

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y ANÁLISIS DE ADN

Juan Miguel Mora Sánchez

Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Avda. Universidades, 24,48007 Bilbao (España), jmora@der.deusto.es

RESUMEN

La prueba del ADN puede prestar un gran servicio a la Administración de justicia a la hora del esclarecimiento y persecución de determinado tipo de delitos, como, por ejemplo, los que se cometen contra la libertad sexual. Pero no es menos cierto que con la utilización de esta nueva modalidad de pericia (con la toma de muestras biológicas al individuo, el análisis genético posterior, y con el archivo o registro de los resultados de los análisis en una base de datos de ADN) pueden verse afectados y limitados una serie de derechos fundamentales. Por todo ello, se hace necesario que esta nueva tecnología se utilice bajo determinados presupuestos o garantías (previsión legal, control judicial, proporcionalidad, etc.), para que tales actuaciones sean calificadas como legítimas y ajustadas a Derecho.

Palabras clave: agresiones sexuales, huella genética, prueba del ADN, base de datos de ADN, derechos fundamentales.

ABSTRACT

DNA evidence can be extremely useful to the authorities in helping clarify and prosecuting certain crimes, among them sex crimes. However, it is equally true that with this new type of expert evidence (involving the taking of biological samples from individuals, testing of these samples, recording and storage of the information in a DNA database) a series of fundamental rights can be affected and indeed curtailed. Hence this new technology must be used in certain circumstances and with guarantees (legal provisions, judicial control, proportionality, etc.) in order for such actions to be lawful and legitimate.

Key words: sex crimes, genetic fingerprints, DNA testing, DNA database, fundamental rights.

Esta nueva modalidad de pericia sirve para esclarecer e investigar delitos de muy distinta índole (por ejemplo, delitos graves cometidos contra la vida y la integridad de las personas, contra la libertad de éstas, etc.), pero es, sin duda, en los delitos que se cometen contra la libertad sexual donde esta tecnología puede encontrar una de sus más importantes aplicaciones. Tanto por los altos porcentajes de reincidencia que se dan en este tipo de delitos en relación a otras modalidades o categorías delictivas; así como por la elevada probabilidad que existe de que durante la comisión de los hechos se generen indicios o vestigios biológicos que posteriormente podrán ser analizados. Cuando se comete un delito de este tipo, normalmente (aunque en algunas ocasiones no, por ejemplo, miedo de la víc-

tima, un menor, etc.), se produce una situación violenta (con un importante componente corporal físico). Además, los delitos de estas características vienen muy frecuentemente acompañados de ataques contra la integridad física e incluso contra la vida de la víctima. Como consecuencia del iter comisivo característico de los mismos, es muy sencillo que se produzca un intercambio de materiales biológicos entre el agresor y la víctima (pelos - de la cabeza, pubiano, de las extremidades-, saliva, esperma, sangre, piel, sudor, etc.). Con esto ya se cuenta con uno de los requisitos fundamentales, la existencia de ese material biológico que podrá ser analizado.

Es conveniente recordar que se están detectando en varios países la utilización de

preservativos por parte de los violadores para evitar la producción de los antedichos vestigios, habida cuenta de la publicidad que a través de la prensa se está haciendo de estos métodos de identificación criminal. Con ello puede que el agresor evite dejar sobre la víctima alguno de los vestigios que normalmente quedan cuando se comete un delito de estas características (por ejemplo, esperma), pero no ocurrirá lo mismo con otra serie de indicios que el uso del preservativo no evitará que queden depositados sobre el cuerpo de la víctima, como son el sudor, pelos, saliva, etc.

