estudios de ADN para intentar individualizar la muestra.²⁹

En el caso de que nos encontremos ante la primera situación, el resultado de la comparación entre muestras dubitadas e indubitadas puede ser de dos tipos:

1.1 *Coincidencia o compatibilidad*: el perfil genético evidenciado en ambos tipos de muestras es coincidente (criminalística) o compatible (paternidades) . En este caso se ha de valorar estadísticamente si la coincidencia es debida al azar o a que realmente la evidencia biológica pertenece al individuo de referencia. Es evidente que este análisis depende «a priori» del número de marcadores analizados en las muestras y una vez realizado el análisis, de lo frecuente o no que sean los alelos de cada marcador (por ejemplo, en el hipotético caso de que estudiáramos el grupo sanguíneo, el grupo 0 es muy frecuente en nuestra población por lo

²⁹ PRIETO SOLLA, LOURDES. “ Aplicaciones forenses del ADN” pág. 1875

que este resultado se ha de valorar con menor «fuerza» que si obtenemos un grupo AB, mucho menos frecuente). Por esta razón, los laboratorios analizan de rutina en cada muestra una batería de marcadores con elevado poder de discriminación.

1.2 *No coincidencia o incompatibilidad*: el perfil genético evidenciado en las muestras dubitadas no coincide con el de la muestra indubitada; o bien, en casos de paternidad, el supuesto padre no comparte alelos con el hijo (incompatibilidad). En estos casos no es necesario realizar una valoración estadística pues la exclusión se informa con seguridad. En los casos donde no disponemos de muestras de referencia para comparar con las evidencias podemos introducir los perfiles genéticos obtenidos en una base de datos de perfiles anónimos. Esto nos permitirá relacionar distintos delitos entre sí, facilitando así la investigación policial y judicial en hechos reincidentes como violaciones y robos. Por otro lado, en otros países ya existe una legislación sobre la introducción de perfiles genéticos de carácter indubitado relacionados con prácticamente todos o cierto tipo de delitos (según el país); además, sería necesario que existiera un marco legal con el fin de evitar la pérdida de información que proporcionarían dichos perfiles.

Además de las bases de datos de perfiles genéticos anónimos obtenidos a partir de las evidencias, existen bases de datos de perfiles procedentes de cadáveres sin identificar y de familiares de desaparecidos que dieron su consentimiento para el análisis de su ADN. Con estas bases de datos los laboratorios pretenden facilitar la difícil tarea de identificar cuando no existen otros medios que el análisis genético.³⁰

³⁰ PRIETO SOLLA, LOURDES. Op Cit pág. 1879

2.4.2.2 Problemática de las muestras biológicas.

Ya hemos visto que, actualmente, para determinar a qué individuo pertenece una muestra biológica, se recurre al estudio de sus polimorfismos de ADN y ya hemos descrito todas las fases analíticas que se han de realizar (extracción, cuantificación, amplificación y tipaje), pero creemos conveniente apuntar la problemática del día a día del laboratorio en las diferentes etapas del análisis de estos polimorfismos.³¹

Las muestras indubitadas que pertenecen a individuos vivos no suelen dar problemas en el análisis genético si fueron recogidas y enviadas al laboratorio en condiciones óptimas. Sin embargo, las evidencias con carácter dubitado pueden sufrir una serie de modificaciones que dependerán no sólo del tiempo transcurrido hasta el momento de su estudio, sino de las condiciones ambientales a las cuales se vieron sometidas, de la cantidad de muestra, del soporte en el cual se encuentran, del lugar de procedencia y del tipo de muestra biológica.

De todos los tipos de muestras biológicas que se analizan diariamente en el laboratorio forense, quizá sean las de sangre las más agradecidas. Sin embargo algunas veces también dan problemas. La sangre podemos hallarla bien en estado líquido o en forma de mancha. La sangre líquida bien conservada no ofrece ningún tipo de problema, pero no es raro que al laboratorio llegue *sangre* putrefacta bien porque se ha estropeado durante el transporte o bien porque pertenece a un cadáver en el cual se ha iniciado la descomposición³². Para evitar el primer problema es conveniente realizar una mancha sobre una gasa antes de proceder al transporte de la muestra y para

31 *Ibíd* pág. 1880

32 *Ibíd* pág. 1880

el segundo no queda más remedio que tratar de buscar otra muestra para el análisis, bien sea un tejido blando, uñas, o un resto óseo, dependiendo del estado de conservación del cuerpo. Por el contrario, la sangre en forma de mancha se conserva más fácilmente y puede analizarse tras varios años si las condiciones de secado fueron adecuadas. Quizá las manchas sobre cueros, maderas tratadas, restos vegetales y tierras sean de las más críticas pues estos materiales tienen diferentes grados de absorción y en ellos se encuentran presentes gran cantidad de inhibidores de la PCR como los taninos, que impiden que la reacción funcione.

Las muestras de *saliva* no suelen presentar problemas en la analítica de ADN. Suelen llegar al laboratorio en forma de mancha, sobre filtros de cigarrillo, sellos, chicles o prendas (por ejemplo la zona coincidente con la boca en un pasamontañas utilizado en un atraco) o bien en soportes más engorrosos como vasos, botellas o huesos de fruta.

En las muestras de *esperma* de los casos de agresiones sexuales, el principal problema es que además de los espermatozoides del agresor se suele encontrar presente otro tipo celular procedente de la víctima, las células del epitelio vaginal. Por ello, a la hora de analizar estas muestras nos encontraremos con una mezcla de perfiles genéticos. Es de gran ayuda disponer de una muestra indubitada de la víctima con el fin de identificar qué alelos pueden proceder de la víctima en la mezcla evidenciada.

El análisis de ADN a partir de muestras de *pelos* es más delicado que a partir de los restos biológicos anteriores. Estas muestras requieren un análisis microscópico previo a la analítica molecular con el fin de determinar el tipo de análisis que es posible en ellos (estudios de ADN nuclear o de ADN

mitocondrial) además de otras características importantes. Con el análisis microscópico se determinan, entre otros, los siguientes puntos:³³

– Si se trata de pelos de origen animal o humano.

- Si se trata de pelos completos (con bulbo) o de fragmentos de pelos (sin bulbo). En el caso de fragmentos de pelos los estudios a realizar son los de ADN mitocondrial como veremos en el siguiente apartado.
- En el caso de los pelos con bulbo se puede determinar en qué fase vital se encuentra éste. En los pelos con bulbo telogénico (en fase de caída) se suele realizar análisis de ADN mitocondrial y en los pelos con raíz
- Anagénica (en fase de crecimiento) se puede realizar un análisis de ADN nuclear.
- Visualizar el grado de suciedad que presentan los pelos y si aparecen restos de posible sangre adheridos a los mismos. En el caso de presentar sangre se ha de proceder a la separación de ambos tipos de restos biológicos para su análisis por separado, pues puede tratarse de muestras pertenecientes a diferentes personas.

En cuanto a las muestras de uñas diremos que se trata de una muestra muy agradecida pues suele dar resultados positivos en la mayoría de los casos. Las *uñas* pueden interesarnos fundamentalmente por dos motivos: como muestra biológica indubitada para la identificación cadavérica (analizando la propia uña) cuando no es posible una identificación por

33 Ibíd pág. 1881

métodos no genéticos, o como lugar de búsqueda de restos biológicos si en un hecho delictivo medió lucha.

Las muestras de *tejidos* también suelen estar relacionadas sobre todo con la identificación de cadáveres en los que han comenzado los procesos de putrefacción. Los mejores resultados se obtienen con músculo esquelético tomado de las zonas que se encuentren más preservadas de la putrefacción.

Los cadáveres ya esqueletizados en los que la única muestra disponible son los *huesos* y los *dientes* son los más problemáticos en cuanto a su identificación genética. Normalmente, los huesos largos (fémur o húmero) y los molares (muelas) son las muestras que ofrecen mejores resultados. La extracción de ADN a partir de este tipo de restos es más larga y costosa que en los casos anteriores³⁴.

2.4.3 Procedimientos para la Recolección de las Evidencias, y en Forma Particular las Evidencias Biológicas.

Como ya sabemos la prueba de ADN, es una herramienta muy útil en la investigación del delito estudio de nuestra tesis, por tanto no podemos terminar este capítulo sin antes exponer los pasos lógicos a seguir para lograr con el menor margen de error, la detección, documentación y secuestro adecuado de la evidencia física.

Debemos iniciar diciendo que las Evidencias Físicas que llegan al Laboratorio de Genética proceden de varias Dependencias:

34 *Ibíd* pág. 1881

1. Policía Nacional Civil: muestras provenientes de la escena del delito, recogida por el personal de inspecciones oculares y remitidas a través del personal de Laboratorio Científico del delito o puestas a disposición por los mismos Juzgados.
2. Instituto de Medicina Legal: A) Patología Forense: evidencias tomadas a los cadáveres ya sea para identificación inmediata o muestras de archivo. Evidencias de Abuso Sexual en personas fallecidas, muestras tomadas en exhumaciones. Exclusivo del Personal Medico. B) Clínica Forense: evidencias tomadas a las víctimas vivas de abuso sexual. Esta al igual que la primera es exclusivo del Personal Medico. C) Laboratorio de Serología Forense: muestras tomadas a personas para fines de comparación genética: Investigaciones de paternidad biológica, investigaciones de criminalística. Estas Evidencias son tomadas por Enfermeras Forenses.³⁵

Es así que para que la evidencia biológica que llega al Laboratorio de Genética pueda ser útil para el análisis tiene que cumplir con ciertos requisitos importantes:

1. El personal encargado de la recogida de las evidencias debe ser una persona competente y capacitado para dicha labor.
2. El proceso de recogida y remisión de evidencias debe de realizarse de una forma perfectamente coordinada y planificada. Es decir no hay que inventar ni improvisar nuevas técnicas.

³⁵ DRA. JOSEFINA DE MONTERROSA. Conferencia impartida a Médicos Forenses Salvadoreños, sobre el tema "Recolección o Toma de muestra de Indicios Biológicos, Preservación y Transporte al Laboratorio". El Salvador, 06 de Mayo de 2006.

3. Deben de existir todos los medios y materiales adecuados para recoger y remitir correctamente las muestras al laboratorio.
4. Debe de cumplirse de manera estricta la “Cadena de Custodia de la Evidencia”. No debe admitirse nada que no sea recogido en este documento.

Así mismos se debe tener en cuenta que existen motivos por los cuales una muestra biológica puede pasar desapercibida, y con los cuales hay que tener un estricto cuidado, entre ellos están:

1. *Concentración Muy Baja (limpieza)*: la causa mas común de baja concentración en las manchas es por intentos previos de limpieza, normalmente por parte del criminal, aunque accidentalmente por la victima y testigos.
2. *Falta de Concentración Adecuada*: los colores oscuros en prendas de vestir y en otro tipo de soportes dificulta su visibilidad.
3. *Indicios Pequeños*: hay indicios cuyos tamaños son extremadamente mínimos, como algunas manchas de sangre, semen y pelos.
4. *Mala Investigación*: no se revisan todos los lugares en la investigación o se realizan muy superficial.
5. *Falta de Medios Adecuados*: impide detectar los indicios mas pequeños y menos evidentes.

Estos indicios biológicos criminales los que nos estamos refiriendo, pueden clasificarse en:

- 1) Indicios Biológicos Indubitados: es decir que no dudamos a quien pertenecen, siendo aquellos indicios tomados en los departamentos de policías o instituciones medico legales a fin de ser comparados con otras clases de indicios biológicos. Ejemplo: toma de muestras

de sangre o saliva a la víctima o al imputado. Hay que recordar que basta tomar una sola muestra de evidencia incubita para comparación.

- 2) Indicios Biológicos Debitados: son aquellos indicios propios de la escena del crimen, no se sabe a quien corresponden o como han llegado a un sitio determinado, siendo en la mayoría de los casos la investigación criminalística biológica la que responderá lo anterior. Ejemplo: mancha o hisopo con semen, mancha de sangre o cabellos encontrados sobre objetos, colillas de cigarro con saliva.

Habiendo entonces conocido alguna las generalidades del procedimientos y cuidados para la recolección de los indicios como evidencias de un crimen o delito, podemos pasar a explicar las fases por las que pasar para poder llegar de una forma calida al laboratorio de Genética o Cimnialistica.

2.4.4 Pasos para la Recolección, Transporte, Estudio y Resultado del Análisis de las Evidencias Biológicas.

- 1). Recogida del Indicio Biológico: en basa en extraer o retirar el indicio del sitio en el cual se encuentra y tratar de enviarlo al laboratorio en las condiciones ideales o sea lo mas similares al momento que fueron encontrados.
- 2.) Identificación: se basa en marcar o etiquetar perfectamente los indicios biológicos ya sea sobre el mismo objeto o su cubierta sin alterarlo o modificarlo, debe incluir como mínimo el nombre del investigador, sitio donde fue recogido el indicio, fecha y numero de expediente o caso

judicial.

- 3.) Preservación y Transporte: Dependiendo del tipo de muestra que se reitera al laboratorio de ADN, así será la temperatura y medio de transporte o embalaje del indicio.

Para que ese indicio biológico tenga importancia legal o jurídica es importante: 1. Documentarse: describirlas, fotografiarlas, realizar esquema, es decir, fijarlas para tener una idea y ubicarlas en la escena del crimen y así obtener deducciones o información sobre la escena del delito. 2. Llenar una cadena de custodia de todos los indicios biológicos removidos.

En otros países las evidencias son documentadas por dos peritos para que sean por lo menos dos personas las que testifiquen sobre su origen.

Al momento de la recogida o manejo de una muestra biológica debe de evitarse la contaminación, inicialmente procurar las condiciones máximas de esterilidad, utilizando guantes, fundas para los zapatos, instrumentos esterilizados (pinzas, jeringas nuevas), así mismo utilizar un instrumento diferente para recoger cada indicio, utilizando para ello instrumentos de un solo uso, aunque esto encarece las condiciones de recogida o manejo de una muestra (una punta de pipeta para cada muestra que se trabaje, pinzas de plástico de un solo uso, etc.), y finalmente utilizar recipientes para cada indicio, aunque hayan sido recogidos de lugares muy próximos o estuvieren juntos.

Los indicios biológicos tienen grandes enemigos entre ellos la humedad, la contaminación, y sumados a ellos la temperatura y el tiempo. La humedad es crítica ya que implica la presencia de gotas de agua en el indicio que será sometido a análisis genético, lo cual garantiza condiciones

de Ph y nutrientes que permiten el desarrollo de bacterias y hongos, microorganismos que son capaces de destruir el ADN directamente a través de sus enzimas: restrictasas que pueden cortar o fragmentar el ADN, es decir degradarlo.

Si un indicio ha sido aislado estando húmedo puede pasar lo anterior, sin embargo si se almacena a una temperatura lo mas baja posible y se trasporta rápidamente puede ser valido, sin embargo si se recoge seco, el tiempo y la temperatura no son tan críticos pero pueden influir también.³⁶

2.4.4.1 Protocolo Operativo para la Recogida de Indicios Biológicos Indubitados de la Escena del Crimen.

1. Indicios sobre objetos transportables o removibles.

Cualquier objeto que pueda ser transportable como prendas de vestir, papeles, instrumentos cortopunzantes, armas de fuego, etc., debe ser íntegramente enviado al Laboratorio de Criminalística o Genética según sea el caso.

Estos objetos deben ser enviados en sobres de papel que sean transportables para facilitar la evaporación del agua, si se envían en sobres, que estos estén limpios o estériles o cualquier objeto que sirva para transportar, y que guarden las condiciones de esterilidad adecuadas. No utilizar cualquier recipiente que aunque sea adecuado no este estéril o limpio. (Ejemplo: se envían manchas biológicas en botes vacíos de películas fotográficas).

³⁶ Ibid.

Si la mancha esta húmeda hay que secala previamente, si esta seca como una costra hay que evitar el roce o raspadura durante el transporte.

2. Recuperación de Evidencias a partir de Objetos no Transportables.

A) Superficie No absorbente: son aquellas que no dejan penetrar al interior de sus estructuras las sustancias liquidas: el cristal, objetos plásticos o sintéticos, barnices impenetrables, objetos metálicos o de cerámica. El modo de operar va a depender del estado físico en que se encuentre la evidencia: seco o liquido.

A.1) Recuperación de evidencias secas: existen tres modos de recuperación: cortando, raspando o rehidratando la evidencia.

- Recuperación por Corte: consistente en cortar con un bisturí o un cuchillo la parte del objeto donde se encuentra la evidencia. El material para cortar. Ejemplos: cortes de grandes superficie de plástico, asientos de un carro, muebles de salas, etc. El transporte puede realizarse en temperaturas ambientes.
- Recuperación por Raspado: debe de hacerse con bisturí o con una espátula metálica (de laboratorio), habitualmente suele ser una costra de sangre sobre una pared. Cuando se raspa hay que procurar tomar solamente la evidencia y no la superficie sobre la cual se encuentra, ya que puede ser pinturas, barnices que son inhibidores de la reacción de PCR. El transporte puede realizarse a temperatura ambiente.

- Recuperación por Hidratación: consiste en pasar un hisopo húmedo sobre la superficie que contiene la mancha presionando y girando circularmente unos pocos segundos hasta que veamos que la evidencia ha pasado al hisopo. El hisopo se deja secar a temperatura ambiente antes de introducirse a un sobre. Esta técnica ha de ocuparse cuando quiera dejar lo mas intacta la escena del crimen, ya que la muestra sobre la que estaba la evidencia no se destruye por corte o raspado sino que solamente se lava.

A.2) Recuperación de Evidencias Liquidas: solamente existen dos métodos de recuperación: aspirando el liquido o absorbiéndolo.

Cualquier nuestra muestra biológica en estado liquida puede ser trasmisor de enfermedades tales como el VIH, por lo tanto hay que tomar las precauciones necesarias: guantes, mascarilla y protección ocular.

- Recuperación por Aspiración: generalmente se trata de sangre, aspirar con una jeringa estéril, y depositarla en un tubo con anticoagulante tipo EDTA. Mezclar por agitación, mantenerla refrigerada y enviarla lo mas pronto posible al laboratorio.
Si la muestra es semen, saliva u orina, se aspira también con una jeringa estéril y se deposita en un tubo limpio sin conservantes químicos, y debe mantenerse refrigerada antes de su envío al laboratorio.
- Recuperación por Absorción: consiste en empapar hisopos o trozos de tela de algodón estériles, con el fluido que se quiere transportar, debe secar a temperatura ambiente antes de su envío al

laboratorio.³⁷

2.4.4.1.1 Recogida de evidencias procedentes de Delitos Sexuales.

En la gran mayoría de países, las evidencias dejadas sobre las víctimas son tomadas por personal médico o paramédico: médicos forenses o enfermeras forenses, entrenadas en este tipo de casos.

En la escena del delito, es imprescindible recoger toda clase de evidencias sobre la cual pueda encontrarse un indicio biológico, que pueda ser útil para ser examinado por medio de la técnica del ADN y de esta manera establecer la presencia de un sospechoso en el sitio del delito.

2. Cabellos o pelos pubianos: si el médico forense obtiene pelos púbicos peinados, tiene que obtener pelos púbicos arrancados de la víctima que servirán para cotejo morfológico, con el imputado.
3. Kleenex o toallas que hayan servido para limpieza de fluidos.
4. Ropa interior femenina o masculina, teniendo el cuidado de introducirlas en bolsas separadas y secas en el caso de estar húmedas. Pantalones o ropa sospechosa que pudiera contener restos de semen que a simple vista no puede visualizarse, solamente con la lámpara de Wood.
5. Preservativos: aquí se establece el doble vínculo o vínculo de reciprocidad, ya que en su interior se encuentra ADN del agresor (provenientes de las células espermáticas), y en la parte externa ADN

³⁷ Ibid

de la víctima (provenientes de las células vaginales, si el contacto fue vaginal). Según las estadísticas del FBI, aquellos violadores que utilizan preservativos los tiran en un radio de 500 metros en la mayor parte de casos.