Normalmente, frente a uno de estos delitos, y ante la negativa del sospechoso a confesarse autor del mismo, sólo queda la posibilidad de probar la autoría de los hechos a través de esta especialidad forense. Resulta hartamente difícil la producción de pruebas en este tipo de delitos, es decir, encontrar pruebas concluyentes o directas, excepto la testifical, mediante la identificación del autor por parte de una persona. Ello es debido a la clandestinidad que suele rodear a estos delitos, donde sólo están generalmente como protagonistas el autor o autores del hecho y la propia víctima. Por lo que puede resultar de vital importancia para esclarecer los hechos, identificar al autor de los mismos, confirmar la versión de la agredida y desvirtuar la presunción de inocencia del presunto autor, la obtención de ese material probatorio periférico al de las manifestaciones de la víctima. Incluso en los supuestos de una violación o agresión sexual múltiple, puede detectarse con facilidad mediante un análisis del lavado vaginal o de otras manchas de semen a cuantas personas diferentes hayan participado en la comisión de ese delito.

Afortunadamente esta prueba del ADN está siendo cada vez más utilizada por los tribunales de justicia de gran parte de los países de la comunidad internacional. A pesar de ello, se puede seguir hablando de que su utilización podría y debería ser mucho mayor. Esto es debido generalmente a la escasa información existente en este terreno. En muchas ocasiones, y por muy diversos motivos, cuando una persona ha sido violada a veces ni lo denuncia,

y si lo hace no actúa, puede, como se ha dicho más arriba por desinformación, de la forma que debiera, ya que lo primero que hacen muchas víctimas en bastantes ocasiones (por desgracia demasiadas) es lavarse inmediatamente, con lo que están destruyendo todos aquellos vestigios que el autor de dicha agresión haya podido dejar en sus cavidades o en su cuerpo.

De la misma manera que estas pruebas de ADN pueden servir para identificar, inculpar y condenar a los autores de unos determinados hechos delictivos, también pueden servir, y si se quiere con mayor contundencia aún, para exculpar a un sospechoso de haber cometido un delito contra la libertad sexual de una persona. Lo harían además en una fase temprana del procedimiento, evitando con ello al sospechoso mucho, innecesario e injusto sufrimiento.

PRUEBA DEL ADN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

A la hora de llevar a cabo una prueba de ADN es necesario contar previamente con material biológico para poder analizarlo. En algunos supuestos, para hacerse con esas muestras, se hace preciso actuar sobre el cuerpo del sujeto destinatario de la prueba. Debido a ello -tanto con la extracción previa de la muestra, como con el análisis genético posterior- pueden verse limitados determinados derechos fundamentales de ese individuo: dignidad personal, integridad física, intimidad, libertad física o de movimientos, etc. Estos derechos fundamentales podrían venir a erigirse como un elemento que actuara a modo de frontera respecto de las posibles actuaciones de los órganos estatales de persecución de los hechos delictivos. Si lo acabado de decir se llevara a efecto de forma tajante, esos derechos fundamentales antemencionados constituirían una barrera infranqueable que haría del todo inútil el mismo proceso penal.

Pero aquí debemos partir de la premisa de que los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto. Sino que en determinados supuestos -por ejemplo, en el transcurso de una investigación penal- pueden sufrir ciertas

restricciones y limitaciones cuando así lo exijan superiores intereses. En el caso del esclarecimiento de unos hechos criminales estos intereses podrían ser, por citar alguno, el derecho de la víctima y de la sociedad a que los delitos sean perseguidos eficazmente y los culpables de los mismos sean castigados de acuerdo a la ley. Por lo que observamos como existe así un interés social en reprimir comportamientos delictivos y en prevenirlos cuando ello sea posible. Es decir, todo ello como consecuencia de una ponderación de los intereses constitucionales en juego. Por consiguiente, en ciertas ocasiones algunos derechos constitucionalmente relevantes cederán en favor de otros intereses, derechos o valores, igualmente protegidos, pero que por unas circunstancias concretas tendrán que ser sacrificados en beneficio de otros derechos con los que colisionan.

La doctrina científica, por la existencia de los antedichos derechos fundamentales que pueden verse afectados mediante este tipo de actuaciones, ha estimado conveniente que se respeten una serie de requisitos o de presupuestos básicos para que tales diligencias sean calificadas legítimas y ajustadas a derecho. En este punto observamos una vez más la grandeza del Estado de Derecho, que lleva a que incluso quienes con sus actuaciones atacan derechos y libertades de los demás se vean amparados por los mismos principios que ellos atacan, conculcan y desprecian:

Estos requisitos o garantías serían:

- **Previsión legal:** Toda restricción de un derecho -máxime cuando son derechos fundamentales, recogidos en la Constitución, los que pueden verse afectados- debe estar prevista en una ley (<<*nulla coactio sine lege*>>). Para esta limitación se hace necesaria una cuádruple exigencia con relación a su previsión legal y es la de que tiene que ser una *lex previa, scripta, certa y stricta*. Contribuyendo todo ello a una mayor garantía y seguridad jurídica, ya que el individuo que va a sufrir una limitación de alguno de sus derechos va a contar con una referencia legal, una apoyatura jurídica a la que puede echar mano para comprobar si efectivamente es legal y legítima la restricción a la que se va a ver sometido.
- **Control Judicial:** Al afectar estas actuaciones a derechos fundamentales, los cuales se encuentran bajo la protección de los Jueces y Tribunales, cabe suponer que cualquier injerencia en alguno de esos derechos por alguna de estas actividades, estará siempre y en todo caso autorizada por el Juez que entienda del proceso o dirija la investigación. El cual tendrá que apreciar la absoluta necesidad de la realización de esa prueba de ADN para el esclarecimiento de los hechos o para la identificación del autor de los mismos, es decir, para una satisfactoria resolución del caso. Obviamente, el juez, mediante la motivación de la resolución judicial expresaría o exteriorizaría las razones que le han llevado a tomar dicha decisión. Porque si el ejercicio de un derecho fundamental para un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tiene que ser justificada.
- **Proporcionalidad:** Se deberá ponderar, de una parte, la gravedad de la intromisión que dichas actuaciones conllevan (contra los derechos fundamentales enumerados más arriba), y de otra, la absoluta necesidad de tales actuaciones para asegurar la defensa del interés público, es decir, la salvaguarda del interés social, del orden público, y del derecho de la ciudadanía a que se compruebe la autoría de los delitos y se castigue a los culpables de los mismos. Cuando estos intereses sociales o colectivos sean los que prevalezcan sobre los individuales, dichas medidas estarán plenamente justificadas y legitimadas en virtud de este principio.
- **Toma de las muestras, análisis y posterior tratamiento automatizado de los resultados de los mismos por personal especializado:** Este requisito supondría una doble garantía, por un lado para el sujeto que las tolera, y por el otro para la actuación en sí. De esta manera, las anteriores actuaciones serían llevadas a cabo por personal

especializado y previamente acreditado por el organismo público competente.

Aún rigiendo en el proceso penal el dogma de la búsqueda de la verdad material, no hay que olvidar que este principio no posee un carácter absoluto, por lo que la verdad no tiene porqué ser investigada a cualquier precio. Pero no es menos cierto que el "precio" que se paga con este tipo de actuaciones -dado lo avanzado de las técnicas actuales, ya que es suficiente con un poco de saliva, orina, caspa o sudor para realizar este tipo de pericia, y dado también que los análisis se efectúan sobre partes no codificantes del ADN, de las cuales no se pueden obtener ningún tipo de información adicional a la meramente identificativa- es sinceramente bastante bajo.

Sería un error pretender obviar este tipo de pruebas que suponen una mínima intervención y que, por contra, poseen un alto grado de certeza. Por lo que los organismos públicos correspondientes no sólo deberían estar facultados para su empleo y utilización, sino que deberían estar obligados a auxiliarse de esta nueva modalidad pericial cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. Es decir, en aquellos supuestos en los que, atendiendo al tipo de delito que se intenta esclarecer y a las circunstancias concretas del mismo, se haga totalmente necesario el empleo de la misma para el éxito de la investigación y para probar la autoría del culpable del hecho criminal.