Podemos finalmente resumir y mencionar de forma generalizada los pasos para la búsqueda de los indicios en la escena del delito:

1. Protección de la escena del delito, solo el personal necesario debe de estar adentro.
2. Estudio preliminar de la escena del delito, a lo que Bertillon dice: “ Solo se ve lo que se mira, y solo se mira lo que se tiene en mente”.
3. Describir la escena del delito por escrito
4. Esquema de la escena del delito.
5. Fotografías.
6. Recogida, identificación y preservación de los indicios, dado que si no es adecuadamente su actividad biológica se puede perder, y si es incorrectamente empaquetado puede haber contaminación cruzada, si no es identificado en forma adecuada su origen puede ser cuestionado, así como también si no es preservado bien, su degradación puede afectar su estudio.
7. Mantener una Cadena de Custodia de todas las evidencias.³⁸

En los subsiguientes capítulos se abordan de forma mas detallada cada uno de los temas anteriormente mencionados.

³⁸ DRA. JOSEFINA MONTERROSA. Conferencia impartida a Médicos Forenses Salvadoreños sobre el tema “Investigación Biológica sobre la Criminalística”. San Salvador, 29 de Abril del año 2006.

CAPITULO III

BANCO DE DATOS DE INFORMACION GENÉTICA; CONSIDERACIONES TEORICAS Y CONCEPTUALES.

3.1 BASES DE DATOS DE INFORMACIÓN GENÉTICA: GENERALIDADES

Las bases de datos de ADN con fines de investigación criminal son actualmente las bases de datos genéticas de mayor interés para los laboratorios forenses. Gracias a la experiencia acumulada por un gran número de países en todo el mundo (que ya han desarrollado una legislación específica) hoy sabemos que el tratamiento automatizado de los perfiles de ADN estructurados en Bases de Datos de ADN para poder ser comparados sistemáticamente puede ser una herramienta muy eficaz para reducir el índice de criminalidad de determinados delitos sin autor conocido y, especialmente, aquellos en los que existe una alta reincidencia.³⁹

De esta forma la prueba del ADN ha dejado de ser un mero testigo «a posteriori» de los hechos criminales para convertirse potencialmente en una herramienta preventiva de la criminalidad.

La efectividad de una base de datos de ADN entendida como el número total de coincidencias de perfiles de ADN observadas en las distintas búsquedas depende de forma muy importante, además de diversos factores científicos-técnicos y operativos, de los criterios utilizados para definir los siguientes aspectos:

39 GUILLÉN VÁZQUEZ, MARGARITA. Bases de datos de Investigación criminal. Aspectos de Derecho comparado, Madrid España 2008 pag. 1080.

- Criterio de entrada de los perfiles de ADN
 - Sospechosos (Tipos de delitos)
 - Condenados (Tipos de delitos)
 - Vestigios
- Criterio de eliminación de los perfiles de ADN
 - Sospechosos
 - Condenados
 - Vestigios
- Criterio de Obtención y Retención de Muestras Biológicas de Referencia
 - Muestras de referencia de sospechosos
 - Muestras de referencia de condenados

Estos aspectos fundamentales (¿quien puede ser incluido en la base de datos? ¿en que momento procesal?, ¿cuánto tiempo se mantiene un perfil? ¿cuándo hay que eliminarlo? y si se puede o no guardar una muestra biológica para futuros análisis) son los que tienen en consideración las distintas legislaciones en las que se asienta el desarrollo de todas estas bases de datos de ADN.

3.1.1 Criterios de Registro de Perfiles de ADN de Sospechosos⁴⁰

El criterio para el registro de perfiles genéticos de sospechosos en las distintas bases de datos que existen varía de un país a otro. Algunos países basan la inclusión de sospechosos en la base de datos en el tipo de delito y

⁴⁰ Ibid pag 1081

en función de la pena que se atribuye a la comisión del delito, mientras que otros países permiten el registro de todo tipo de delitos.

3.1.2 Criterios de Registro de Perfiles de ADN de Condenados⁴¹

Los criterios para la inclusión de condenados en las bases de datos varían también de forma considerable entre los distintos países. Así por ejemplo:

- Alemania: > 1 año de prisión + decisión judicial
- Suecia: > 2 años de prisión
- Noruega: Delitos graves + decisión judicial
- Bélgica: Tras decisión judicial
- Holanda: > 4 años de prisión + voluntariamente
- Francia: delitos graves (categorizados) y agresiones sexuales

3.1.3 Criterio de eliminación de los perfiles de ADN⁴²

También es importante definir cuando un perfil de ADN debe de eliminarse de la base de datos. De nuevo nos encontramos con diferentes soluciones en los distintos países:

- Sospechosos
 - Eliminados tras la absolución o la prescripción de los cargos
 - Nunca se eliminan
- Condenados

41 Ibid pag 1082

42 Ibid pag. 1083

- Eliminados después de 5-40 años
 - Nunca se eliminan

3.2 CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE EL ALMACENAMIENTO DE INFORMACIÓN GENÉTICA.

- El análisis genético comparativo en bases de datos

El previsto legalmente es la comparación individual del perfil genético del indicio biológico con el perfil genético obtenido de una muestra del imputado sobre el que recaen los indicios de culpabilidad de una causa penal. La limitación fundamental de este análisis genético comparativo es que no es posible llevarlo a cabo en una gran número de delitos que cursan sin un autor conocido. Cobra entonces especial relevancia una práctica que ha sido legislada en muchos países Europeos pero que carece en la actualidad de la cobertura legal adecuada en nuestro país.

Se trata del tratamiento automatizado de los perfiles de ADN estructurados en Bases de Datos de ADN con fines de investigación criminal para una comparación sistemática entre distintas causas penales . Tal estrategia se está convirtiendo en una herramienta eficaz para reducir el índice de criminalidad de determinados delitos sin autor conocido y, especialmente, aquellos en los que existe una alta reincidencia. De esta forma la prueba del ADN deja de ser un mero testigo «a posteriori» de los hechos criminales para convertirse potencialmente en una herramienta preventiva de la criminalidad.

La mayoría de los países Europeos (y de todo el mundo) han desarrollado ya o están en vías de desarrollar bases de datos de ADN con fines de investigación criminal en las que se estructuran fundamentalmente dos índices de búsqueda. Por un lado, un índice de perfiles de ADN STR anónimos obtenidos de vestigios biológicos de la escena del delito, y por otro lado, un índice de perfiles de ADN STR obtenido de individuos que son sospechosos o condenados (según las distintas legislaciones) en una causa penal. La búsqueda de coincidencias entre los distintos perfiles de ADN en el índice de vestigios anónimos puede revelar la presencia de un mismo perfil en distintas escenas del delito, lo que permite relacionar distintos delitos con un mismo individuo. La búsqueda de coincidencias de los perfiles de ADN del índice de vestigios anónimos con los perfiles de ADN del índice de sospechosos o condenados permite obtener un dato primario de identificación de la procedencia individual del vestigio. La utilización de bases de datos de ADN cobra también una vital importancia en los procesos de identificación humana en conflictos bélicos o grandes catástrofes que afectan a un gran número de víctimas cuyo estado de conservación (fragmentación, carbonización, esqueletización,..) puede limitar o incluso imposibilitar la identificación de los cuerpos por los métodos forenses convencionales. En estos casos los perfiles genéticos obtenidos de los restos humanos, estructurados en un índice, pueden ser comparados de forma sistemática con un índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de muestras de referencia (saliva o sangre) de familiares, o incluso con un índice de perfiles de ADN obtenidos de muestras ante-mortem de las víctimas (utensilios de aseo personal como cepillos de dientes, peines,...).

Las bases de datos poblacionales de marcadores de ADN humanos utilizados en genética forense (STRs autosómicos, STRs del cromosoma Y y regiones hipervariables del ADN mitocondrial) son también de indudable

interés para la investigación, ya que resultan esenciales para poder realizar una evaluación bioestadística adecuada del valor de la prueba del ADN. Todos estos distintos tratamientos de los perfiles de ADN necesitan una urgente regulación legal en nuestro país.⁴³

3.3 LA INFORMACIÓN GENÉTICA, CONCEPTOS Y MATERIAL UTILIZADO EN LA RECOLECCIÓN DE DATOS.⁴⁴

3.3.1 Consideraciones generales a cerca de la información genética.

La serología forense ha sido definida como la ciencia que abarca la identificación y caracterización de la sangre, el semen y otros fluidos del cuerpo, usualmente detectables en forma de manchas secas y a manera de evidencia física.

Dada su naturaleza sustentativa para el proceso, es absolutamente esencial que tanto los investigadores como quienes demandan o defienden, comprendan, por lo menos en términos generales, las capacidades y las limitaciones de la serología forense.

En términos convencionales, la evidencia física en los delitos sexuales está científicamente representada por la presencia de semen y sangre humanos. Al semen se lo identifica microscópicamente donde hay células de esperma, o bien cuando están presentes (hablando en ambos casos de

43 Ibid.

44 EDWARD, FRANKEL. "DNA El Proceso De La Vida". 16ª Edición, México Df, 1989.

manchas secas sometidas a estudio) proteínas específicas del semen asociadas con el semen humano, conocidas como p30 o antígeno prostático.

Una vez que la presencia de semen ha sido establecida, los extractos de manchas pueden analizarse para detectar la presencia o' ausencia de sustancias que permitan determinar el grupo de sangre.

Constatada la presencia de sangre humana, se intentará establecer si es "A", "B", "AB" u "O". Luego de ello y dependiendo del tamaño de la mancha seca, mediante electroforesis se determinarán tantos tipos de proteínas de origen genético como sea posible. Para ello debe contarse con muestras de sangre y saliva de la víctima y del sospechoso.

Una vez reunida toda la información, el examinador estará en condiciones de hacer sus conclusiones. La serología forense es una ciencia de comparación; si toda la información recabada del análisis de las muestras cuestionadas es idéntica a la obtenida de las muestras de sangre y saliva del sospechoso, entonces el experto podrá definir que el sospechoso fue una posible fuente de la mancha de sangre o semen depositado.

Como se habrá observado, con el empleo de esta tecnología el perito está capacitado para decidir si el imputado es un posible depositante del fluido corporal. Ello es debido a que otros sospechosos potenciales de la población en general pueden compartir el mismo tipo de sangre (ABO), condición secretora y perfil enzimático. La implementación de los ensayos de ADN en las muestras forenses ha alterado dramáticamente este pensamiento.

El ácido desoxirribonucleico (ADN) es, como ya hemos dicho, una sustancia orgánica que se encuentra principalmente en los cromosomas, dentro del núcleo de cada célula. Utilizando electroforesis y técnicas radiactivas, puede desarrollarse un perfil de ADN a partir de manchas secas de sangre y semen.

Una vez definido que se trata de semen o sangre humanos, las muestras obtenidas en el lugar del hecho se comparan en lo que hace al ADN, con las pertinentes de la víctima y el sospechoso. Los análisis de ADN pueden consumir más tiempo y ser más tediosos e intensivos que los métodos serológicos tradicionales; sin embargo, los resultados son más significantes e informativos.

3.3.2 La información genética, conceptos y recolección de datos.

El genoma humano es un termino que se utiliza para describir el contenido total de ADN (siglas del ácido ácido, que es la molécula portadora de la información genética) en cada célula humana y contiene el conjunto de instrucciones (código genético) para la síntesis de las proteínas, las cuales son, en última instancia, las responsables de la fisiología y morfología de las células que, a su vez, son los componentes básicos de todos nuestros tejidos y órganos.⁴⁵

Todas y cada una de los trillones de células que componen nuestros tejidos y nuestros órganos (excepto las células sexuales: el espermatozoides y el óvulo, que han reducido a la mitad el contenido del ADN y determinadas células como los glóbulos rojos de la sangre que han perdido su núcleo

45 PRIMOROSA, CHERI Y OTRO. "Prueba de ADN". 2ª Edición Editorial Astrea Buenos Aires, Argentina. Pag. 44

celular) son portadoras del mismo conjunto de instrucciones genéticas (de un mismo genoma) . Por lo tanto, independientemente del órgano o tejido del que extraigamos el ADN de un mismo individuo, el perfil genético que obtengamos será el mismo. Este es el principio básico de Universalidad del genoma en el que se basa el análisis genético comparativo que se lleva a cabo entre la muestra dubitada(en general un vestigio biológico encontrado en la escena del delito o en el cuerpo de la víctima: sangre, semen, saliva pelos, tejidos, restos epidérmicos,...)y una muestra de referencia indubitada (en general sangre o saliva) extraída de la persona de la que se sospecha pueda haber dejado el indicio biológico dubitado. Independientemente del tejido u órgano de procedencia el perfil genético que se obtenga será el mismo si vestigio y muestra de referencia provienen de la misma persona.

Otra característica fundamental que hace del genoma humano una herramienta aplicable al campo de la identificación humana es su Diversidad. Es decir, el código genético (que es idéntico en todas las células de un mismo individuo) presenta variaciones en los distintos individuos de la población.

Una tercera característica del genoma es su Estabilidad en muestras forenses. La molécula de ADN presenta en condiciones normales una gran estabilidad tanto en fluidos biológicos que forman manchas secas (sangre, semen, saliva,...) sobre distintos soportes como a partir de diversos tejidos humanos incluso mucho después de la muerte. Es posible, pues, obtener y descifrar la secuencia de parte del material genético a partir de un gran número de vestigios biológicos de interés forense para obtener su código genético identificador y compararlo con el obtenido a partir de una muestra de referencia de la persona de la que se sospecha proviene el vestigio.

3.3.3 Los genomas humanos y los tipos de herencia.

Realmente la información genética de las células humanas se organiza en dos genomas: El gran genoma nuclear de herencia compartida por ambos progenitores y el pequeño genoma mitocondrial que transmiten exclusivamente las madres en sus óvulos.

3.3.3.1 El ADN nuclear : La herencia compartida de los padres.⁴⁶

El genoma nuclear se localiza como su propio nombre indica en el núcleo celular y representa el 99 por 100 del contenido de ADN celular total. Se encuentra asociado de forma muy específica a ciertas proteínas formando unas estructuras filamentosas denominadas cromosomas que pueden ser visualizadas al microscopio en el núcleo de las células en división. Un cigoto humano tiene 23 pares de cromosomas (46 cromosomas), un miembro de cada par proviene de la madre, mientras que el otro proviene del padre. . Por el contrario, las células reproductoras (óvulo-espermatozoide) durante su formación reciben al azar solamente un miembro de cada par, es decir solo tienen 23 cromosomas. El número de cromosomas volverá a ser de 46 tras la fertilización del óvulo por el espermatozoide y de este modo se mantendrá constante el número de cromosomas a través de las generaciones.

Un cromosoma es básicamente una fina hebra de ADN rodeada por otros componentes, fundamentalmente proteínas. La molécula de ADN, portadora de la información genética, es una larga cadena doble compuesta de una unidad química que se repite a lo largo de la cadena: el nucleótido. El componente fundamental de un nucleótido son las bases nitrogenadas.

46 Ibid

Existen cuatro tipos de bases A, G, T y C (A: Adenina, G: Guanina, T: Timina y C: Citosina) cuya ordenación a lo largo de la cadena del ADN será lo que determine la información genética.

La cantidad total de ADN de una célula es alrededor de 3000 millones de nucleótidos. Un gen es un segmento de ADN (cuyo tamaño puede variar entre 3000-100.000 nucleótidos) que contiene la información para la síntesis de una proteína. Se estima que el número de genes humanos es de 30.000, siendo desconocida en la actualidad la función de más del 50 por 100 de estos genes. Sin embargo, estos 30.000 genes solo representan una pequeñísima fracción (2-3 por 100) del ADN total de una célula. El resto de ADN, que representa la fracción mayoritaria del genoma nuclear humano, está compuesto en gran parte de secuencias de ADN repetitivo sin una función clara y que se suele denominar «ADN no codificante» en el sentido de que no codifica información para la síntesis de proteínas.

Es precisamente una fracción de este ADN no codificante la que más interés tiene en genética forense, ya que se trata de regiones de ADN con una gran variabilidad de tamaño entre los individuos de la población. Las regiones de ADN no codificante de mayor interés en genética forense son las denominadas regiones de ADN microsatélite. Se trata de pequeñas regiones de ADN repetitivo en tandem (de 100-500 nucleótidos) compuestas por una secuencia (de 4-5 bases) que se repite en tandem n veces. Es precisamente el número de veces que se repite esta unidad de secuencia lo que presenta una gran variabilidad entre los individuos de una población.

De aquí que a estas regiones se las denomine «STRs» (del inglés: «Short Tandem Repeats»: «pequeñas repeticiones en tandem»). Hoy en día, la mayoría de los análisis forenses de ADN se basan en el estudio

simultaneo de un conjunto de 10 a 15 de estas regiones cortas distribuidas en los distintos cromosomas humanos. Un «perfil genético» no es mas que el patrón de estos fragmentos cortos de ADN ordenados por su tamaño. Dicho patrón es fácilmente convertible en un sencillo código numérico muy fácil de almacenar, manejar y comparar, ofreciendo un alto poder de discriminación genética tanto en la identificación de vestigios biológicos de interés en la investigación criminal como en la investigación biológica de la paternidad ya que estos perfiles genéticos tienen una procedencia al 50 por 100 paterna y materna (ver más adelante).

3.3.3.2 El ADN mitocondrial: La herencia materna.

Además del ADN nuclear, las células humanas contienen un pequeño genoma circular (de 16.569 nucleótidos) que se encuentra dentro de las mitocondrias (los orgánulos celulares del citoplasma celular cuya función principal es la producción de energía) y que se hereda exclusivamente por la vía materna ya que las mitocondrias son aportadas por el citoplasma del óvulo y no por el espermatozoide.

El ADN mitocondrial también presenta variabilidad genética (en la secuencia del ADN) y, por lo tanto, es una herramienta muy útil en la identificación genética humana. Se trata, además, de un genoma cuyo estudio ofrece una ventaja importante con respecto al estudio del ADN nuclear : Su gran sensibilidad. Es un genoma que se presenta en un gran número de copias (hay 100-10000 copias de ADN mitocondrial por cada copia de genoma nuclear, según el tipo celular) y, por tanto, será de aplicación en muchos casos en los que no sea posible la obtención de ADN nuclear (p.ej: tallos de pelos, restos óseos antiguos,...). Sin embargo la variabilidad genética del ADN mitocondrial es menor que la observada

mediante el análisis de las secuencias de ADN repetitivo del gran genoma nuclear. Como consecuencia de su menor variabilidad, el perfil genético que se obtiene mediante el estudio del ADN mitocondrial presenta un poder de discriminación en general mucho más limitado (ver más adelante).

No olvidemos que si el ADN mitocondrial se hereda de forma inalterada de madres a hijos todos los miembros de una familia que compartan la línea materna tendrán el mismo perfil de ADN mitocondrial. Es decir, que este tipo de ADN más que perfiles individuales permite identificar linajes maternos.

3.3.3.3 El cromosoma Y : La herencia paterna de los varones.

Hay una parte del genoma nuclear que es específico del varón, se trata del cromosoma Y. En la especie humana el sexo está determinado por los cromosomas sexuales X e Y de tal forma que el genoma de las mujeres está contenido en 22 parejas de autosomas y dos cromosomas X (46, XX), y el de los varones es de 22 parejas de autosomas más un solo cromosoma X y un cromosoma Y (46, XY). El cromosoma Y se transmite exclusivamente por vía paterna a la descendencia de varones de manera más o menos inalterada a lo largo de las generaciones. En este cromosoma existen también regiones cortas de ADN repetitivo variables en tamaño, cuyo estudio permite en este caso trazar linajes paternos separados incluso varias generaciones. Además el cromosoma Y es una herramienta que permite obtener un patrón genético específico del varón, lo cual tiene un gran interés práctico en la identificación genética de restos de semen y otros fluidos biológicos del supuesto agresor en los casos de agresiones sexuales a mujeres.

El análisis de regiones cortas de ADN repetitivo del cromosoma Y que hoy se realiza de rutina ofrece también un poder de discriminación más bajo

que el normalmente obtenido mediante el estudio de las regiones STR autosómicas. No olvidemos que, en último término, el análisis genético del cromosoma Y no permite diferenciar genéticamente a los miembros de una familia que compartan la misma línea paterna.

CAPITULO IV

MARCO JURIDICO APLICABLE A LA INVESTIGACION DE LOS DELITOS DE VIOLACION SEXUAL Y ESPECIAL ENFOQUE A LA BASE DE DATOS DE ADN.

Para el desarrollo de este capítulo abordaremos los artículos del ordenamiento jurídico nacional que se involucran con nuestro tema de investigación, y que además sustentan las hipótesis de los aportes que brinda una Base de Datos en las investigaciones criminales; para finalizar con una breve mención de algunos países en los que ya se cuenta con esta herramienta de investigación.

Comencemos entonces por La Constitución de la República de El Salvador, en honor a la primacía que esta goza sobre las leyes secundarias, tratados internacionales, ordenanzas, etc.

4.1 LINEAMIENTOS CONSTITUCIONALES.

Al hablar de los aportes que proporcionaría la creación y funcionamiento de la base de datos de ADN, para la investigación de los delitos de violación sexual, es indispensable mencionar que el punto de partida lo encontramos tanto en el preámbulo como en el primer artículo de la misma, puesto que, es aquí donde se encuentra el fundamento para interpretar el resto de los artículos de la constitución. Debemos comenzar por recordar que tal como reza la Carta Magna, la persona humana es el origen y fin de la actividad del estado, entendiendo que: “Los fines estatales sólo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la

persona humana; por tanto, los órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo, supuestos “fines” de la colectividad como conjunto orgánico, o del Estado como ente superior a aquélla, pues en este caso su actuación devendría en inconstitucional por vulnerar el artículo 1 de la Ley Primaria⁴⁷.

Es en relación a lo anteriormente dispuesto por la Sala de lo Constitucional que tres de los valores más importantes para la convivencia social están enumerados en este artículo: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Entendiendo como: 1) Justicia: la situación en que a cada uno le es dado lo que le corresponde; 2) Bien común: el conjunto de intereses propios de la colectividad que se ubican por encima de los intereses particulares. Para lograr este valor y satisfacer tanto las necesidades del individuo como las de la sociedad en general, el Estado debe intervenir en las relaciones sociales; y 3) Seguridad Jurídica: como la certeza de la vigencia y la aplicación de la ley, tanto en los gobernantes como los gobernados, sin discriminación, ni parcialidad.

Particularmente respecto a la seguridad jurídica ha dicho la Sala de lo Constitucional que: "la seguridad jurídica es, desde la perspectiva del derecho constitucional, la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público. Puede

⁴⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CSJ. Sentencia de 19-Julio-1996, Inc. 1-92, Considerando IV 4.

presentarse en dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, en su faceta subjetiva, como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad" ⁴⁸

Agrega la Sala De lo Constitucional que: "Para que exista seguridad jurídica, no basta que los derechos aparezcan señalados en forma puntual en la Constitución, sino que es necesario que todos los gobernados tengan un goce efectivo de los mismos. Es decir que, desde la perspectiva del derecho constitucional, la seguridad jurídica es la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público, condiciones indispensables para la vigencia de un Estado Constitucional.

En este mismo sentido, se ha señalado que la seguridad jurídica crea el clima que permite al hombre vivir como tal, sin temor a la arbitrariedad y a la opresión, en el pleno y libre ejercicio de los derechos y prerrogativas inherentes a su calidad y condición. Sobre tal punto, esta Sala ha expresado su criterio en anteriores resoluciones, sosteniendo que seguridad jurídica es la "certeza que el particular posee que su situación jurídica no será

⁴⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CSJ. Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99, Considerando II 2.

modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente”.⁴⁹

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar entonces que con la base de datos que contenga el ADN de cada individuo, se llegaría a cubrir el fin primordial del estado en una forma generalizada, yendo mas allá de los tres valores constitucionales mencionados, sin dejar de lado que la aplicación del ADN en la investigación de los delitos ha sido el avance mas importante desde el descubrimiento de las huellas dactilares como medio de identificación en la historia; lo que se vuelve importante para nuestro tema de investigación, dado que con ello se puede lograr grandes aportes a investigaciones tan complejas, como las de los delitos sexuales; en donde es difícil la identificación del sujeto activo con absoluta certeza; generando así inseguridad jurídica tanto para el sujeto pasivo de un delito de violación, como para la población en general.

Además si bien es cierto nuestro país se encuentra en desventaja a comparación a otros países como Argentina que ya cuenta con una base de datos de ADN, esto no es imposible de lograr, puesto que cuenta con las bases jurídicas para la creación de la misma, y aunque implica investigaciones, estudios, capacitaciones, inversiones económicas, etc., generaría grandes resultados en las investigaciones de delitos sexuales, ayudando a la solución de problemas sociales tan complejos, como la masiva comisión de los delitos en los últimos años.

⁴⁹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CSJ. Sentencia de las once horas y dos minutos del día seis de octubre de dos mil cuatro. Referencia 840-2003. San Salvador.

Lo anterior lo confirma un estudio publicado por El Diario de Hoy el 24 de Mayo del 2009⁵⁰, en donde se muestra un aumento considerable del delito de violación en los últimos cinco años; esto sin tener en cuenta que solo se han contabilizados los registrados en el sistema judicial; por lo que llama la atención a detener la mirada en las investigaciones que se realizan cuando existe la posibilidad de una violación consumada, puesto que son pocos los casos en los cuales el posible agresor sexual ha sido condenado en base a las pruebas recopiladas durante la investigación, a pesar de la existencia jurídica de los procedimientos de los cuales ya se hablo en el capítulo II de esta tesis.

Retomando lo dispuesto por la Sala de lo Constitucional respecto al Art. 1 Cn., agrega esta que el bien común, que: "se puede comprender como el conjunto de las condiciones materiales y espirituales necesarias para que cada individuo pueda realizarse en el marco de un orden justo; en ese sentido, pueden señalarse como caracteres fundamentales del bien común la totalidad, es decir, que el bien común es el bien del todo, al cual los individuos contribuyen y del cual todos participan, y la proporcionalidad que implica que el bien común es comunicado a cada persona no en su integridad, sino en partes a escalas variables, proporcionadas a la aptitud y responsabilidad de cada cual, existe una conexión estrecha entre el bien común y la justicia".⁵¹ Podemos notar entonces que en este concepto de bien común, se abarca también una convivencia en armonía, con la garantía suficiente y necesaria

⁵⁰ EL DIARIO DE HOY, NACIONAL SUCESOS. "Niños Declaran Sin Ser Vistos por sus Agresores". Domingo 4 de Mayo de 2009. San Salvador. Pags.12 y 13.

⁵¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando IX 2. El Salvador.

de todos los derechos incluyendo en ellos, el derecho a la libertad en todas sus dimensiones.

En consecuencia, tal como lo dice el inciso tercero del mismo artículo, "... Es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social", es esta la garantía constitucional para la protección del derecho a la libertad sexual, que como ya hemos visto, es el bien jurídico vulnerado en el delito de violación sexual, lo que no solo implica la prevención del delito, sino también contar con los mecanismos necesarios y suficientes para hacer justicia frente a la comisión de este ilícito penal.

Por otra parte, no solo en este artículo puede encontrarse la protección jurídica al derecho a la libertad sexual, puesto que en el título II de la misma constitución se encuentran regulados "Los Derechos y Garantías Fundamentales de las Personas", en donde el constituyente nos habla de la dignidad humana, la cual forma parte la premisa básica de los derechos fundamentales: "Indisolublemente relacionada con los derechos fundamentales se encuentra la dignidad humana como premisa básica que les es inherente; tomando como premisa que la dignidad es un elemento perteneciente, por definición, a la persona humana, y siendo ésta el sustento de la estructura que conforma el cúmulo de derechos garantizados por el Estado, éstos están destinados a la persona humana que nace, crece y se desenvuelve bajo el andamiaje de la estructura jurídica de un Estado"⁵². Debemos agregar además que en forma muy atinada la regulación de estos

⁵² SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 20-VIII-2002, Amp. 25-S-95, Considerando II. El Salvador.

derechos y garantías comienza en la sección primera del Capítulo I, específicamente en el Art. 2 en su Inc.1°, que dice: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos...”; se puede ver claramente la intención del constituyente de garantizar al ciudadano el respaldo jurídico para el goce de los derechos como la libertad sexual, que implica como bien lo dice la Sala de lo Constitucional, la protección de la dignidad humana.

En base a este último puede definirse una clara relación del derecho general de libertad con la dignidad; se entiende que la Constitución Salvadoreña califica de derecho fundamental no sólo a determinadas libertades, como libertad de expresión, libertad religiosa, etc., sino que también confiere un derecho general de libertad, como se deduce tanto del Art. 2 como del Art. 8, ambos de la Constitución. Para dar contenidos concretos a ese derecho general a la libertad, es indispensable recurrir al principio de la dignidad de la persona humana, Art. 1 Cn.; si se vinculan ambos conceptos dignidad y libertad, puede afirmarse que en la Constitución Salvadoreña subyace una concepción de la persona como ser ético-espiritual que aspira a determinarse en libertad.

A lo anterior abona el Art. 4 de la misma, diciendo que: “ Toda persona es libre en la República...” “No será esclavo el que entre en su territorio ni ciudadano el que trafique con esclavos. Nadie puede ser sometido a servidumbre ni a ninguna otra condición que menoscabe su dignidad”.

Respecto al contenido de la libertad, en sentido jurídico, La Sala de lo Constitucional ha dicho que es: "la posibilidad de actuar conforme a lo permisible por las normas jurídicas. El ámbito de la libertad jurídica comprende: obrar para cumplir obligaciones, no hacer lo prohibido, y hacer o no hacer lo que no está ni prohibido ni mandado, principio que recoge nuestra Constitución en su Art. 8. La Constitución recoge en su Art. 2 el principio de libertad, entendida como una condición para que el individuo pueda desenvolver y desarrollar libremente sus facultades propias; el mejor medio para asegurar este desenvolvimiento es permitirle dirigirse espontáneamente, a su manera y a sus riesgos y peligros, en tanto no afecte el derecho legal de otro. Por consiguiente, asegurar este libre desenvolvimiento es justamente el fin de las diversas libertades que constituyen los derechos individuales".⁵³

Finalmente, la investigación de los delitos corresponde a la Fiscalía General de la Republica en coordinación con la Policía Nacional Civil, por atribución constitucional, tal como lo menciona el Art. 193 ord. 3º, haciendo referencia a que es atribución de la Fiscalía como parte del Ministerio Publico: "Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley"; esta disposición constitucional es la que permitirá que una herramienta tan certera como el análisis de ADN, ayude a esclarecer la identidad del sujeto activo en la comisión de los delitos.

⁵³ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 13-VI-1995, Inc. 4-94, Argumentación 1ª. El Salvador.

Respecto a los Derechos Constitucionales que podrían vulnerarse con el funcionamiento de una base de datos de ADN, hablaremos en los siguientes capítulos.

4.2 LEGISLACIÓN SECUNDARIA.

Para la realización de este apartado, se ha estudiado en forma particular el delito de violación regulado en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo antes de pasar a su análisis; también es preciso tener en cuenta que dicho estudio ha abarcado al delito de violación en formal general, sin que se haya entrado a estudiar los diferentes delitos relativos a la libertad sexual, esto debido a que por la especificación del tema de investigación, se cree conveniente únicamente el estudio del Art. 158 C.Pr.Pn. Por otra parte también debe aclararse que en la investigación teórica para la realización de este capítulo, se considero conveniente consultar y verificar la incidencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, como parte de la legislación secundaria, sin embargo al igual que los demás delitos contra la libertad sexual, se ha decidido que se abordara a los sujetos tanto pasivos como activos del delito de violación sexual de manera generalizada, tocando los puntos bases para el desarrollo del tema.

4.2.1 Código Penal.

El ordenamiento jurídico tutela todos los aspectos de la libertad del ser humano, entre los que se cuenta la libertad sexual. Esta tutela se concreta en el establecimiento de tipos penales como: la violación, otras agresiones sexuales, etc. Los tipos penales de los delitos contra la libertad sexual han sido establecidos a fin de proteger a la persona, evitando que se vea inmiscuida sin su consentimiento en determinadas actividades sexuales, es decir, protegen su libre

disposición sexual. Estos los desarrolla nuestro Código Penal en Título IV, Delitos Contra La Libertad Sexual, Capítulo I, De La Violación Y Otras Agresiones Sexuales, de los cuales nos enfocaremos en el Art. 158, que regula el delito de violación, el que textualmente dice:

Art. 158.- “El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años”.

Al anterior artículo comenta el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla que: “La conducta típica de la violación consiste en tener el acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, mediante violencia. El término acceso, denota en su significado literal, entrada, acceso, penetración y por ello se debe entender como acceso carnal el acoplamiento del órgano genital masculino en cualquiera de la vía vaginal o anal de otra persona. La violencia a la que se refiere la conducta típica incluye la intimidación y dicha violencia empleada debe ser ejercida para lograr la realización del acceso carnal”.⁵⁴

Por otra parte, respecto al delito violación sexual que se comenta, vale la pena mencionar que en nuestro país la investigación de estos tiende a ser compleja, dado que aun con la tecnología con que cuenta el mundo actualmente, nuestras herramientas se encuentran cortas, tan es así, que en caso de los análisis de ADN, hasta la fecha, ha sido mínima la inversión que se ha hecho respecto al tema, y aunque se han presentado avances, aun no se cuenta con la base de datos; no obstante, que no esta lejana la creación de la misma, dado que el nuevo Código Procesal Penal que entrara en

⁵⁴ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE LA LIBERTAD; Nueva San Salvador, a las ocho horas y quince minutos del día quince de mayo de dos mil uno. P0401-54-2001.

vigencia este año, vuelve necesaria el funcionamiento de la misma, a partir de la regulación de la prueba de ADN en su texto.

A lo antes mencionado debemos abonar que a diferencia de otras muestras como el tipo de sangre, las huellas dactilares, etc., tomadas en la escena del delito, la extracción del ADN del agresor nos hace tener la identificación exacta del individuo, tan es así, que dentro de las ventajas del análisis de los indicios biológicos encontrados en la escena de la violación sexual o la misma víctima, es posible llegar a identificar personas a partir de indicios mínimos, además de poder obtener información a pesar de haber pasado mucho tiempo después de haber sido depositados, por ejemplo: el semen alojado en las enciúllas, cuando se ha forzado a la víctima a tener distintos tipos de contactos, y se deja algún rastro de este dentro de la boca.

Otra ventaja mas es que cuando una persona ha sido víctima de un delito, sufren de lo que en medicina se denomina “trauma pos-violación”, que consiste en la agresión moral que sufrió la víctima por parte del victimario, y que en la mayoría de los casos, lleva a que se pierdan muchos indicios, sobre todos aquellos alojados en la misma víctima, como muestras de semen, sangre, rasgos de piel, etc., puesto que la víctima busca con la limpieza física, olvidar y dejar de sentir la sensación del momento traumático que sufrió, sin embargo, el ADN tiene la capacidad de conservarse por mucho tiempo a pesar de tales circunstancias, aunque implica una búsqueda mas minuciosa de los indicios por parte del medico forense que ayude en la investigación.

Por todo lo expuesto anteriormente, es que creemos que la necesidad de creación de una base de ADN, ya no está en discusión. Todos los días en el mundo se resuelven cientos de casos mediante ADN. De hecho en

nuestro país la técnica forense del ADN es una herramienta fundamental y reconocida, aunque poco utilizada por los motivos que ya se explico anteriormente (económicos, sociales, culturales, etc.), utilizada tanto para esclarecer y prevenir delitos, como para recuperar la identidad a personas y niños, facilitando también la identificación del paradero de personas extraviadas o desaparecidas. Hoy en día incluso se contempla el uso del banco de datos genéticos para identificar restos cadavéricos y esclarecer actos terroristas, sin dejar de lado el esclarecimiento de la autoría en los delitos de violación sexual.

4.2.2 Código Procesal Penal.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico el juez juega un papel sumamente importante tanto en la investigación de los delitos, como en el desarrollo del proceso penal, es por ello que en este apartado abordaremos los artículos del Código Procesal Penal que faculta al juez para iniciar investigaciones genéticas en criminalística. Por otra parte creemos que es de igual importancia abordar los artículos del nuevo Código Procesal Penal que se espera entre en vigencia en el presente año, en donde el legislador ha considerado algunas variantes respecto a los lineamientos de investigación, y que en gran medida, vienen a ser un aporte a nuestra propuesta. Iniciemos entonces con lo regulado con la inspección del lugar del hecho:

La inspección del lugar del hecho así como la reconstrucción del mismo es facultad del Ministerio Público, es por ello que el Art. 163 del cuerpo legal vigente en estudio nos dice que: “La Policía comprobará, mediante la inspección de lugares, personas o cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiere dejado”.

Es aquí en donde toma importancia la protección de la escena del delito, así como la cadena de custodia de la que hablamos en el capítulo II de esta tesis, dado que los indicios encontrados, son la base para una investigación efectiva, así mismo en el delito de violación sexual, en donde toma relevancia tanto los indicios encontrados en el lugar de los hechos como en la víctima misma.

No obstante lo anterior, en el caso del delito de violación sexual, es más difícil la contaminación los indicios alojados en la víctima, siempre y cuando se tenga el debido cuidado tanto para extraerlos como para transportarlos para su análisis; en la escena del delito es imprescindible recoger toda clase de evidencias sobre la cual pueda encontrarse un indicio biológico, que pueda ser útil para ser examinado, por medio de la técnica del ADN, y de esta manera establecer la presencia de un sospechoso en el sitio del delito.

Respecto a la inspección del lugar, el artículo 164 agrega que: “Cuando el delito por su propia naturaleza dejare señales o pruebas materiales de su perpetración, la policía deberá hacer una inspección en el lugar en que hubiere ocurrido el hecho, consignando en el acta el lugar, la descripción detallada de rastros, huellas, el estado de las cosas y demás efectos materiales que el hecho hubiere dejado; y cuando fuere posible, recogerá y conservará los elementos probatorios útiles a la investigación, dejando constancia de ello en el acta.

Si en el acto de la inspección estuviere presente el Fiscal asignado al caso, tomará a su cargo la dirección de la inspección.

El acta será firmada por todos los sujetos que intervinieron en la práctica de la inspección, bajo esas formalidades podrá ser incorporado por su lectura al juicio.”

En el delito de violación los indicios tienden a ser comunes en la mayoría de casos, tan es así que ante la posibilidad de que exista tal delito se busca tanto en la víctima como en el lugar del hecho, muestras de semen, sangre, incluso saliva, con el afán de lograr descifrar la identidad del presunto agresor, todo ello a partir de patrones comunes presentados por aquellos individuos que han sido sujetos activos en estos delitos, así por ejemplo: según el FBI, aquellos violadores que utilizan preservativos, lo tiran en un radio de 500 metros en la mayor parte de los casos.

Por otra parte, en el nuevo código esta disposición se encuentra regulada en el Art. 180, recogiendo en un solo artículo lo dispuesto en los Arts. 163 y 164, sin considerarse ninguna variante respecto a los lineamientos a seguir al momento de realizar la inspección en la investigación de un delito, más que ya no se regula que "...esas formalidades podrá ser incorporado por su lectura al juicio".

Respecto al análisis del ADN, El Código Procesal Penal vigente da la pauta para pueda ser realizada en algunos casos, como parte de las diligencias de investigación de los delitos, es así que el Art. 167 respecto a la Inspección y Pericias Corporales, nos dice: "Si en el curso de una investigación ya iniciada el Fiscal estima necesario realizar una inspección en el cuerpo del imputado, someterlo a la extracción de muestras de sangre u otros fluidos corporales, ponerse o quitarse ropa u otros medios de prueba útiles para la investigación, por presumir que puedan existir elementos de prueba o indicios, solicitará autorización al Juez para realizarla mediante el mecanismo previsto en este Código para los actos definitivos e irreproducibles.

Si el Juez considera que el acto es procedente lo realizará, aún sin el consentimiento del imputado, velando por el respeto a su dignidad y su salud, con el auxilio de peritos, en su caso.

Todo lo acontecido durante la realización del acto deberá constar en acta, la cual será firmada por todos los sujetos que intervinieron en la práctica de la inspección”.