BASES DE DATOS DE ADN

Los avances que se han producido en informática, junto con los conseguidos en genética, han hecho posible la creación de bases de datos de ADN de individuos. Bases de datos con los perfiles genéticos de personas pueden crearse con muy distinta finalidad. Pueden implantarse con la intención de identificar a personas desaparecidas, o a individuos que han fallecido víctimas de una catástrofe, accidente o acto terrorista y sus cuerpos están irreconocibles; con el objeto de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación de conflictos relativos a la filiación (la que viene

funcionando en Argentina desde 1987); con fines médicos y farmacéuticos (como la creada en Islandia o en Estonia); o con la finalidad de identificar a los autores de hechos delictivos y criminales (como las creadas en países como Estados Unidos, Reino Unido, Holanda, Alemania, o más recientemente en otros como Austria, Australia, Suiza, Suecia, Noruega, Croacia, Escocia, República de Irlanda, Irlanda del Norte, Finlandia, Eslovenia, Eslovaquia, Bélgica o Dinamarca). Siendo ésta modalidad esgrimida en último lugar a la que vamos a dedicar los esfuerzos en esta parte de nuestro trabajo.

Bases de datos de ADN de individuos con fines de identificación criminal

Tal y como se dijo al principio del epígrafe anterior, la progresiva informatización o computerización desarrollada en todos los ámbitos sociales no es tampoco ajena al de la investigación penal. La combinación de los adelantos informáticos con los conseguidos en genética pueden utilizarse con gran eficacia, como se está demostrando en varios países, en la lucha contra cierto tipo de criminalidad.

Estas bases de datos podrían hacerse a nivel general, de **toda la población**. Sin necesidad de que éstas tuvieran relación con algún hecho delictivo. Este tipo de bases de datos son, desde un punto de vista técnico, perfectamente viables. Ahora bien, por muy tentadora y atractiva que pueda resultar la idea para muchos gobernantes, los problemas éticos y legales que presentan son muy numerosos, podría decirse que demasiados para que fuera posible la creación de este tipo de bases de datos. De hecho, no existe ningún país en el mundo que se haya atrevido a emprender tal empresa (con esta finalidad de identificación criminal, si con otras finalidades, como el caso que más arriba señalábamos de Islandia o Estonia, con fines médicos y farmacéuticos). Ante una petición de las autoridades de un país para que todos los ciudadanos acudieran obligatoria y masivamente para que se les extrajera material biológico para analizárselo y contar así con el perfil genético de todos ellos, sería muy normal que la inmensa mayoría de la población reaccionara adversa y enérgicamente ante tal llamamiento. En

este tipo de bases de datos existiría la ventaja de una mayor eficacia. Otro aspecto positivo sería también el de la mayor igualdad que existiría, ya que al ser obligatorio para todos, no podría esgrimirse en ningún momento por nadie una posible discriminación. Pero no serían estas razones suficientes. Atendiendo al principio de proporcionalidad no estaría justificada la creación de una de estas bases de datos.

Otra posibilidad quizás menos radical, pero a nuestro entender igualmente excesiva, sería la de crear bases de datos con los perfiles genéticos de **todos los varones** de un país. Podría justificarse livianamente esta opción argumentando que la mayoría de los delitos violentos que se producen son cometidos por varones.

Una opción distinta sería la de crear estas bases de datos con los registros de **todo tipo de delincuentes**. Por el gran número de individuos "genéticamente fichados" éstas serían también bastante eficaces. Además, diversos estudios criminológicos han puesto de relieve que muchos de los delincuentes que acaban cometiendo delitos graves y violentos, perpetraron previamente otros de menor gravedad. Con ciertos matices, es éste el modelo que se está aplicando en el Reino Unido (concretamente en Inglaterra y Gales) desde 1995.