A pesar que el anterior artículo puede ser una limitante jurídica a la creación y funcionamiento de la base de datos de ADN, es aquí donde el legislador faculta al juez para iniciar investigaciones genéticas para esclarecer un hecho ilícito; y dentro de las pruebas que menciona el primer inciso del artículo, se encuentra el análisis de ADN al imputado, sin embargo, como garantía para el mismo imputado, para la realización de pruebas como esta, el ordenamiento jurídico regula que deberá hacerse con orden el juez, siempre y cuando él considere sea necesario y procedente según el caso.

Por otra parte a partir de una muestra insignificante de cualquier fluido o tejido humano, incluso a partir de un simple cabello, puede realizarse la prueba de ADN, la cual va adquiriendo una enorme importancia para la investigación criminal. Con ella se pretende comprobar si los rasgos biológicos encontrados en la escena del delito (pelos, saliva, semen, fluidos, etc.), corresponden o no al imputado. Se trata de una forma de comparación analítica, similar a la utilizada en la prueba de huellas dactilares o la prueba de grafotécnica, en las que existe siempre un indicio indubitado (documento,

huella, esperma, etc.) y otro dubitado (documento, huella, esperma, etc.),debiendo el perito determinar si existe o no identidad entre ellos.⁵⁵

Sin embargo sin una base de datos de ADN, la tecnología de ADN deja de ser una herramienta de investigación efectiva. Es cierto que el análisis de ADN por si solo ya contribuye a esclarecer casos judiciales y policiales. Pero con una base de datos, los procesos de investigación se vuelven más efectivos y eficaces. Y en especial se estaría contribuyendo de manera comprobada a una prevención del delito, inigualable hasta la fecha, y se facilitaría un trabajo de colaboración y coordinación con otras jurisdicciones provinciales e internacionales, que ya cuentan con esta herramienta. Por ej., el 27 de mayo del 2005 se firmó el Convenio Prüm (Alemania) por el que 27 países de la Unión Europea se comprometieron al intercambio de información.

A diferencia de nuestra legislación procesal penal actual, el nuevo código incluye en esta disposición ya no solo al imputado, sino a la población en general, regulando en el Art. 199 que “El fiscal, si en el curso de la investigación estima necesario realizar la inspección de una persona, cuando advierta que sobre su cuerpo existen elementos o indicios de prueba, las realizara conforme las disposiciones legales de este código.”

Agrega el segundo inciso que “Que tal diligencia podrá realizarse aun en contra de la voluntad de la persona cuando se trate del investigado y en todo caso respetando su salud y la dignidad, siempre que no implique la intervención de las áreas públicas de las personas, en cuyo caso deberá

⁵⁵ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, CASADO PÉREZ, JOSÉ MARÍA Y OTROS. Código Procesal Penal Comentado. Tomo I. San Salvador, El Salvador. Art. 167. Pag. 594.

solicitarse la autorización judicial. Si fuere necesario, el acto se practicara con auxilio de peritos”.

Podemos notar entonces, que solamente en el caso en que se tenga que hacer una inspección en áreas públicas al imputado se necesitara autorización judicial, de lo contrario el fiscal de acuerdo a su criterio podrá proceder a la realización de estas, como parte de la investigación.

Agrega el nuevo código en su Art. 200 la regulación de las intervenciones corporales, estipulando que: “Cuando resulte necesario tener o extraer del cuerpo de una persona señalada como autor o participe de un hecho delictivo, muestras de fluidos corporales, practicar radiografías o tomografías que permitan identificar objetos en su interior o realizar cualquier otro procedimiento que implique intervenirlo, el fiscal solicitara la autorización del juez competente, cuando este se negare a la realización, caso contrario, procederá a la diligencia en presencia de su defensor, quien deberá acreditar que ha informado las consecuencias de la realización de las mismas.”

Lo anterior resulta una garantía legal para el imputado, puesto que a pesar de que la ley faculta la extracción de fluidos corporales, radiografías, etc., para todo individuo que se encuentre involucrado en la realización de un hecho delictivo, estas solamente podrán hacerse con orden judicial, la cual según el mismo texto del artículo, queda en manos de la decisión del juez del caso. Esta disposición viene a ser un complemento de lo que ya regula el Art. 167 del código procesal vigente.

En cuanto a las operaciones técnicas el actual código regula en el Art. 171 que: “Para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, y en cualquier caso cuando sea conveniente, se podrán ordenar operaciones

técnicas y científicas convenientes, tales como exámenes serológicos, químicos, microscópicos, microfotografía, macrofotografía, pruebas ópticas, biogenéticas, antropométricas, fonográficas, grafoscópicas, electrónicas, acústicas, de rayos X y las demás disponibles por la ciencia y la técnica”.

A lo anterior agrega el nuevo código en el artículo 186, dentro de las operaciones técnicas y científicas que podrán realizarse en la investigación, también están los perfiles genéticos, que entran en la misma categoría de las que anteriormente menciona el artículo.

Finalmente dentro de las regulaciones del nuevo código procesal penal, encontramos el aseguramiento y custodia de los indicios de prueba, y algo de mayor importancia para nuestro estudio, la regulación por medio del Art. 187 de los exámenes de ADN que involucran al imputado:

Art. 184 Aseguramiento y Custodia “Cada objeto y documento incautado en alguna de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores, será asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ellos se hará observando las reglas de cadena de custodia establecidas en este código.

Art. 187. Exámenes de ADN que involucran al imputado “Ante la presencia de fluido corporales, cabellos, bello púbico u otro vestigio que permita determinar datos como la raza o el tipo de sangre en una escena del delito, el fiscal podrá requerir la realización de exámenes de ADN para el levantamiento de perfiles genéticos.

Si se requiere el cotejo de exámenes de ADN, con la información genética de la persona investigada, mediante el acceso a bancos de

espermas y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, el fiscal deberá solicitar al juez la autorización de la diligencia.”

4.3 ESTUDIO DE LA SITUACIÓN LEGISLATIVA DE LA BASE DE DATOS EN NUESTRO PAÍS.

En nuestro ordenamiento jurídico, no hay una regulación expresa acerca de la aplicación forense de los análisis de ADN, y debemos saber que son escasas las iniciativas legislativas al respecto que permiten obtener una idea de las orientaciones futuras, ya que solo en el año de 2007 se ha presentado a la Asamblea Legislativa un anteproyecto de ley respecto al tema para su aprobación y vigencia. (Ver anexo). Dicho anteproyecto constituyo una de las actividades a realizar en ese año, como parte de la memoria de labores de la Comisión Coordinadora del Sector Justicia y de la Unidad Técnica Ejecutiva; esto con el fin de darle cumplimiento al Art. 17, letra “h”, de La Ley Orgánica de La Comisión Coordinadora Del Sector De Justicia Y De La Unidad Técnica Ejecutiva, estas actividades se desarrollaron a través de la implementación de estrategias de coordinación del sector, atribución principal de la comisión coordinadora del sector de justicia como ente rector de la coordinación sectorial y organismo superior de la unidad técnica; el informe se estructuro en una primera parte sobre la naturaleza institucional, una segunda sobre el accionar técnico, una tercera sobre las realizaciones administrativa y una tercera parte sobre la ejecución financiera en que se sustenta el apoyo logístico necesario para el funcionamiento de la UTE.

En vista de eso se finalizó la consultoría para la creación del Instituto de Ciencias Forenses; el documento incluye dos pro-puestas de ley para la

creación del instituto y también para la conformación de un banco de huella genética que fortalezca la investigación de delitos en el país.

Agregado a lo anterior debemos recordar que desde finales de los ochenta se ha venido utilizando la información obtenida del análisis del ADN para identificar y condenar a los responsables de hechos delictivos.

Actualmente gracias a los avances tecnológicos, es posible convertir el código de ADN de una persona, o sea su huella genética, en un algoritmo y almacenarlo en una Base de Datos genéticos que además permite relacionar en segundos el ADN de cualquier persona con todos los incluidos en la Base. Un violador, por ejemplo, puede ser vinculado así con casos anteriores en los que se hayan recogido pruebas. O, aun sin tener un sospechoso, se puede saber si hay un mismo autor detrás de distintos delitos. Lo que antes llevaba semanas, ahora sólo tarda algunas horas.

Ahora bien el perfil ha seguir según el proyecto presentado por la UTE para la implementación de la base de datos de ADN ha sido, el modelo utilizado por la legislación española se nos comunicaba que en España, dentro de un mes, entrará en vigor la Ley que autoriza la creación de una única Base de Datos de ADN para uso policial. Así, para la investigación de determinados delitos, la policía judicial procederá a la toma de muestras del sospechoso.

Además de lo anterior, para la toma de muestras de un sospechoso, que no de su consentimiento, se necesitará autorización judicial. Lo que quiere decir que como te opongas, te arrancarán el pelo o te extraerán

sangre a la fuerza, si el juez lo permite. Este criterio ya había sido introducido en una reforma del Código Penal en español en 2003.

Sólo podrán inscribirse en esta Base de Datos policial los datos que proporcionen, información genética de la identidad de la persona y de su sexo y obtenidos únicamente durante una investigación criminal. No se podrán incluir datos que permitan revelar cualquier otra característica genética o el genoma completo.

No obstante todo lo anterior, no se cuentan con mayores avances en esta materia ya que a criterio de la entidad encargada la consolidación de este proyecto no es viable en nuestro país en vista de la falta de recursos a nivel informático así como la falta de personal capacitado para administrar dicho sistema, todo esto según la información proporciona por la consultoría de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia respecto a la Creación del Instituto de Ciencias Forenses.⁵⁶

4.4 REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO.

El análisis del ADN del ser humano para esclarecer hechos delictivos no es algo nuevo en materia de criminalística; tan es así que a nivel internacional ya existen algunas iniciativas e incluso implementaciones de las bases de datos de ADN en sus sistemas judiciales. Lo que ha permitido resultados positivos y eficaces en las investigaciones criminales en los países en los que ya se esta implementando, dejando en vista que en nuestro país la implementación de tal herramienta no se encuentra lejana, sobre todo cuando

⁵⁶ UNIDAD TÉCNICA EJECUTIVA DEL SECTOR JUSTICIA.. Octubre 2009.

ya se ha tenido iniciativas legales respecto al tema, tal como lo vimos en el apartado anterior.

Es así que en muchos países europeos existe ya legislación sobre la base de datos de ADN en vigor, tales como: Inglaterra (1995), N. Irlanda, Escocia (1996), Holanda, Austria (1997), Alemania, Eslovenia (1997), Noruega, Finlandia (1999), Dinamarca, Suiza, Suecia, Croacia, Bélgica (2000), Francia, Republica Checa (2001), Bélgica, Estonia, Lituania, Eslovaquia, Hungría (2002).

Habría que agregar a todo lo anterior, el actual proyecto de ley en España, Uruguay, Chile y Argentina.

Las diferencias entre las distintas legislaciones europeas son sustanciales. Mientras en el Reino Unido, su implantación es más permisiva y se espera incluir hasta cinco millones de perfiles, para llegar a configurar una base con los análisis de una gran parte de la población, en otros, como Holanda, se incluyen sólo individuos que han cometido un determinado tipo de delitos contra las personas y en Francia solo aquellos condenados por delitos contra la libertad sexual y delitos relacionados.

En los primeros cinco años desde su creación, el 10 de abril de 1995, más de 500 mil perfiles individuales fueron incorporados a la Base Nacional de Datos Genéticos del Forensic Science Service (FSS - Inglaterra). Esta información contribuyó a la resolución de más de 50 mil casos⁵⁷.

⁵⁷ GUILLÉN VÁZQUEZ, MARGARITA. "Base de Datos de ADN con Fines de Investigación Pena; Especial Referencia al Derecho Comparado". Págs. 1991-1993.

Vemos entonces que el tema no es en nada nuevo, y por lo tanto se cuenta con la experiencia e información necesaria para su creación e implementación.

En reconocimiento del poder y efectividad de la tecnología del ADN , es que la Unión Europea recomendó en junio de 1997 y en el 2001, a los países miembros estableciesen no sólo bases de datos forenses compatibles, sino interconectados.

A lo anterior podemos agregar que en 76 países miembros de INTERPOL han implementado o están implementando bases de datos de ADN. Muchos de estos países incluso tienen diferentes base de datos y leyes entres sus estados y provincias o territorios (EJ: Alemania, Austria, Dinamarca, España, Australia, Suecia etc.: Convenio Prüm).

Por otro lado en Estados Unidos el FBI utiliza el sistema CODIS (Índice Codificado de datos de ADN) Combined DNA Index System, creado en 1998, que almacena los datos genéticos de todos los delincuentes peligrosos arrestados. Con su puesta en funcionamiento se logró no sólo capturar a criminales, sino además, liberar a 110 convictos encarcelados injustamente.

En el 2004 se creó el Sistema Nacional de Registros de ADN de La República de Chile.⁵⁸

En Argentina por otro lado, la primera vez que se recurrió al análisis de ADN como parte de una investigación criminal fue en 1986. Ese año una

⁵⁸ AUTOR DESCONOCIDO. Fundamentos para la aprobación del "Proyecto de Ley de Creación de un Registro de Huellas Genéticas Digitalizadas, No Codificantes, para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". Argentina.

joven había sido violada y brutalmente asesinada en una pequeña localidad de Inglaterra. En 1983 se había cometido en la misma localidad un crimen similar, perpetrado de manera muy semejante. El análisis de ADN realizado con muestras de semen recogidas de los cadáveres mostró que el perpetrador era el mismo, pero su comparación con el perfil genético del único sospechoso –que, además, había confesado su culpa– no indicó coincidencia. La prueba, en su estreno judicial, sirvió para probar la inocencia del imputado.

Notablemente, el caso se resolvió mediante un análisis masivo de perfiles genéticos de varones adultos residentes en la zona. En una primera búsqueda, en la que se estudiaron más de 4000 perfiles genéticos, no se encontró a nadie con rasgos coincidentes con los deducidos del semen. Sin embargo, un año después se descubrió que uno de los pobladores, llamado Colin Pitchkord, había eludido la investigación logrando que se analizara la muestra de un amigo en lugar de la suya. Sus características genéticas coincidieron con las derivadas de las muestras de semen obtenidas del cuerpo de las víctimas. Pitchkord fue así el primer violador serial identificado por un estudio de ADN, algo que se logró por una búsqueda masiva. No solo se demostró la utilidad del análisis del ADN para la investigación penal, sino que se estableció un precedente para el sistema forense en materia de búsqueda de perfiles genéticos de grupos humanos.

A partir de entonces, la identificación de rastros biológicos mediante el análisis comparativo de ADN se fue incorporando paulatinamente a la investigación penal, hasta convertirse hoy en una herramienta forense de rutina. En los días que corren, no es poco frecuente que se haga referencia a este tipo de investigación en novelas y películas policiales, así como en series de televisión. Es conocido por la mayoría que, a partir de los rastros

biológicos, es posible llegar al individuo que los generó. Sin embargo, si no se tiene en archivo el perfil genético del individuo en cuestión, no es posible identificarlo, excepto que se dé con él mediante un relevamiento masivo o dirigido de sospechosos. Algo parecido ocurre con una huella dactilar: se la podrá encontrar en la escena de un crimen, pero no se sabrá a quién corresponde si no se encuentra una coincidente e identificada en un archivo, o se da con el individuo buscado tomando las huellas de los sospechosos.

A excepción de situaciones de incesto, en la mayoría de los delitos sexuales la víctima no conoce al atacante, lo que hace muy difícil su identificación. En tales circunstancias, la prueba de ADN resulta una herramienta importante, porque, por lo general, existen rastros, como el semen, directamente vinculados con el hecho que se investiga. Pero localizar al agresor es una ardua tarea que no siempre logra su objetivo.⁵⁹

Un caso similar se dio en nuestro país con la muerte del empresario Herber Raúl Molina Cromeyer, en Agosto del 2005, el que la prensa denominó “El Caso Cromayer”, en donde gracias a la prueba de ADN, se confirmó que el señor Cromayer fue asesinado, la muestra de ADN extraída fue enviada a España, para que ahí fuera practicado el análisis, y los resultados devueltos, dieron como respuesta la comisión de un asesinato. A pesar de que el análisis de ADN, ya ha sido practicada repetidas veces en nuestro país, aun no se cuenta con el equipo especializado para llevar a cabo el análisis, y en nuestro país, solamente existe un medico forense especializado en ADN, volviéndose esto en una limitante mas para la practica de las pruebas en

⁵⁹ LOJO, MARIA MERCEDES, Dirección General de Asesorías Periciales. “Base de datos de ADN, Instrumentos Indispensables para la Justicia Penal”. Suprema Corte de Justicia, Provincia, Buenos Aires. Abril-Mayo 2007.

todos los delitos, puesto que también implica una inversión económica, lo que trataremos en su momento oportuno en el capítulo V.

CAPITULO V

CRITERIOS A ADOPTAR EN LA REGULACION DE LA BASE DE DATOS DE ADN.

5.1 INTRODUCCIÓN.

Los avances en tecnología de ADN y el descubrimiento de los polimorfismos de ADN abrieron la posibilidad científica y técnica de realizar bases de datos con fines de investigación criminal. Exponemos ahora la problemática jurídica derivada de esa posibilidad.

La realización de la prueba de ADN conlleva en la práctica, hoy por hoy, la creación de tres tipos de archivos desde el punto de vista material, cada uno de los cuales plantea cuestiones diferentes. Por un lado el archivo formado por los vestigios encontrados, en segundo lugar el formado por las muestras extraídas de estos vestigios para proceder a los análisis y por último los resultados de dicho análisis que configuran una base de datos en cuanto son susceptibles de tratamiento automatizado⁶⁰. Estos archivos y bases se configuran sin sometimiento a una norma expresa, por el mero hecho de que no se destruyen, ni los vestigios encontrados, ni las muestras utilizadas para los análisis, ni el resultado de los mismos.

60 GILL, P., URQUHART, A., MILLICAN, E., OLROYD, N., WATSON, S., SPARKES, R., AND KIMPTON, C.P., "Criminal Intelligence Databases and Interpretation of STRs", *Advances in Forensic Haemogenetics 6*, (ed. Carracedo, A., Brinkmann, B., Bär, W.,) ed. Springer, Verlag- Berlin-Heidelberg, 1996, pp. 235 y ss.

5.2 SISTEMAS POSIBLES EN EL PLANTEAMIENTO DE UNA LEGISLACIÓN SOBRE LA MATERIA

Se ponderan a la hora de llevar a cabo una legislación sobre las bases de ADN dos criterios: el de la eficacia en la investigación criminal aprovechando las posibilidades que confieren los avances científicos, frente a la protección del individuo en su restricción de derechos, en definitiva, el interés general frente al individual⁶¹.

Basta con el repaso realizado anteriormente respecto a las resoluciones de nuestros Tribunales a la hora de examinar la prueba biológica en un supuesto determinado, las condiciones exigidas para su práctica en un delito concreto, los principios que deben inspirarla, el desconocimiento de los elementos científicos necesarios, la problemática sobre el consentimiento, sobre la proporcionalidad de los medios empleados para deducir la cautela con que habrá que abordar una posible legislación sobre la elaboración de una base de datos de ADN con fines de investigación criminal sin incurrir en posibles declaraciones de inconstitucionalidad.

Podemos hablar de tres grupos de legislaciones al respecto⁶²:

- Sistema basado en un análisis lo mas amplio posible de la población y conservación de los análisis de todos los vestigios encontrados en la escena del crimen.
- Sistema basado únicamente en la toma de muestras para un catalogo

61 GUILLEN VASQUEZ, MARGARITA. "Base de datos de ADN con fines de investigacion penal" Centro de estudios Juridicos, Madrid España, 2004 pp 1990

62 Idem pp 1992

determinado de delitos y el archivo de las mismas.

- Sistema basado únicamente en la utilización del análisis genético para un caso concreto, y procedente de un individuo al que se conozca un determinado grado de vinculación con el delito cuya investigación se esté llevando a cabo y comparación con los vestigios que en esa concreta investigación hayan sido recogidos.