Por último, y parece la opción más adecuada y quizás por eso sea la más utilizada hasta el momento, sería la creación de bases de datos con el perfil genético de **determinado tipo de delincuentes**. Éstas se elaborarían para un catálogo de delincuentes determinado. Los registros que se archivarían provendrían de personas sometidas a cierto tipo de procedimientos judiciales o a sospechosos de la comisión también de determinados delitos (aunque estos últimos se incorporarían a la base de datos de forma provisional. Y si finalmente ese individuo resulta absuelto sus datos se cancelarían automáticamente). Por ello, y haciendo una delimitación objetiva, puede resultar acertado que sean aquellos sujetos que cometan delitos graves contra la libertad sexual, contra la vida y la integridad de las personas o contra la libertad de éstas. Serían delitos graves y violentos, en los que se da un alto grado de reincidencia.

Además de ser delitos serios (tanto por el bien jurídico protegido, como por la pena que llevan aparejada), puede esta nueva tecnología del ADN tener una importancia esencial para su esclarecimiento y para la identificación de los autores de los mismos, ya que son hechos delictivos que por sus características normalmente generan vestigios biológicos para analizar.

Situación en España

En nuestro país no se cuenta aún con una de estas bases de datos. Aunque, si todo hay que decirlo, algunas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en concreto la Comisaría General de la Policía Científica) están desde hace ya algunos años elaborando bases de datos de resultados de ADN. Experiencia que parece ser está proporcionando muy buenos resultados. Pero que nos atreveríamos a decir que están huérfanas de la siempre aconsejable y no menos necesaria y exigible cobertura legal. Bien es verdad que existe la Orden Ministerial de 26 de julio de 1994, por la que se regulan los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el entonces unificado Ministerio de Justicia e Interior. Entre los ficheros regulados por dicha Orden Ministerial se encuentran expresamente incluidos, pero regulados de una forma insuficiente, por no decir que nula, los de ADN. Posteriormente, el 7 de marzo de 2000, el Ministerio de Interior elaboró otra Orden Ministerial, por la que se regulaba el fichero automatizado de identificación genética de vestigios biológicos (ADNIC), de la Dirección de la Guardia Civil. Puede aseverarse que esta nueva Orden Ministerial adolece de las mismas carencias que la anterior de 1994.

Por consiguiente, nuestro país, nuestro ordenamiento jurídico -a diferencia de otros ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno geográfico y cultural-, adolece de una regulación legal de todas estas cuestiones. A pesar de los varios intentos -todos ellos fallidos- que desde 1995 se están produciendo para acabar con esta situación. Como consecuencia de ello, se hace necesaria la elaboración y aprobación de un cuerpo normativo que regule de forma global y adecuada la creación y funcionamiento de una de estas bases de datos. Así como las actuacio-

nes previas, como son la toma de muestras biológicas y los análisis genéticos a las mismas.

Se están dando algunos pasos en este sentido. El Ministerio de Justicia constituyó en 1998 un grupo de trabajo formado por expertos nacionales de cada una de las disciplinas implicadas en este asunto (juristas, forenses, etc.) para la elaboración de una ley que regule todas estas cuestiones. Fruto del cual ha sido la elaboración de un Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN. Según el artículo 2 del Borrador, esta Ley será de aplicación a los procedimientos de investigación criminal que requieran la identificación de individuos por medio del estudio de regiones variables del ADN, a los ficheros donde se encuentran recogidos los datos que se obtengan de los análisis y a los tratamientos que se efectúen sobre aquéllos. Asimismo, la Ley será aplicable a los procedimientos de investigación de restos cadavéricos. Vemos como se pretende regular no sólo las bases de datos, sino también las actuaciones previas que son necesarias para la creación de las mismas (recogida y toma de muestras biológicas y análisis genético de las mismas).

Si observamos el texto íntegro del Borrador, tanto la Exposición de Motivos como el articulado del mismo (en concreto los 26 artículos que lo forman) podemos hacer una primera valoración bastante positiva del mismo. Aunque, obviamente, mejorable. No creo que sea este el momento oportuno para hacer un estudio profundo de este texto, ya que nuestro objetivo en este artículo tiene unas pretensiones bastante más modestas o reducidas, por lo que sin ánimo de exhaustividad nos limitaremos a poco más que enumerar las cuestiones que esa tan deseada por necesaria futura ley debería recoger. Extremos algunos de ellos que vienen ya establecidos en el antedicho Borrador, y otros, por el contrario, que no aparecen en el mismo.

En este sentido, debería establecer el tipo de delitos o de delincuentes que van a conformarla; situación judicial de dichos sujetos (sospechosos, imputados...); edad (18 años o menos de las personas a las que se les puede archivar su perfil genético en estos ficheros; posibles derechos que pue-

den tener los individuos que formen parte de la base de datos (p. ej. el de ser informados de la existencia y características del fichero, la finalidad u objetivos del mismo, etc.); lo de si la base de datos va a servir para esclarecer delitos futuros (los cometidos después de la creación de los ficheros), o por el contrario va a utilizarse también para esclarecer delitos no resueltos y de los que se poseen vestigios biológicos, aún cuando éstos fueron cometidos con anterioridad al funcionamiento de esta base de datos; personal encargado de la obtención de las muestras; lo de si una coincidencia en las bandas posee valor probatorio o simplemente indiciario; tiempo de permanencia de los datos y las muestras; titularidad, gestión y control de la base de datos; cesión e intercambio de datos (tanto a nivel nacional como internacional); así como cualesquiera otras cuestiones importantes y decisivas para la utilidad, eficacia, buen funcionamiento, y en definitiva, para el éxito de dicha base de datos.

Bien es verdad que algunas de las cuestiones apuntadas en el epígrafe anterior sería más acertado regularlas más pormenorizadamente por vía reglamentaria. Debido a que existen muchas y heterogéneas cuestiones de carácter técnico y procedimental -aunque no por ello menos importantes- (sistema de acreditación de laboratorios, organización de los mismos, establecimiento de marcadores a analizar, etc.) sujetas unas y otras a los rápidos avances científico-técnicos que se suceden en este campo, que como decimos, sería más conveniente fueran desarrolladas reglamentariamente de una forma más detallada, y no fueran tratadas, por lo tanto, todos los temas con igual intensidad o exhaustividad, sino que todos esos asuntos fueran tratados de una forma más general, y sólo se establecieran las líneas básicas, sin entrar en pormenorizaciones tan poco aconsejables en estos casos. Porque en una norma con rango de ley, cualquier modificación de orden menor ocasionaría toda una compleja tramitación parlamentaria que llegado un punto podría conducir a situaciones de "congelación de rango".

BIBLIOGRAFIA

1. Mora Sánchez, Juan Miguel, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN. Identificación criminal a través de la huella genética*, ed. Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2001.
2. Mora Sánchez, Juan Miguel, "Propuestas para una regulación legal en España de una base de datos de ADN de individuos con fines de indentificación criminal", *Bases de datos de ADN*, ed. Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002, (en prensa).
3. Romeo Casabona, Carlos M., "Utilización de las identificaciones del ADN en la Administración de Justicia", *La prueba del ADN en Medicina Forense. La Genética al servicio de la Ley en el análisis de indicios criminales y en la investigación biológica de la Paternidad*, ed. Masson, Barcelona, 1999.
4. Chirino Sánchez, Alfredo, "El principio de proporcionalidad en el derecho de la protección de datos y su relación con el ADN", *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, Vol. 5, diciembre 2000, Vol. 6, junio 2001, pp. 31-46.
5. Lorente Acosta, José Antonio/Lorente Acosta, Miguel, *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Ed. Comares, Granada, 1995.
6. Fernández García, Emilio Manuel, "La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuentes: aspectos procesales", *Bases de datos de ADN*, Ed. Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002, (en prensa).
7. López-Fragoso Álvarez, Tomás, "La identificación mediante el ADN en el proceso penal", *El Genoma Humano y el Derecho* (Dir. Rafael de Mendizábal Allende), Ed. Montecorvo, Madrid, 2001.
8. *Forensic Science International*, Special Issue: Proceedings of the European Symposium: Ethical and Legal Issues of DNA Typing in Forensic Medicine, Ed. Elsevier, Vol. 88, núm. 1, July 1997.