Las diferencias legislativas entre estos sistemas versan sobre todo en lo relativo a la obligatoriedad o no de prestarse a la toma de la muestra, necesidad de una resolución judicial para ello, y grado de vinculación del individuo con el delito que se investiga, distinguiendo según se lleve a cabo para una investigación determinada o para su posible ulterior utilización en un archivo de resultados de las pruebas de ADN⁶³

5.3 CRITERIOS A ADOPTAR EN LA REGULACIÓN DE UNA BASE DE DATOS DE ADN.

Hemos de insistir que en nuestro Ordenamiento una ley de bases de datos de ADN deberá establecer con carácter previo la posibilidad de llevar a cabo intervenciones corporales contra la voluntad del sujeto y por tanto su regulación. En cualquier caso de cara a determinar la posible delimitación de una base de datos habría que adoptar una serie de criterios en las siguientes materias:

- a) Tipos de delitos para los que se puede utilizar una posible base de

63 RITTNER, CH., SCHNEIDER, P., SCHOLMERICH, P., ANÁLISIS GENÉTICO Y TERAPIA GÉNICA: Aspectos médicos, sociopolíticos, legales y éticos ediciones Fischer, 1996, Mainz.

datos de ADN en nuestro país. Delimitación objetiva.

- Aspecto subjetivo. Personas cuyo análisis puede ser incluido en una base de datos.
 - Tipos de muestras
4. Tiempos de custodia de datos y muestras (atendiendo a tipo de delito, pena impuesta, etc.).
 5. Modelo de funcionamiento. Organización y gestión.

Pasemos ahora al estudio de estos aspectos.

5.3.1 Delimitación objetiva

No debemos confundir la delimitación a la hora de establecer en qué casos se llevará a cabo el análisis de ADN con fines de investigación criminal en un supuesto concreto y en qué casos dichos análisis podrán conformar una base de datos con fines de investigación criminal.

La delimitación de inclusión en la base de datos, debe ser más restrictiva dada la ausencia *a priori* de conexión entre el individuo que conforma la base de datos y el delito que se va a investigar utilizando la misma.

En este sentido a nuestro criterio se deben utilizar tres variables que justifican la utilidad del archivo: la gravedad delictual, que sean delitos con

alto nivel de reincidencia, y la posibilidad de que en la comisión de ese delito se dejen vestigios biológicos.

5.3.1.1 La gravedad del delito

Esta variable ampara el principio de proporcionalidad desde un punto de vista genérico. Sólo se restringirán los derechos afectados en el caso de delitos de determinada gravedad. La gravedad delictual es en general aceptada por los ordenamientos jurídicos europeos como criterio delimitador. Los perfiles de ADN que pasan a conformar la base de datos proceden de delitos que llevan aparejadas penas de determinada entidad.

Para citar algunos ejemplos de aplicación y viabilidad de esta variable podemos mencionar: En la legislación inglesa se incluye el análisis de aquellos que cometieran «any recordable offence», mientras que la legislación holandesa a partir de la reforma del Dutch Code of Criminal Procedure que entró en vigor el 1 de septiembre de 1994, se establece la realización de la prueba sin mediar el consentimiento del sospechoso, previa autorización, mediante resolución motivada, del «Investigating Judge»⁶⁴, únicamente para delitos castigados con penas de ocho o más años y en determinados casos como agresiones sexuales y graves malos tratos, cuando estas conductas conlleven penas de al menos seis años de prisión siendo recientemente ampliada para delitos que conlleven al menos cuatro años de prisión

64 JASSEN, H. J. T., KLOOSTERMAN, A. D., "Legislacion de ADN en Holanda" Avances en Genética forense , ediciones. Carracedo A., 1996, pp. 686 y ss.

5.3.1.2 El grado de reincidencia

La base de datos justifica su realización únicamente en cuanto el autor de un delito pueda volver a incurrir en una conducta similar, o si puede estar, y por tanto si estuvo implicado en alguna ocasión en un hecho delictivo, y se procedió al análisis de su ADN y el perfil resultante pasó a formar parte del archivo.

Esta delimitación tiene especial sentido, si tratamos de la recopilación de datos a posteriori del enjuiciamiento del hecho, pues de cualquier estudio criminológico se deduce que existen determinados delitos en los cuales la reincidencia es mucho mayor, por lo cual se podría justificar la intervención corporal con carácter posterior a la condena, aún cuando esta práctica probatoria no hubiese sido necesaria para la investigación del delito.

En buena política criminológica, el catálogo de estos delitos no puede ni debe ser establecido en base únicamente a un número de años determinado de condena, pues el binomio a mayor condena mayor reincidencia, no siempre se cumple, siendo por ejemplo, mucho más habitual la reincidencia en delitos contra la libertad sexual que en los delitos contra la vida.

5.3.1.3 El hallazgo frecuente de vestigios biológicos

La tercera variable que se debe tener en cuenta para que una base de datos de ADN sea eficaz es que se conforme sobre hechos delictivos en los que sea probable encontrar vestigios biológicos susceptibles de análisis. Así por ejemplo no tiene sentido prever el archivo de análisis de ADN procedente de los condenados por delitos de los denominados «económicos» por muy alto que sea el grado de reincidencia o muy elevada que sea la pena y sin

perjuicio de la utilización en una investigación concreta también en este tipo de delitos. Consideramos por tanto, que las tres variables tienen que ser tenidas en cuenta, y que no basta con establecer únicamente criterios en función de la gravedad de la pena, pues de este modo se incluirían perfiles de ADN sin ninguna utilidad en la base de datos y se restringirían derechos individuales sin razón de necesidad para ello.

5.3.2 Delimitación subjetiva. Personas cuyos perfiles pueden ser incluidos

Es evidente, que a mayor número de perfiles incluidos en una base de datos mayor será su eficacia.

Volvemos, a la hora de determinar a que sujetos incluiremos en la base de datos, al principio de proporcionalidad. Un importante sector de la doctrina considera la proporcionalidad como un principio general del derecho, que en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto, considerando incuestionable, que cualquier intervención judicial, debe estar fundada en una imputación suficiente sin que quepa, por lo tanto, sujetar indiscriminadamente una persona a la práctica de medios de investigación que requieran cualquier tipo de intervención corporal.⁶⁵

Es evidente por tanto, que los requisitos tendrán que ser más restrictivos que los tomados para un caso concreto pues la vinculación al inicio del sujeto con el delito será menor. En la investigación de un caso

65 Gonzalez-Cuellar S. "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal", ed Colex, Madrid, 1990, pp. 101 y ss.

concreto se puede estar a la vinculación de un individuo con el delito. No así en una base de datos en que la vinculación en principio es nula y la inclusión por tanto deberá ser más restrictiva. Es más, la vinculación precisamente nos la dará esta coincidencia de perfiles conseguida gracias a la base de datos.

No hay que olvidar que cualquier archivo de estas características se delimita en base a dos grandes grupos de posibles análisis. Por una parte los análisis de los vestigios encontrados en el lugar del delito, por otra los individuos dentro de los que hay que distinguir la posible inclusión de condenados y sospechosos o imputados. Se propone en base a estos criterios que se incorporen en la base de datos los perfiles de ADN con o sin el consentimiento del afectado en los siguientes supuestos:

5.3.2.1 Condenados por sentencia firme por alguno de los delitos que se enumeraron como conformadores de la base de datos.

En este caso se llevarán a cabo los análisis para determinar el perfil del ADN de los condenados, aún cuando en el curso de la instrucción de la causa no se hubiera requerido dicho análisis.

Si el criterio es la gravedad del delito y el carácter preventivo para evitar la reincidencia parece lógico que se lleven a cabo dichos análisis con independencia de que hubieran sido o no necesarios para la investigación.

Es necesario plantear dicha posibilidad pues de otro modo el imputado que hubiere cometido delitos con anterioridad (por ejemplo una serie de delitos contra la libertad sexual) preferirá llegar a una conformidad en la condena por un delito en que su imputación no esté basada en pruebas

biológicas y de este modo evitar el análisis y cotejo con posibles vestigios de delitos anteriormente cometidos.

Es decir, si se establece el archivo de los análisis de los condenados por una serie de delitos, estos análisis deberán practicarse sin excepción.

Si se ha llevado a cabo a lo largo de la instrucción del procedimiento ya podrán archivar esos resultados una vez que la condena sea firme. Si no ha sido necesario el análisis a lo largo del procedimiento se tomará la muestra y se procederá al análisis igualmente una vez que la sentencia de condena sea firme.

5.3.2.2 Imputados mediante resolución judicial

En el curso de una Instrucción por alguno de los delitos posiblemente incluidos dado su grado de gravedad, cuando para la investigación sea necesario el análisis de una muestra procedente del imputado, creemos que sería posible el cotejo del análisis realizado para ese concreto con los perfiles que figuran en la base previa autorización judicial.

Es decir, se podría en la investigación de un delito de los enumerados, solicitar la autorización judicial para que el análisis del sometido a la prueba de ADN en un caso concreto se coteje con el archivo correspondiente de los vestigios encontrados en distintas escenas delictivas.⁶⁶

Igualmente y de no pedirlo la Policía o el Fiscal podría acordarse por parte del Juez Instructor de modo preceptivo una vez alcanzado la condición

66 GUILLEN VASQUEZ, MARGARITA Op Cit pp 1998

de imputado o procesado, siempre dentro del ámbito del catálogo de delitos determinados.

Ello no conlleva que este resultado pase a conformar el archivo antes de una sentencia condenatoria, pero sí que en caso de que una persona se encuentre imputada judicialmente por estos delitos pueda investigarse a través de la base de datos de ADN si participó en hechos similares.

Para ello habrá de ser notificado de tal posibilidad y es por ello que se trata de extender una sospecha a otros delitos por lo que consideramos que debe ser limitada a los delitos más graves y con una posible existencia de vestigios biológicos, para de este modo esclarecer delitos «en serie».

Si para un caso concreto se debe exigir para la realización de la prueba la condición de imputado, con mayor razón tal condición deberá ser premisa si pretendemos cotejar el análisis de la persona imputada con los análisis de los vestigios que se encuentren en una base de datos.

Las diferencias en este punto en derecho comparado son importantes.

Así la base de datos estadounidense no admite inclusión de análisis de sospechosos, ni policiales ni judiciales, situación distinta a la del Reino Unido donde si el sospechoso policial se negase a la práctica de la prueba, el Fiscal o los funcionarios de la Policía Judicial podrán solicitar autorización para la toma de la muestra, e inclusión en la base de datos, de la misma forma que la establecida en el supuesto de la negativa de los condenados⁶⁷.

En la regulación que pretendemos en caso de que el imputado fuese absuelto, el asunto fuese sobreeséido antes de llegar a juicio, o el imputado

67 Idem pp 1999

fuese condenado por otro delito distinto de los enumerados, no podrá introducirse el resultado en la base de datos.

5.3.2.3 Inclusión de personas que voluntariamente quisieran formar parte de la base de datos con fines de investigación penal.

Cabe la posibilidad de plantear si es posible pasar a formar parte de la base de datos de modo voluntario.

En principio podría parecer pausable dicha posibilidad y así lo han considerado distintos ordenamientos⁶⁸.

Hay que tener en cuenta que en un caso concreto un individuo sí puede solicitar que su perfil se coteje con los vestigios que conformen el archivo para comprobar si ha intervenido en algún hecho delictivo no esclarecido. Ello no implicaría que pasase a conformar parte de la base de datos y la muestra utilizada, una vez comprobada dicha «no intervención» debería ser destruida. Pero pasar a formar parte de una base de datos por propia voluntad sin estar implicado en ningún procedimiento consideramos que conlleva más inconvenientes que beneficios.

En primer lugar un evidente coste económico y de gestión si pensamos en una participación masiva de voluntarios que no tuviesen nada que ver con un procedimiento judicial. El económico no es un tema menor. Pensemos que además existe una base de datos de desaparecidos, con mayor o menor acierto, pero que para poder ser conformada ha sido y es sufragada por

68 PRIMOROSA, CHIERI Y OTRO. "Prueba de ADN". 2ª Edición Editorial Astrea Buenos Aires, Argentina. pp 175

entidades privadas pese a que el organismo responsable de la misma es la Policía Nacional Civil y el interés de hallazgo de personas desaparecidas excede evidentemente del meramente particular de los familiares, por lo que el coste debería ser asumido por el Estado.

Si por el contrario aceptamos la posibilidad de que el análisis de un individuo íntegro, de modo voluntario y permanente, dicha base, tenemos que partir de la premisa de que dicho perfil se asemeja al de sus familiares y por tanto está proporcionando información, aún cuando sea meramente identificativa de sus consanguíneos que en absoluto deseaban en el legítimo ejercicio de su autodeterminación informativa formar parte de dicho archivo. Además hay que tener en cuenta que se quebranta el consentimiento informado, en el caso de los familiares pueden no tener conocimiento de esa supuesta colaboración voluntaria del familiar y por tanto no tener conocimiento de que un perfil semejante al suyo forma parte de un archivo de ADN con fines de investigación criminal.

5.3.2.4 Víctimas

Podría ser interesante llevar a cabo un archivo del perfil de ADN de las víctimas por posibles hallazgos de su propio perfil en el entorno de un posible sospechoso, perfil que puede no encontrarse en la investigación del mismo delito que se cometió contra aquella. En este caso, deberá llevarse a cabo una solicitud a la misma, si la víctima es una persona viva y si no tenemos vestigios de la escena del delito. En el caso poco probable de oponerse, se le informará de que además de perjudicado tiene la condición de testigo con las consecuencias que ello conlleva, pero nos parece desproporcionado someterla forzosamente a la práctica de la prueba si no fuese su voluntad

tanto en un caso concreto como en el supuesto de su posible introducción en un archivo. En el caso concreto además puede ser necesario en el caso de muestras con mezcla de ADN (pensemos por ejemplo en manchas de sangre que pueden tener mezcla de autor y víctima). En caso de llegar a conformar un índice de víctimas de los delitos enumerados, desde luego no se podrá utilizar para a su vez averiguar si pueden estar implicadas en la comisión de algún hecho delictivo sino únicamente para esclarecer el delito en el que se vieron involucradas como perjudicadas.

5.4 TIEMPO DE CONSERVACIÓN DE LAS MUESTRAS Y DE LOS RESULTADOS DE LOS ANÁLISIS

Como exponíamos con anterioridad tres son los elementos objetivos fundamentales susceptibles de conllevar información genética. Por un lado los vestigios encontrados en relación a la comisión del delito, por otro las muestras extraídas de dichos vestigios para su análisis, y por último el perfil resultante de dicho análisis. La cuestión ahora es el tiempo que debemos conservar dicha muestras, los vestigios y la información.

Distintos son los criterios adoptados en Derecho Comparado. Así en el caso de los datos relativos a personas determinadas, doctrinal y legalmente nos encontramos con: archivos por tiempo indefinido, mientras viva la persona, mientras esté cumpliendo condena, mientras el delito no prescriba, en función de la edad de la persona o durante un plazo objetivo.⁶⁹

69 LORENTE, J. A., «Identificación genética criminal: Importancia médico legal de las Bases de Datos de ADN» *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, pág 17.

En lo relativo a los análisis procedentes de los vestigios también podemos adoptar distintos criterios: durante un plazo prefijado, hasta que no prescriba el delito que dio lugar a su recogida, o mientras no se resuelva al caso (lo cual puede dar lugar a una permanencia indefinida).

La legislación al efecto a nivel internacional es heterogénea. En general los ordenamientos jurídicos europeos establecen un tiempo tras el cual se eliminan las muestras y los resultados. Este período suele ser un tiempo determinado. En otros casos no se prevé su eliminación por el transcurso del tiempo.⁷⁰

Sospechosos cuando son absueltos	Alemania, Finlandia, Austria, Hungría, Suiza. Dinamarca, 10 años después de la absolución o si la acusación fue retirada.
Condenados; transcurso de un número determinado de años. entre 5-40 según los países	Suiza, Alemania, Dinamarca, Holanda, Bélgica, Hungría Suecia Francia. Eslovenia depende de la gravedad del delito
Nunca son eliminados	Inglaterra incluso ni los sospechosos absueltos. Austria, Finlandia, Noruega y Croacia respecto a los condenados.

Fig 1. Criterio y tiempo de permanencia de las inclusiones

5.4.1 Tiempo de permanencia de los vestigios y de las muestras.

Parece lógico establecer la eliminación de los análisis de los vestigios una vez prescriba el delito cuya investigación dio origen a la recogida, o la práctica del análisis, es decir, una vez transcurra el tiempo durante el cual, de aparecer el autor del delito se pueda proceder contra el mismo.⁷¹

70 GUILLEN VASQUEZ, MARGARITA. "Base de datos de ADN con Fines de Investigación Penal" Centro de estudios Jurídicos, Madrid España, 2004 pp 2002

71 Ibid.

No obstante lo anterior, si este análisis hubiese a su vez coincidido con el análisis de otro vestigio en la base de datos es decir que existen indicios por ello, de que el mismo autor cometió delitos distintos en distintos lugares dejando vestigios podrán no eliminarse pese a la prescripción de uno de ellos y hasta que prescribiese el delito que dio lugar a la última recogida, pues podríamos estar ante una continuidad o conexidad delictiva o en cualquier caso los datos que tuviéramos en un procedimiento podría ayudar a esclarecer el resto en caso de delitos en serie.

Hay que pensar que en estos supuestos lo que realmente se conservará es la muestra extraída del vestigio y el resultado del análisis de dicha muestra. Pues en muchos casos el soporte material del vestigio tendrá que ser devuelto al procedimiento como pieza de convicción (por ejemplo un cuchillo) con la correspondiente manipulación. Sería lo deseable que el contraanálisis para que gozase de toda su virtualidad se llevase a cabo de ser posible desde la extracción de la muestra del vestigio, pero es posible que por distintos motivos de contaminación y deterioro sólo puede llevarse a cabo a partir de la muestra base.

5.4.2 Tiempo de permanencia de los análisis procedentes de personas determinadas.

En lo referente al tiempo de permanencia del análisis de las personas condenadas y cuyo perfil se encuentra incluido en la base de datos creemos que para proceder a la eliminación debe haber extinguido su responsabilidad penal pero además consideramos oportuno que transcurra un período de tiempo a mayores de un modo similar a lo establecido con la cancelación de

los antecedentes penales sistema que además consideramos coherente en buena política criminológica.

Transcurridos estos plazos, bien a instancia del interesado, del Fiscal o de oficio se podría cancelar esta entrada de su perfil en la base de datos. Todo ello sin perjuicio de ulteriores condenas, que iniciarían lógicamente el cómputo del plazo.

Desde luego y pese a las dificultades materiales que pueda llevar el sistema anterior lo consideramos más ajustado a Derecho que condicionar al transcurso de un tiempo objetivo desvinculado del cumplimiento o no de la pena y de la gravedad del propio delito cometido.⁷²

Otra posibilidad utilizada por las distintas legislaciones es la supresión de los perfiles correspondientes a personas cuando hubiesen fallecido. El artículo 98 del Código Penal vigente establece: «*La muerte del condenado extingue la pena impuesta, incluso la multa no satisfecha*»

Es evidente que una vez fallecido no se procede a su condena por lo cual no tiene ningún sentido su permanencia en la base de datos. Sin embargo y antes de su eliminación procedería un cotejo con el archivo de los perfiles de vestigios pues aunque no procedería declarar la responsabilidad criminal si coincidiese con un vestigio de un delito no esclarecido podría plantearse el Juez Instructor cesar en la investigación y sobreseer la causa.⁷³

72 ANDRADAS, J. La prueba del ADN en Medicina Forense, Ediciones Masson, Barcelona, 1999, p. 201.

73 GUILLEN VASQUEZ, MARGARITA. "Base de datos de ADN con fines de investigación penal" pp 2004

5.5 MODELO DE FUNCIONAMIENTO. ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LA BASE DE DATOS.

En lo relativo a la organización y gestión de la base de datos de ADN se plantean tres posibles sistemas implantados en distintos países.

- En primer lugar que la base de datos se llevase a cabo en un único laboratorio donde se realizasen todos los análisis a nivel nacional y que este laboratorio se encargase de la custodia del resultado, de las muestras y del tratamiento automatizado. Se trataría de un laboratorio para todo el territorio del Estado de carácter público, mediante un acuerdo con la Universidad de El Salvador, o por un laboratorio estatal de ciencias forenses.

- En segundo lugar una base de datos de la que fueran depositarias las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, basándose en que a ellas se encomienda la investigación de los delitos.

- Por último la posibilidad crear un organismo independiente encargado propiamente de centralizar y del tratamiento automatizado de todos los resultados, poseyendo sistemas informáticos donde se almacenan los datos y la posibilidad de llevar a cabo su consulta y comparación únicamente por personas autorizadas y en momentos determinados. No sería un laboratorio sino propiamente el coordinador rector y gestor únicamente de la base de datos de ADN.

Para adoptar uno u otro criterio hemos de tener en cuenta tres pilares en los que se debe sustentar este archivo:

- La indiscutible conveniencia de que los laboratorios que participen cumplan con los más estrictos estándares de calidad tanto técnicos como procedimentales, de tal manera que se minimice la posibilidad

de un error.

- La necesidad de que las bases de datos tengan un carácter nacional y que por tanto cuenten con la participación de todos los laboratorios acreditados en el área.
- La necesidad de cumplir estrictos criterios de independencia, confidencialidad y respeto a la intimidad.

Se considera el último expuesto, como el más conveniente de los sistemas en base a distintos criterios. Compartir los datos provenientes de los distintos laboratorios indudablemente aumenta la eficacia, teniendo en cuenta la posible movilidad del delincuente o la comisión de delitos en serie.

La prueba de ADN no empieza a realizarse en nuestro país a partir de una regulación jurídica, sino de un alto desarrollo científico que conllevó la admisión de la prueba de ADN para casos concretos con los matices y la problemática que ya hemos puesto de manifiesto. Existen una serie de laboratorios con una alta cualificación que llevan a cabo los análisis de ADN para los Tribunales mas que nada en casos de prueba de paternidad en materia de familia, y no se debe desaprovechar este potencial, sin perjuicio de establecer que se trate de laboratorios que cumplan determinados requisitos. Atribuir la base de datos únicamente a Policía Nacional Civil o a la Fiscalía General de la Republica plantearía la problemática de elección entre ellos, incurriríamos en determinadas cuestiones de competencia y se desaprovecharían una serie de medios personales y científicos.

Un organismo público independiente permitiría la participación de todos ellos, deberá ser el encargado de la gestión y control de los resultados de los análisis de los vestigios y de las personas, así como de llevar a cabo las comparaciones que sólo podrán realizarse a instancia de un órgano judicial.

Esta propuesta al parecer, sin menosprecio de las ya analizadas parece ser la más viable y garantizaría al mismo tiempo la custodia y almacenamiento de los vestigios en análisis.

Igualmente las inclusiones se remitirán por el laboratorio previa autorización judicial. Los laboratorios estarán obligados a poner en conocimiento del encargado de esta base de datos, la referencia con la que se archivan las muestras y vestigios y de la que se deja constancia disociando los datos personales que se guardarán en este archivo central.

CAPITULO VI

POSIBLES LIMITANTES ETICAS Y JURIDICAS DE LA BASE DE DATOS.

6.1 LIMITANTES ÉTICAS.

El manejo del material genético resulta crucial a efectos de evitar asimilar arresto o detención a culpabilidad. En julio de 1989, ante la Comisión Nacional para el Futuro de la Prueba de ADN (constituida a petición del Presidente Bill Clinton e integrada por 19 eminentes especialistas), una ONG se pronunció contra la extensión del CODIS federal (el proyecto de banco de datos de ADN de alcance nacional a todo el territorio de los EE.UU., impulsada por el FBI, del que ya se hablo en el capítulo IV de esta Tesis) a toda persona arrestada, el cual, dicho sea de paso, es uno de los criterios a tomar en cuenta en el funcionamiento de la Base de Datos de ADN en nuestro país, dado que con la creación de la misma, había que analizarse previamente quienes son los individuos que pasaran a pertenecer a este grupo, y si con nuestros recursos humanos y tecnológicos, se lograría un manejo transparente de la base, buscando únicamente contribuir a la investigación de delitos como el de violación sexual.⁷⁴

En consecuencia, asume trascendental papel la definición de aquellas instancias en las que resultaría obligatoria la destrucción de dicho material genético (si se estipulara un tiempo de permanencia), así como igual es importante definir si esta estaría a cargo del estado como ente garante de derechos, y del cumplimiento del ordenamiento jurídico, o seria un ente privado quien se encargaría del manejo de la base.

⁷⁴ http://www.medicinalegal.edu.uy/actividades/archivos/pl_bdadn.pdf

El hoy líder de la Cámara de los Comunes, Jack Straw, neto impulsor de introducir sustanciales modificaciones en las actuales prácticas policiales de Gran Bretaña en lo relativo a la obtención y conservación indefinida de las muestras de DNA, ha ofrecido la garantía adicional de que, cuando la muestra proviene de alguien que la ofrece como parte de un proceso de eliminación de sospechosos de una investigación criminal, la conservación policial solo sería posible si existiera consentimiento expreso del donante. Lo que en nuestro caso debe llamar la atención, puesto que habría que definir según nuestra normativa, la manera en que de legal forma se obtenga la muestra, sobre todo en los casos en los que exista reincidencia en los delitos.⁷⁵

Otra objeción se presenta en cuanto a la ostensible vulneración que la aprobación y aplicación de la normativa propuesta ocasionaría en lo atinente a la inocencia presunta recogida contextualmente en la Constitución de la República. Ello conlleva a que se prejuzgue y, por ende, se asuma la culpabilidad del imputado (sin importar la cantidad de causas penales abiertas) desconociendo que sobre el procesado o sujeto a proceso penal en su contra sigue siendo presuntamente inocente. Lo cual se volvería ya no solo una limitante jurídica (como se tratara en el siguiente numeral de este capítulo), sino también en una limitante ética para el funcionamiento, si las disposiciones que regulen la Base de Datos no es clara en este punto.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión, en todos los casos, sean indagados, imputados, reiterantes o víctimas, solo puede permitirse la obtención consentida, pero nunca la forzada o aprovechando un descuido del sujeto, y solo podrá hacerse una excepción en los casos estrictamente

⁷⁵ Ibid

estipulados por la ley. En caso de obtenerse una muestra sin su consentimiento, se podría llegar a dar un abuso de poder y un exceso que invalida toda la actuación de acuerdo a las garantías reguladas en nuestra Constitución.

Es importante entonces mencionar que el análisis genético obligatorio de la población conlleva cuestiones éticas serias sobre la libertad y la privacidad personal y, por lo tanto, debe de ser de punto de atención al momento de crear el Instituto de Ciencias Forenses, los entes encargados, y las atribuciones asignadas a cada uno dentro del mismo.

Por otra parte, la recogida de material biológico humano y de información asociada, así como las prácticas de almacenamiento y el uso de las muestras en la investigación, requieren hoy en día una especial consideración por cuanto hay importantes aspectos éticos que conciernen tanto a los individuos de los que proceden, como a los profesionales que los manejan, a los investigadores y a la sociedad en general. Las colecciones y bases de datos actuales, salvo excepciones, adolecen de falta de definición, y la mayoría de las instituciones que las albergan no tienen directrices escritas o acuerdos concernientes a esta actividad. Las reglas para intercambiar y compartir información y materiales no son claras y la toma de conciencia de los problemas relacionados con el retorno de beneficios a los sujetos de investigación o a la comunidad en general, es algo reciente, por lo que el desarrollo de protocolos, guías de buena práctica y recomendaciones éticas favorecería el reconocimiento y la confianza de la sociedad en la honestidad de la investigación y en sus fines solidarios.⁷⁶

⁷⁶ http://www.isciii.es/htdocs/centros/enfermedadesraras/pdf/Muestras_rev_Esp_PS1.pdf

En la recogida y almacenamiento de material biológico humano con fines de investigación se debe garantizar la protección de los derechos y el bienestar de los participantes en la investigación, que prevalecerán sobre los intereses de la sociedad y de la ciencia.

Finalmente, y de igual forma es necesario que un banco de datos tenga un espacio físico delimitado, estructura, organización, dirección científica y un reglamento escrito de funcionamiento, con asignación de responsabilidades tanto en lo que concierne a velar por la calidad del mismo, la protección de los datos, el protocolo para la incorporación y la retirada de muestras y el de cesión a investigadores de instituciones externas tanto públicas sin ánimo de lucro, como del sector privado, incluyendo la cesión a investigadores de otros países de acuerdo con posibles regulaciones internacionales si las hubiera y política del banco en general.⁷⁷

6.2 LIMITANTE JURÍDICA.

Consideramos importante hacer referencias a las contrariedades a las que se puede enfrentar la creación de una base de datos de ADN, no solo desde el ámbito ético, sino además del jurídico. Toda nuestras acciones dentro de la vida social esta rodeadas de cuerpos normativos que vinculan nuestro actuar o el no actuar. Así pues pensar en crear un banco de datos que almacené algo tan íntimo como nuestra genética indudablemente se verá en vuelta en discusiones jurídicas, pues como manifiesta el Dr. Rodolfo Herrera Bravo: “El código genético de las personas es único, exclusivo y excluyente, lo que permite identificarlas con certeza, y está presente en todas

⁷⁷ Ibid

sus células, por ínfimo que resulte el material corporal sobre el que se realiza la prueba, debido a que el ADN de todas ellas es el mismo.”

Y agrega:

“el establecimiento de un registro de ADN es una medida limitadora de derechos reconocidos constitucionalmente al interior de una sociedad democrática, y como tal, debe ajustarse estrictamente a ciertas condiciones de aplicación...”

Por nuestra parte queremos hacer notar que no solo se trata de Derechos reconocidos constitucionalmente los que se pueden ver menoscabados, sino de verdaderos Derechos Humanos, que no se restringen al reconocimiento de un Estado, sino que se encuentra imbricados en la esencia de la persona humana. Queremos entonces hacer mención de aquellos derechos que podrían verse vulnerados con la creación de dicha base de datos; no sin antes advertir que lo que pretendemos en este apartado es hacer un estudio de los principales derechos, aunque no sean estos los únicos que puedan verse relacionados.

DERECHO A LA INTIMIDAD:

Dentro de nuestra legislación, y constitucionalmente hablando este Derecho se encuentra regulado y por lo tanto garantizado en el Art. 2 inc. 2 Cn., el cual reza de la siguiente manera:

“Se garantiza el Derecho al Honor, **a la Intimidad Personal** y familiar y al propia imagen”

Antes de proseguir queremos establecer que si bien es cierto el Derecho a la intimidad se ha entendido clásicamente como “El Derecho que todas las personas tienen de que sea respetada su vida íntima, a efectos que nadie pueda entrometerse en la existencia ajena publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en

sus costumbres y perturbando de cualquier otro modo su intimidad”⁷⁸, modernamente este término se ha ampliado incluyendo cualquier información que se refiera a sus datos **personales**, relaciones, **salud**, correo, comunicaciones electrónicas privadas, etc. Añadiremos entonces que no existe nada más íntimo que la información genética, pues retomando lo dicho anteriormente por el Dr. Herrera Bravo: “el código genético de las personas es único, exclusivo y excluyente...”

Así también “El derecho a la intimidad, considera como contenido esencial la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según pautas culturales, para mantener una calidad mínima de vida (...) la intimidad tampoco es sinónimo de privacidad, también ésta de mayor extensión y definida por la Real Academia Española como el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.”

Por otra parte “En cuanto a la integridad física, nos parece ilustrativa la distinción que la jurisprudencia constitucional española realiza al referirse a las diligencias practicables en el curso de un proceso penal, entendidas como actos de investigación o medios de prueba preconstituidos que recaen sobre el cuerpo del imputado o de terceros. El tribunal menciona, por un lado, a las inspecciones y registros corporales, y por el otro, a las intervenciones corporales.”⁷⁹

⁷⁸ OSSORIO, MANUEL, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1992

⁷⁹ HERRERA BRAVO, RODOLFO, Revista Derecho y Tecnología. Número: N°2, Enero/Junio, 2003 Editorial: Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías. Universidad Católica del Táchira. Lugar de Edición: Estado Táchira, Venezuela, 2003 ISSN: 1317-9306

“Las primeras consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, sea para identificar al imputado (a través de huellas dactilares, por ejemplo), sea para determinar las circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (como ocurre con los exámenes ginecológicos), sea para el descubrimiento del objeto del delito (en el caso de inspecciones anales o vaginales), y en principio no afectan el derecho a la integridad física, sino el de la intimidad corporal en la medida en que recaigan sobre partes íntimas del cuerpo.”⁸⁰

“Las segundas —las intervenciones corporales—, se refieren a la extracción de determinados elementos externos o internos del cuerpo, para someterlos a informes periciales (como lo son las biopsias o los análisis de sangre, orina, semen, pelos u otros). En este caso el derecho a la integridad física sí puede ser afectado en la medida en que las intervenciones lesionan o menoscaban el cuerpo, aunque sólo sea externamente. Así, habrá intervenciones leves que no pongan en peligro la salud de la persona afectada ni le causen sufrimientos (como ocurre con la extracción de pelo), e intervenciones graves, cuando el grado de sacrificio que imponen a la integridad física si lo haga (como en el caso de extracción de líquido cefalorraquídeo u otras)”⁸¹

“En esa línea, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia N^o 207, de 1996, advierte que las intervenciones corporales pueden conllevar una injerencia adicional en este ámbito de protección de la intimidad personal, en razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar. En el caso que trata la sentencia, cuyo conflicto surgió a

⁸⁰ Ibid

⁸¹ Ibid

propósito de una extracción de pelos realizada para descubrir el consumo de drogas, el tribunal sostuvo que ese hecho en sí mismo pese a no estar sancionado, de ser conocido públicamente provocaría un juicio de valor que haría merecedor a la persona de un reproche de la comunidad, por lo que la publicidad del resultado pericial afectaría el contenido esencial del derecho a la intimidad personal.”⁸²

“Sin embargo, debemos precisar que aunque compartimos la distinción apreciada por esa autoridad, discrepamos de su conclusión, porque lamentablemente confunde el derecho a la intimidad con el derecho al honor, el cual se establece para garantizar el respeto de la reputación y buen nombre, en una relación de alteridad que no se precisa para el caso de la intimidad.”⁸³

“En consecuencia, cuando se establezcan medidas limitadoras y éstas tengan que respetar el contenido esencial de la intimidad y la integridad física, será necesario diferenciar tales derechos, pese a sus cercanías, toda vez que el bien jurídico de la intimidad corporal parece ser el pudor, determinado sobre la base de criterios sociológicos, atendiendo al sentimiento dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, dado que no todo el cuerpo humano se ve protegido por la intimidad corporal y al hecho de que no resultan indiferentes los medios utilizados para llevar a cabo la inspección o intervención corporal. La integridad física, en cambio, puede ser más amplia que la intimidad corporal, si las partes del cuerpo afectadas

⁸² Ibid

⁸³ Ibid

exceden del ámbito protegido por el pudor o recato o los medios utilizados no resultan agresivos.”⁸⁴

“A lo anterior se agrega que La distinción entre el quebranto que de la intimidad se puede llevar a cabo en una intervención corporal como tal y el quebranto producido por la información que arroje el análisis de la muestra corporal, se refleja por el Tribunal Constitucional en la sentencia 207/96, en España, 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”.⁸⁵

“Ahora bien, conviene distinguir el acto de la toma de muestras en sí y el análisis de los datos que genéticamente encierra la muestra. En el acto en sí de la toma de muestras lo que se ve afectado es la intimidad corporal en su caso. La intimidad personal sólo se verá afectada cuando lo que se autorice sea el conocimiento, por medio del análisis, de extremos innecesarios para la investigación penal. Esto último no tiene nada que ver con la intervención corporal.”⁸⁶

⁸⁴ Ibid

⁸⁵ HERRERO, FERNANDO - TEJEDOR ALRGAR, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, Conferencia: “Intervenciones Corporales: Jurisprudencia Constitucional”, España, 2004.

⁸⁶ Ibidem.

DERECHO A NO DECLARAR, A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE:

De este derecho nos habla el Art. 12 de nuestra constitución en su inciso 2º, al decir que: “La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, **no pudiendo ser obligada a declarar**. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca”.

Respecto a este derecho la Jurisprudencia Española ha sido constante en señalar que este derecho fundamental no se ve afectado en modo alguno por el hecho de que se solicite o compela al sospechoso a entregar una muestra corporal para el análisis de ADN a los fines del procedimiento.

Sobre lo mismo la Sentencia del Tribunal Constitucional (de aquí en adelante llamado STC) 161/97⁸⁷, recaída con ocasión de las pruebas de alcoholemia, limita la eficacia de tal derecho a las declaraciones o testimonios que se prestan en el curso del procedimiento que tengan un contenido directamente incriminatorio, al señalar: “Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino

⁸⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 161/1997.” La constitucionalidad del artículo 380 del Código Penal : criminalización de la negativa al Test de Alcoholemia”. 2 de Octubre de 1997. España.

simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente (...) su propia imputación penal o administrativa, ya que, según se dijo en la STC 76/1990 respecto de la obligación de exhibir o aportar determinados documentos contables, con ello quien se ve sometido a esas pruebas no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad (...). De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por el contrario, la obligación de soportarlas”.

En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996 (caso Saunders versus Reino Unido), en su párrafo 69 afirma que el derecho a guardar silencio no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se hayan podido obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos y cita, entre otras, las tomas de aliento, de sangre y de orina.⁸⁸

En esa línea, cabe concluir que cuando se requiere al sospechoso a que consienta la obtención de sus huellas dactilares o de un análisis de ADN, no se le está exigiendo una declaración autoincriminatoria, sino tan sólo la

⁸⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. “Derecho a La No Autoincriminacion en Materia Tributaria. 17 de diciembre de 1996.

verificación de una pericia técnica. GOYENA HUERTA⁸⁹, con cita de la sentencia del *caso Holt versus US*, indica que éste ha sido el criterio del Tribunal Supremo de los Estados Unidos al decir que: “La prohibición de compeler a una persona a ser testigo contra sí misma es una prohibición del uso de una compulsión física o moral para extraer comunicaciones de ella, no una exclusión de su cuerpo cuando puede ser material”.

EL DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA:

Respecto a estos derechos regula el Art. 2 de la Cn., que: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

Antes de analizar el anterior artículo, debemos recordar que cualquier legislación tendente a regular las pruebas del ADN habrá de establecer las garantías para que la toma de las muestras sea llevada a cabo por personal especializado y en unas condiciones que permitan afirmar que los derechos a la dignidad y a la integridad física no serán vulnerados debido a la intervención mínima que supone la toma de muestras necesaria para la realización de un análisis de ADN; y en nuestro ordenamiento jurídico esta

⁸⁹ GOYENA HUERTA, J., «La negativa del imputado a intervenir en las diligencias de identificación: consecuencias procesales», *Actualidad Aranzadi*, n.º 367, 26 de noviembre de 1998.

situación no varia, dado que los derechos regulados en nuestra constitución, se vuelven una garantía para los ciudadanos, en donde el estado es el garante del goce de los mismos.

Abonado a lo anterior debemos tomar en cuenta que para que podamos considerar que estamos ante un trato degradante, tienen que concurrir, a la luz de lo que establece la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, medidas de naturaleza tal que creen en los individuos sentimientos de miedo, de angustia y de inferioridad, y que los humillen, envilezcan y rompan su resistencia física y moral.

Por otro lado y retomando lo que regula el Art. 2 Cn., nuestra Sala de lo Constitucional en relación con el *sentido del concepto dignidad de la persona humana*, ha afirmado que "es claro que la dignidad de la persona humana (cuyo respeto es, según el preámbulo constitucional, elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos de la convivencia nacional), comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo";⁹⁰ Lo que nos da la pauta que con este artículo el legislador ha querido dejar garantizado tanto el derecho a la dignidad como a la integridad física, en cualesquiera de las situaciones a las que tenga que encontrarse sometido el individuo.

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

⁹⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 26-VIII-1998, Inc. 4-97, Considerando III 1 A).

caso de violentarse estos, ya el legislador ha creado mecanismos de defensa, que hagan valer el goce de ellos, como el caso del Habeas Corpus.

DERECHO A LA LIBERTAD

El derecho a la libertad del que ya hemos hablado repetidas veces en el desarrollo de esta tesis, lo encontramos regulado en su sentido general siempre dentro de los Derechos Fundamentales en nuestra Constitución; específicamente en el Art.2 Inc.1ª, el cual reza: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a **la libertad**, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”.

Visto el artículo anterior podemos decir entonces que, este derecho se verá vulnerado, respecto de aquellas personas que se opongan a que se tomen muestras para la realización de los análisis, tanto si se conceptúa de un modo genérico, como la compulsión a hacer algo que simplemente no deseamos realizar, sobre todo en su vertiente de libertad de ambulatoria protegida en el art. 5 de la Constitución, que quedará cuando menos limitada mientras la prueba se realiza o en la conducción de las personas a las dependencias adecuadas a tal fin.

La Comisión Europea de Derechos Humanos ha declarado al respecto, que la “ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración”⁹¹

⁹¹ COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Decisión 8278/78, de 13 de octubre de 1979

Ahora bien, el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece una serie de supuestos en los que se admite la limitación del derecho a la libertad, así: la privación de libertad en virtud de sentencia dictada por Tribunal competente, por desobediencia a una orden judicial, para asegurar el cumplimiento de una obligación legalmente establecida, para conducirla ante la Autoridad Judicial competente cuando existan indicios racionales de criminalidad de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle la huida de la acción de la justicia.

Finalmente es de mencionar que el Código Procesal Penal Vigente, en su Art. 6 Inc. 1ª regula que: “En materia penal no podrá restringirse la libertad personal sino en los casos y con los requisitos establecidos en este Código”.

Agrega el Inc. 3ª del mismo que: “En los delitos de acción privada solo se decretará la detención provisional si se cumplen los requisitos establecidos por este Código y no se logra la conciliación conforme al Artículo 402. Sin perjuicio de lo anterior, cuando existieren razones fundadas de que el imputado puede obstaculizar la investigación o evadir su comparecencia en el Juicio, o se tratase de un caso de reincidencia o habitualidad, el juez podrá decretar la detención provisional sin aguardar al resultado de la conciliación, llenando los requisitos del Art. 292”.

En consecuencia, el legislador ha dejado abierta la posibilidad de restringir este derecho, siempre y cuando sea de acuerdo a lo dispuesto en la ley, y si las circunstancias lo ameritan. En el caso de las investigaciones en las que se tenga que tomar muestras para su análisis agrega el mismo Código Procesal Penal en su Art. 167 Inc.1ª que: “ Si en el curso de una investigación ya iniciada el Fiscal estima necesario realizar una inspección en el cuerpo del imputado, someterlo a la extracción de muestras de sangre u

otros fluidos corporales, ponerse o quitarse ropa u otros medios de prueba útiles para la investigación, por presumir que puedan existir elementos de prueba o indicios, solicitará autorización al Juez para realizarla mediante el mecanismo previsto en este Código para los actos definitivos e irreproducibles”.

En relación a lo anterior, el nuevo Código Procesal Penal incluye en esta disposición ya no solo al imputado, sino a la población en general, regulando en el Art. 199 que: “El fiscal, si en el curso de la investigación estima necesario realizar la inspección de una persona, cuando advierta que sobre su cuerpo existen elementos o indicios de prueba, las realizara conforme las disposiciones legales de este código.”

Mas importante es aun lo que regula el segundo inciso del mismo articulo: “Tal diligencia podrá realizarse aun en contra de la voluntad de la persona cuando se trate del investigado y en todo caso respetando su salud y la dignidad, siempre que no implique la intervención de las áreas públicas de las personas, en cuyo caso deberá solicitarse la autorización judicial. Si fuere necesario, el acto se practicara con auxilio de peritos”.

Si bien es cierto en el anterior inciso se puede interpretar la vulneración de derechos como la libertad, se garantiza también, que en los casos de intervenciones corporales de las áreas públicas, se necesitaran orden judicial para poder realizarlas.

Analizados los derechos fundamentales limitados por la práctica de la prueba, debe concluirse en que sólo el consentimiento del interesado, la situación del caso en investigación (como se menciona en el párrafo

anterior), o en su defecto, la resolución judicial permitirán acordar la prueba limitando así, sin vulnerarlos, tales derechos fundamentales.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1 CONCLUSIONES

La ley delimita el objeto de la obtención de los datos a dos estándares, la naturaleza del delito y/o cuando el ilícito penal sea consecuencia de un acto de delincuencia organizada.

Así se concreta el marco de la investigación criminal a delitos graves: contra la vida, la libertad, la libertad sexual y la integridad personal, aunque también se extiende a los que afectan al patrimonio siempre que concurra fuerza en las cosas o violencia en las personas. Se permite, además, más allá de la obtención de datos procedentes del hecho criminal, inscribir perfiles de personas que, sin ser sospechosos, detenidos o imputados, consientan expresamente su inclusión en la base de datos.

Pero también la ley establece límites para preservar el fundamental derecho a la intimidad de los investigados: únicamente se podrán analizar las muestras genéticas para averiguar la identidad y sexo del sujeto, descartando datos de naturaleza codificante de carácter sensible tales como enfermedades o características físicas. De este modo, se establece un símil a la información sobre identidad que ofrece actualmente la huella dactilar.

Los datos de la base única podrán utilizarse, en la investigación de los delitos señalados -por las Unidades de la Policía Nacional Civil de las

autoridades judiciales, y de los fiscales. También permitirá su intercambio con las autoridades homólogas de terceros países.

El derecho a la integridad física y a la libertad han de ponderarse conforme a la proporcionalidad, y en este sentido el análisis de ADN requiere una pequeña intervención corporal mínima, ya que basta con un pelo o algo de saliva por ejemplo, lo que podría equipararse a una prueba radiológica para detectar una determinada sustancia en el organismo, lo que tampoco supone afección de derecho fundamental alguno.

La puesta en práctica de esta nueva ley desvelará su eficacia o no, eficacia que deberá basarse siempre en el respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos sometidos a la misma, especialmente el derecho a la integridad física y a la intimidad.

7.2 RECOMENDACIONES

- Regular la utilización de datos que pueden obtenerse a través de los avances técnicos y científicos.

- Dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos progresivamente por España en materia de intercambio de perfiles de ADN para las investigaciones de determinados delitos y a las obligaciones recíprocas con otros países para el intercambio de la información disponible en los respectivos ficheros.

- Satisfacer la exigencia de investigación por parte de la sociedad a las autoridades judiciales y policiales encargadas de la persecución de los delitos.

Asimismo recomendamos a su vez la necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física .Y es necesaria esta previsión legal para las diligencias que pueden restringir derechos fundamentales, entre ellas los reconocimientos, inspecciones o intervenciones corporales.

Los problemas "ético-jurídicos" que pueden plantearse con la toma de muestras sin consentimiento se podrían solventar con la creación de una comisión nacional sobre el uso del ADN en la que se trate el tema del consentimiento y la confección de formularios para la obtención del mismo.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ANDRADAS, J. **“La prueba del ADN en Medicina Forense”**, Ediciones. Masson, Barcelona, 1999,

AUTOR DESCONOCIDO. **Fundamentos para la aprobación del Proyecto de Ley de Creación de un Registro de Huellas Genéticas Digitalizadas, No Codificantes, para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.** Argentina. Año 2008.

CABANELLAS, GUILLERMO. **“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”**. Tomo VI; 14ª. Edición, Editorial Heliasta S.R.L. Viamonte Buenos Aires, República de Argentina. Año 1996.

CHOCLAN MONTALVO, **“Pericia genética y proceso penal “**, 1998.

FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ALRGAR, **“Intervenciones Corporales: Jurisprudencia Constitucional”**, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, España, 2004

CUELLO CALON, EUGENIO. **Derecho Penal. “Conforme al Código Penal Texto Refundido de 1944”**. Tomo II. Parte Especial; Novena Edición. Editorial Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1955.

DÍAS, MARÍA DOLORES Y OTROS. **"introducción a la Enfermería Legal y Forense"** España, 2005.

DRA. JOSEFINA DE MONTERROSA. **“Recolección o Toma de muestra de Indicios Biológicos, Preservación y Transporte al Laboratorio”**. El Salvador, 06 de Mayo de 2006.

DR. MORENO GONZÁLEZ, RAFAEL. **"Introducción a la Criminalística"**, 2⁸ Edición, Editorial Porrúa S.A, México, año 1979.

EDWARD FRANKEL ,**“DNA El Proceso De La Vida”**, 16^a Edición, México Df., Año 1989.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ BELÉN MARÍA, **El ADN desde una perspectiva penal** , Noticias Jurídicas Artículos Doctrinales: Derecho Penal. Año 2006.

CARRARA, FRANCISCO. **Programa de Derecho Criminal. Parte Especial; Vol. II.** 4^a. Edición; Editorial Temis. Bogotá, Colombia 1980

GUILLÉN VÁZQUEZ, MARGARITA. **“Base de Datos de ADN con Fines de Investigación Pena; Especial Referencia al Derecho Comparado”**. Madris España 2007

GILL, P., URQUHART, A., MILLICAN, E., OLROYD, N., WATSON, S., SPARKES, R., AND KIMPTON, C.P., **“Criminal Intelligence Databases and Interpretation of STRs”**, **Advances in Forensic Haemogenetics 6**, (ed. Carracedo, A., Brinkmann, B., Bär, W.,) ed. Springer, Verlag- Berlin-Heidelberg, 1996.

GONZALEZ-CUELLAR S.”**Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”**, ed Colex, Madrid, 1990.

GOYENA HUERTA, J., «**La negativa del imputado a intervenir en las diligencias de identificación: consecuencias procesales**», *Actualidad Aranzadi*, n.º 367, 26 de noviembre de 1998.

HERRERA BRAVO, RODOLFO, **Revista Derecho y Tecnología**. Número: N°2, Enero/ Junio, 2003 Editorial: Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías. Universidad Católica del Táchira. Lugar de Edición: Estado Táchira, Venezuela, 2003 ISSN: 1317-9306

ILLESCAS RUS, ÁNGEL VICENTE. **Utilidad y valoración del dictamen pericial Conferencia nacional de profesionales de la pericia judicial**. Valencia, año 2009.

JASSEN, H. J. T., KLOOSTERMAN, A. D., **“Legislacion de ADN en Holanda” Avances en Genética forense** , ediciones. Carracedo A., 1996

LOJO, MARIA MERCEDES **“Base de datos de ADN, Instrumentos Indispensables para la Justicia Penal”**. Suprema Corte de Justicia, Provincia, Buenos Aires. Abril-Mayo 2007.

LORENTE, J. A., **«Identificación genética criminal: Importancia médico legal de las Bases de Datos de ADN» Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad**, ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002.

OSSORIO, MANUEL, **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1992

PEDRAZ PENALVA. **Apuntes sobre la Prueba Pericial**. Madrid España 2005

PRIETO SOLLA, LOURDES. “ **Aplicaciones forenses del ADN**” Colegio Juridico Español Madrid España 2007

PRIMOROSA, CHERI Y OTRO. “**Prueba de ADN**”. 2ª Edición Editorial Astrea Buenos Aires, Argentina, Año 2001.

RITTNER, CH., SCHNEIDER, P., SCHOLMERICH, P., **Análisis Genético y Terapia Génica: Aspectos médicos, sociopolíticos, legales y éticos** Ediciones Fischer, Mainz, 1996.

SALOR, SALVADOR ANTONIO. "**Evolución Histórica de la Prueba Pericial**". 1a Edición. Córdoba Argentina, Año 1949.

VÁZQUEZ LÓPEZ JOSÉ ENRIQUE. **Cuadernos de Medicina Forense N° 34** - Octubre 2003.

TESIS

PACHECO AYALA, SARA Y OTROS. “**Aportes de la prueba científica, serología forense y ADN en el delito de violación sexual**”, en el **municipio de San Salvador en el 2004 – 2006**, Universidad de El Salvador, Tesis, El Salvador 2007.

LEGISLACION

Comisión Europea De Derechos Humanos. Decisión 8278/78, de 13 de octubre de 1979.

Código Penal de El Salvador Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura El Salvador 2005. Tomo I.

Código Procesal Penal Comentado. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.2005 Tomo I

Anteproyecto de la Ley para Establecer el registro y Banco de Huellas Genéticas del Instituto de Ciencias Forenses Consultoría Instituto de Ciencias Forenses Junio de 2007.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. **Sentencia de 19-Julio-1996, Inc. 1-92, Considerando IV 4.** El Salvador 1996

Sala de lo Constitucional de la. Corte Suprema de Justicia **Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99, Considerando II 2.** El Salvador 1999

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia **Sentencia de las once horas y dos minutos del día seis de octubre de dos mil cuatro. Referencia 840-2003.** El Salvador 2004.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. **Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando IX 2.** El Salvador.2001

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. **Sentencia de 20-VIII-2002, Amp. 25-S-95, Considerando II.** El Salvador 2002

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. **Sentencia de 13-VI-1995, Inc. 4-94, Argumentación 1ª.** El Salvador.1995

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. **Sentencia de 26-VIII-1998, Inc. 4-97, Considerando III 1 A** El Salvador.1998

Anejo

Nº 1.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS MEDICOS FORENSES COMO
PROFESIONALES PREPARADOS EN LA RAMA DE LA CRIMINALISTICA
Y MEDICINA FORENSE EN LA INVESTIGACION DE DELITOS DE
VIOLACION SEXUAL.**

Objetivo: Conocer los aportes que conlleva en la investigación de los delitos de violación, la prueba de ADN practicada en la víctima y en los indicios encontrados en la escena del delito, por parte de Medicina Legal, a partir de la creación de una base de datos comparativa.

Indicaciones: Por favor completar de forma clara y precisa cada una de las siguientes preguntas. No es necesario su nombre.

**LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA SERÀ UTILIZADA PARA FINES
ACADEMICOS, POR LO TANTO SERÀ MANEJADA DE FORMA
CONFIDENCIAL.**

MUESTRA SELECTIVA DE INFORMANTES CLAVES.

PARTE I.

1. En pocas palabras. ¿Cual es la función de Medicina Legal en la investigación de los delitos de violación?

2. ¿Cuales son los pasos a seguir en la investigación del delito de violación por parte de Medicina Legal desde el momento de su presentación al lugar de los hechos?

3. ¿Cuales son las pruebas que realiza Medicina legal a una persona que ha sido victima del delito de violación?

4. ¿Cual es la diferencia entre la función realizada por el Laboratorio de Medicina Legal y el Equipo técnico de la Policía Nacional Civil, en particular en las pruebas de ADN realizadas en la investigación de los delitos de violación?

5. ¿Hasta que momento llega la intervención de Medicina Legal en la investigación de un delito de Violación?

PARTE II.

6. ¿ Considera que las pruebas de ADN realizadas en los casos de los Delitos de Violación Sexual, son suficientes para la efectiva investigación y cumpliendo de la justicia?

Si

No

No sé

7. ¿ Es la prueba de ADN una herramienta igualmente efectiva en la investigaciones de delitos de violación sexual, aunque no se tenga la muestra del posible agresor para ser comparada con los indicios recolectados?

Si

No

No sé

8. ¿Existe un doble análisis de las pruebas de ADN realizadas por Medicina Legal, luego que estas son trasladadas al Equipo Técnico de la Policía Nacional Civil?

Si

No

No sé

9. ¿Existe un Archivo permanente propio de las pruebas de ADN realizadas por Medicina Legal que sirva para futuras investigaciones?

Si

No

No sé

10. ¿Existe una Base de datos de ADN de la población a nivel nacional, en donde pueda ser comparado el ADN encontrado en la víctima o la escena del delito, con el registro poblacional, para ayudar a la efectividad en la investigación del delito de violación?

Si

No

No sé

11. ¿Cree usted posible la creación de la base de datos poblacional de ADN a nivel nacional, a partir de nuestros recursos humanos, económicos, sociales y culturales?

Si

No

No sé

12. ¿Considera seria efectiva la base de datos de ADN a nivel nacional, para la comparación de estos con las pruebas encontradas en la víctima o en la escena del delito?

Si

No

No sé

13. ¿Alguna recomendación o sugerencia que podría proporcionar?

TABULACIÓN DEL CUESTIONARIO PARA LA INVESTIGACIÓN DEL TEMA DE TESIS: “**LOS APORTES DE UNA BASE DE DATOS DE ADN, EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL**”. EN EL ÁREA DE CRIMINALÍSTICA Y MEDICINA FORENSE.

PARTE I

1. Función de Medicina Legal en la Investigación de los Delitos de Violación Sexual.

Básicamente la función del Instituto de Medicina Legal consiste en: detectar, recuperar, recolectar y evaluar las muestras de fluidos corporales dejados por el agresor y encontrados en la víctima, como un todo integrado, para su posterior análisis en el laboratorio.

2. Pasos para la Investigación del Delito de Violación Sexual en la Escena de los Hechos, por parte de Medicina Legal.

- 1- Tomar datos personales del paciente.
- 2- Historia o relato de los hechos.
- 3- Identificación del agresor (es).
- 4- Antecedentes Clínicos – Obstétricos.
- 5- Examen físico: área genital, paragenital y genital.
- 6- Toma de muestras.
- 7- Embalar, rotular y enviar las muestras recolectadas al laboratorio, asegurándose que no se contamine, por medio de la Cadena de Custodia.
- 8- Enviar los resultados a la Fiscalía.

3. Pruebas realizadas por Medicina Legal a las personas víctimas del delito de Violación Sexual.

- 1- Según el historial clínico (proporcionado por la víctima), se puede iniciar por hisopados: vaginal, oral y rectal.
- 2- Prueba de Frotis.
- 3- Prueba de Azul de Toluidina, esto para identificar lesiones recientes.
- 4- Prueba de HIV, VDRL y enfermedades de transmisión sexual.
- 5- Prueba de embarazo, según la historia de los hechos relatada.
- 6- Apoyo psicológico y trabajo social.

4. Diferencia entre la función realizada por el Laboratorio de Medicina Legal y el Equipo Técnico de la Policía Nacional Civil, en el análisis de las Pruebas de ADN.

Básicamente la diferencia entre las dos instituciones consiste en lo siguiente:

- 1- La Policía Nacional Civil: recolecta y remite las muestras encontradas al Laboratorio de ADN del Instituto de Medicina Legal, y
- 2- El Instituto de Medicina Legal: recibe las muestras para analizarlas y las procesa, luego remite los resultados a la institución respectiva.

5. Intervención de Medicina Legal en la Investigación de los Delitos de Violación Sexual.

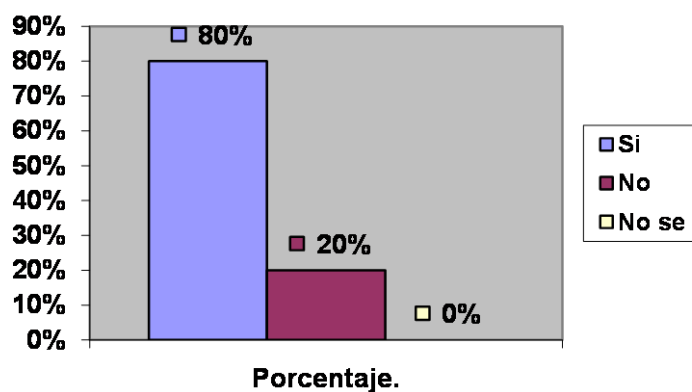
La intervención del Instituto de Medicina Legal en la investigación de los delitos de violación sexual llega hasta la remisión de las pruebas (resultados) a la Fiscalía General de la Republica, para que sean incorporados a las diligencias realizadas.

PARTE II

1. ¿Considera que las pruebas de ADN realizadas en los casos de los Delitos de Violación Sexual, son suficientes para la efectiva investigación y cumpliendo de la justicia?

Cuadro N° 1.

Opinión.	N°	Porcentaje.
Si	8	80%
No	2	20%
No se	0	0%
Total	10	100%

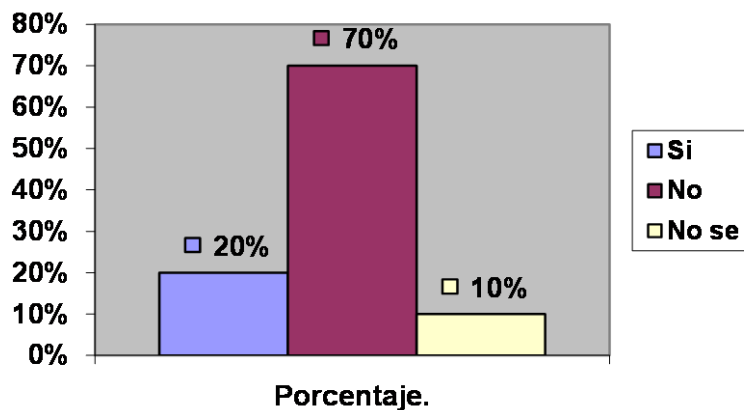


Comentario: Podemos notar que en base a la información obtenida en las respuestas de esta primera pregunta, las Pruebas de ADN, tienden a ser suficientes dentro de la investigación de los delitos de Violación Sexual, en cuanto al cumplimiento de justicia se refiere.

2. ¿Es la prueba de ADN una herramienta igualmente efectiva en la investigaciones de delitos de violación sexual, aunque no se tenga la muestra del posible agresor para ser comparada con los indicios recolectados?

Cuadro N° 2.

Opinión.	N°	Porcentaje.
Si	2	20%
No	7	70%
No se	1	10%
Total	10	100%

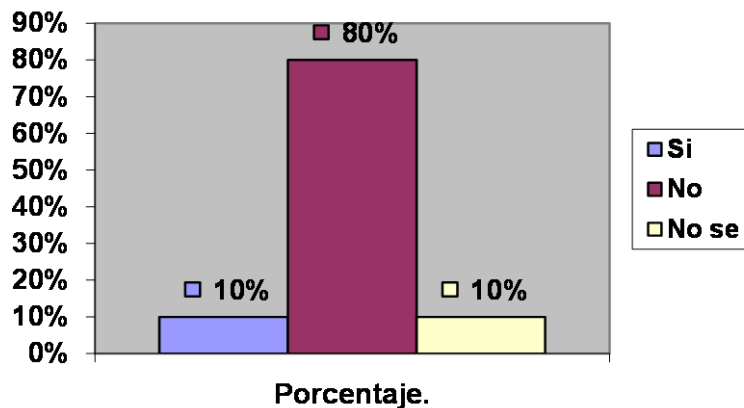


Comentario: A través de la información obtenida en esta segunda pregunta, dejan claro los entrevistados que la Prueba de ADN no tiene la misma efectividad en la investigación del delito, en el caso en que no se cuente con una muestra del posible agresor para ser comparada.

3. ¿Existe un doble análisis de las pruebas de ADN realizadas por Medicina Legal, luego que estas son trasladadas al Equipo Técnico de la Policía Nacional Civil?

Cuadro N° 3.

Opinión.	N°	Porcentaje.
Si	1	10%
No	8	80%
No se	1	10%
Total	10	100%

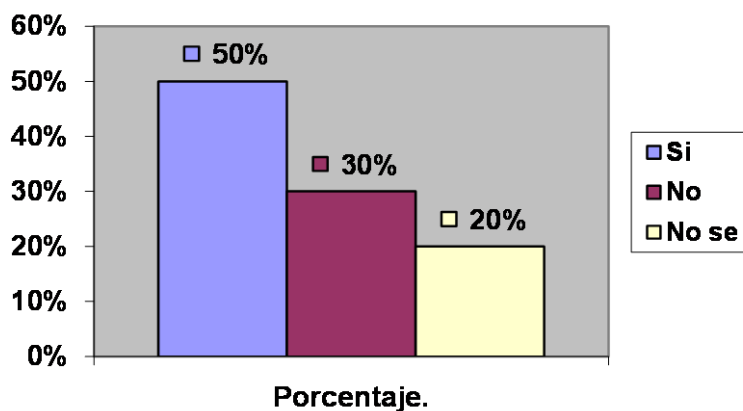


Comentario: Es claro por los resultados obtenidos en esta pregunta, que a criterio de la mayoría de los entrevistados no existe un doble análisis de la Prueba de ADN, por el Laboratorio de Medicina Legal y el Equipo Técnico de la Policía Nacional Civil, ya que un 80% de ellos, respondieron que no.

4. ¿Existe un Archivo permanente y propio de las pruebas de ADN realizadas por Medicina Legal que sirva para futuras investigaciones?

Cuadro N° 4.

Opinión.	N°	Porcentaje.
Si	5	50%
No	3	30%
No se	2	20%
Total	10	100%

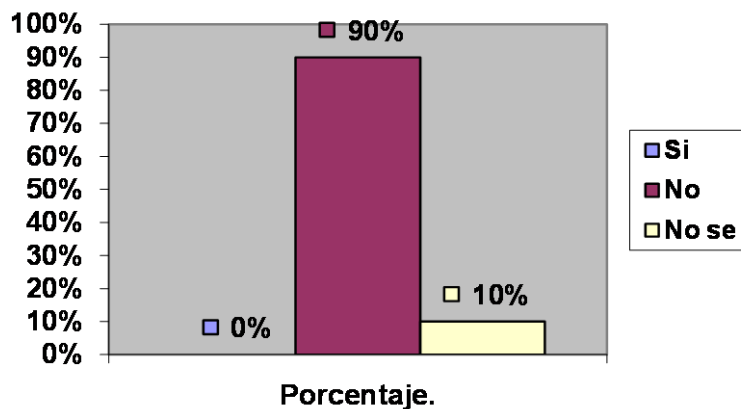


Comentario: Aunque las respuestas de esta pregunta han sido variadas, podemos notar que la el 50% de los entrevistados contestaron que si existe un archivo permanente de las Pruebas de ADN para futuras consultas, lo que se vuelve importante en el caso de las nuevas investigaciones de delitos de violación sexual.

5. ¿Existe una Base de datos de ADN de la población a nivel nacional, en donde pueda ser comparado el ADN encontrado en la víctima o la escena del delito, con el registro poblacional, para ayudar a la efectividad en la investigación del delito de violación?

Cuadro N° 5.

Opinión.	N°	Porcentaje.
Si	0	0%
No	9	90%
No se	1	10%
Total	10	100%

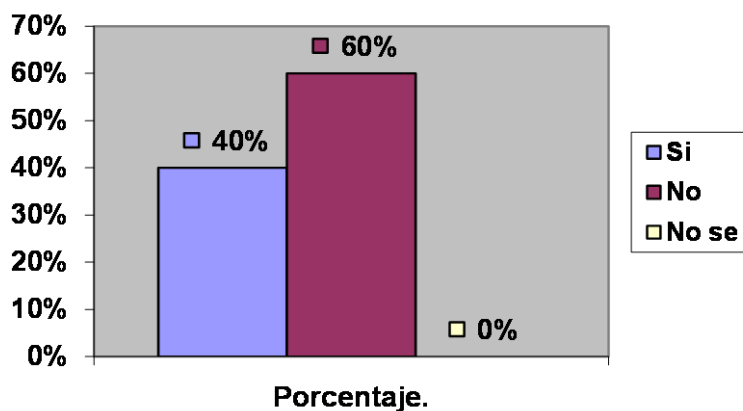


Comentario: En los resultados obtenidos en esta pregunta, podemos notar que para el 90% de los entrevistados coincidieron en que aun no existe una Base de Datos de ADN, en donde se tenga la información genética para ser comparada con el ADN encontrados en la investigación, ya sea en la víctima o en la escena de los hechos.

6. ¿Cree usted posible la creación de la base de datos poblacional de ADN a nivel nacional, a partir de nuestros recursos humanos, económicos, sociales y culturales?

Cuadro N° 6.

Opinión.	N°	Porcentaje.
Si	4	40%
No	6	60%
No se	0	0%
Total	10	100%

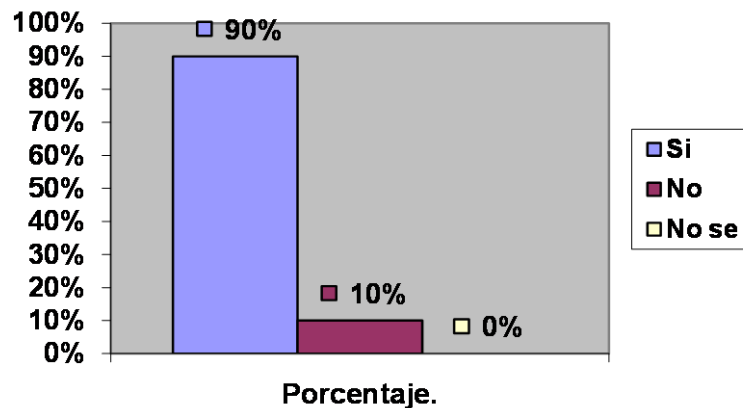


Comentario: Es importante poner especial atención en la información obtenida a través de las respuestas proporcionadas por los entrevistados en esta pregunta, dado que mas del 50% de ellos considera no es posible la creación de la Base de Datos de ADN a partir de nuestros recursos, y es únicamente una minoría la que en su opinión considera que lo anterior es posible.

7. ¿Considera seria efectiva la base de datos de ADN a nivel nacional, para la comparación de estos con las pruebas encontradas en la víctima o en la escena del delito?

Cuadro N° 7.

Opinión.	N°	Porcentaje.
Si	9	90%
No	1	10%
No se	0	0%
Total	10	100%



Comentario: Casi el 100% de los entrevistados consideran que seria efectiva una Base de Datos de ADN comparativa, para la investigación del delito de Violación Sexual, estos no solo en a través de los estudios realizados en la víctima sino también en los indicios encontrados en la escena en donde se cometió el hecho.

8. ¿Alguna recomendación o sugerencia que podría proporcionar?

Al realizar nuevas reformas Penales y Políticas, se tiene que considerar la necesidad vital de la creación de la Base de Datos de ADN, además de tomar en cuenta la importancia de esta para la identificación del agresor; sin dejar de lado que para esto se necesitan fondos, y recursos humanos especializados. Así mismo se debe mantener centralizado el Laboratorio de ADN, para evitar el doble análisis y malgasto de recursos del Estado.

Anejo

Nº 2.

**ANTEPROYECTO DE LEY PARA ESTABLECER EL REGISTRO Y BANCO DE
HUELLAS GENÉTICAS DEL INSTITUTO DE CIENCIAS FORENSES**

DECRETO No. -

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

- I. Que la Constitución establece que el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos fundamentales a la vida, a la libertad, a la integridad de la persona, entre otros, y su defensa y conservación;
- II. Que para garantizar una adecuada protección y tutela de los derechos de las personas es necesario mejorar y fortalecer el sistema de investigación científica del delito, por medio de la introducción de adelantos de la ciencia forense como las pruebas de identificación utilizando la molécula de ácido desoxirribonucleico (ADN);
- III. Que la metodología que utiliza la molécula de ácido desoxirribonucleico (ADN) para la identificación de personas relacionadas con la comisión de hechos punibles, por medio de muestras de evidencia biológica recuperadas en diferentes escenas del delito, puede facilitar la eventual identificación o detección de delincuentes reincidentes y su sometimiento al proceso penal o el restablecimiento de la libertad de personas inocentes; y,
- IV. Que la aprobación de una legislación que establezca un Registro y Banco de Huellas Genéticas, coadyuvará al sistema de justicia penal en la identificación científica, detección y aprehensión de delincuentes.

POR TANTO:

en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de...

DECRETA, la siguiente:

**LEY PARA ESTABLECER EL REGISTRO Y BANCO DE HUELLAS GENÉTICAS
DEL INSTITUTO DE CIENCIAS FORENSES**

OBJETO DE LA LEY

Art. 1.- Créase el Registro y Banco de Huellas Genéticas del Instituto de Ciencias Forenses, denominado en esta Ley como "Instituto", constituido sobre la base de la huella genética digitalizada obtenida de un análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN), en las circunstancias y bajo las modalidades establecidas por la presente Ley.

El Registro y Banco de Huellas Genéticas digitalizado será parte del archivo delincencial que al efecto administre el Instituto. El Instituto podrá disponer, adquirir y poner en funcionamiento la plataforma tecnológica que permita el almacenaje de datos, que permita su combinación con otros índices automatizados de identificación criminal.

La Comisión Coordinadora del Sector de Justicia aprobará la reglamentación necesaria para la administración, conservación, actualización del Registro y Banco de Huellas Genéticas, así como el acceso e intercambio de información con las instituciones del sector de justicia.

FINALIDADES DEL REGISTRO Y BANCO DE HUELLAS GENÉTICAS

Art. 2.- El Registro y Banco de Huellas Genéticas tendrá las siguientes finalidades:

- a) Recolectar, examinar, conservar y analizar pericialmente las muestras biológicas que se encontraren en una escena del delito;
- b) Analizar, clasificar, y comparar la información de los análisis periciales obtenidos en una escena del delito con los almacenados en el Banco de Huellas Genéticas, con el propósito de generar guías investigativas sobre los hechos a la Fiscalía General de la República;
- c) Facilitar el esclarecimiento de los hechos investigados, particularmente la individualización de las personas responsables, sobre la base de la identificación pericial de un perfil genético de ADN;
- d) Coadyuvar en la identificación de autores o supuestos autores de hechos delictivos perpetrados por personas individuales o por el crimen organizado;
- e) Identificar y contribuir al paradero de personas extraviadas, desaparecidas o fallecidas;
- f) Elaborar estadísticas relativas al comportamiento del fenómeno delincencial, tasas de reincidencia y otros datos significativos que pudiesen desprenderse del análisis estadístico;
- g) Cooperar con otras instituciones nacionales e internacionales con el intercambio de información que administre, de acuerdo a los procedimientos establecidos; y,
- h) Cualquier otro fin previsto por las metodologías de prevención e investigación de hechos delictivos.

CONFIDENCIALIDAD

Art. 3.- La información contenida en el Registro y Banco de Huellas Genéticas tendrá carácter confidencial y se considerará material reservado y de uso restringido. En ningún caso podrá solicitarse o consultarse la información contenida en aquél, para otros fines o instancias distintos a los expresamente establecidos. Bajo ningún supuesto el Registro podrá ser utilizado como base para la discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna.

CONTENIDO

Art. 4.- El Registro y Banco de Huellas Genéticas constituirá un sistema digitalizado y automatizado, integrado por:

- a) Huellas genéticas asociadas a la evidencia o material biológico que hubiere sido obtenido en el curso de una investigación de un hecho punible, en una escena del delito o accidente de tránsito, y que no se encontraren asociadas a persona determinada;
- b) Huellas genéticas de las víctimas de un delito obtenidas en el curso de una investigación en la escena del crimen;

- c) Huellas genéticas de cadáveres o restos humanos no identificados, material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas y de personas que teniendo un familiar desaparecido o extraviado, acepten voluntariamente donar una muestra biológica que pueda resultar de utilidad para su identificación;
- d) Huellas genéticas que se encontraren asociadas a la identificación de personas imputadas, procesadas o condenadas en un proceso penal;
- e) Huellas genéticas de víctimas de delitos contra la libertad sexual; y,
- f) Huellas genéticas de toda persona que voluntariamente manifieste su deseo de incorporar su perfil genético al Registro.

OBTENCIÓN DE MUESTRAS

Art.5.- Las muestras biológicas para el análisis serán tomadas en el lugar de encarcelamiento o detención de la persona. Será responsabilidad del Instituto coordinar con otras instituciones, incluyendo la Policía Nacional Civil, la Fiscalía General de la República o la Dirección de Migración, en su caso, las áreas en donde se tomarán las muestras, garantizando la seguridad de los procedimientos, cadena de custodia y protocolos de operaciones técnicas, así como la integridad y dignidad de la persona.

Solamente aquellas personas debidamente autorizadas por el Instituto podrán tomar las muestras. El Instituto llevará a cabo sus actividades mediante la reglamentación de los procedimientos específicos relacionados con la toma y manejo de la muestra y la cadena de custodia de ésta.

El Instituto y las instituciones de seguridad pública, de salud pública o de controles migratorios establecerán los mecanismos necesarios para coordinar el procedimiento relacionado con la toma y cadena de custodia de la muestra.

Cualquier persona sujeta a esta Ley podrá facilitar voluntariamente, una muestra biológica para análisis de ADN. Sin embargo, si cualquier persona requerida por esta Ley se rehúsa a facilitar una muestra, el Director del Instituto solicitará al Fiscal General de la República que requiera la intervención de un Juez para ordenar a la persona a someterse a la muestra para análisis de ADN.

ALMACENAMIENTO DE LAS MUESTRAS Y DATOS RELACIONADOS

Art. 6.- La información de los resultados de los análisis que se disponen en esta Ley será depositada en el Registro y Banco de Huellas Genéticas.

Toda información que se genere del procedimiento relacionado con el análisis de la muestra así como la muestra misma, será resguardada por el Instituto.

RESPONSABILIDAD

Art. 7.- Es responsabilidad del Registro y Banco de Huellas Genéticas:

- a) Organizar y poner en funcionamiento una Base de Datos que registre y sistematice las huellas genéticas digitalizadas conforme lo establecido en la presente Ley;
- b) Proceder a la extracción de las muestras biológicas que fueren útiles para la determinación de la huella genética;

- c) Elaborar los exámenes periciales de ADN sobre las muestras biológicas extraídas con el objeto de determinar las huellas genéticas digitalizadas o hacerlos producir con el mismo objeto por organismos especializados con los cuales se hubiesen celebrado convenios;
- d) Preservar las muestras y los resultados que de ellas se obtengan mientras se realiza su procesamiento, velando en todo momento que no sea violada ni interrumpida la cadena de custodia;
- e) Conservar muestras con el objeto de poder elaborar contrapruebas;
- f) Remitir los informes periciales solicitados por la Fiscalía General de la República o por los jueces o tribunales de la República;
- g) Mantener estricta reserva respecto de la información comprendida en el Registro, obligación que se extiende a todos aquellos que en razón de su función tomen conocimiento de su contenido y que subsistirá aún después de finalizada su relación con el Registro;
- h) Adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado y que permitan detectar desviaciones de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado, e
- i) Realizar toda otra actividad que le fuese adjudicada por vía reglamentaria.

DEBER DE RESERVA

Art. 8.- Toda persona que intervenga en la toma de muestras, obtención de evidencias y determinación de huellas genéticas, deberá mantener la reserva de los antecedentes y la integridad de la cadena de custodia, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley y en la del Instituto.

El incumplimiento de la obligación de reserva, conllevará a las sanciones penales, administrativas y civiles que correspondan.

INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y CONVENIOS

Art. 9.- El Instituto podrá celebrar convenios con organismos públicos nacionales, extranjeros o internacionales que persigan las finalidades establecidas en la presente Ley.

REGLAMENTACIÓN

Art. 10.- La Comisión Coordinadora del Sector de Justicia deberá aprobar en los siguientes ciento veinte días a la entrada en vigor de la presente Ley la reglamentación necesaria para desarrollar las funciones establecidas en esta Ley y para determinar las características del Registro y Banco de Huellas Genéticas, las modalidades de su administración, las normas técnicas que regulen los procedimientos aplicables a la toma de muestras y a la conservación de evidencias y de su cadena de custodia, las características de las plataformas tecnológicas que permitan su modernización periódica y el intercambio de de datos de identificación delincriminal o su combinación automatizada con otros índices criminales. Asimismo, regulará los requisitos y

condiciones que deberán cumplir las instituciones y organismos públicos que deseen acreditar su idoneidad para determinar huellas genéticas y ser parte de eventuales convenios con el Instituto.

El Instituto, a través del Registro y Banco de Huellas Genéticas será el organismo encargado de la preservación de las muestras biológicas, mediante la utilización de archivos restringidos y debidamente codificados.

VIGENCIA

Art.11.- El presente Decreto entrará en vigencia noventa días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO. San Salvador, a los días del mes de del año dos mil siete. (Actualizado junio 2007)