LOS REGISTROS DE ADN Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: ¿CÓMO ESQUILAR SIN DESPELLEJAR?

Rodolfo Herrera Bravo[?]
Master en Derecho e Informática, por la Universidad Complutense de Madrid;
Doctorando en Derecho;
Secretario de la Asociación de Derecho e Informática de Chile (ADI-CHILE);
Abogado de la División Jurídica de la Contraloría General de la República.

"Boni pastoris esse tondere pecus, non deglubere"[1]
Suetonio, *Vida de Tiberio*, 32

1. PLANTEAMIENTO DE LA TESIS COMO INTRODUCCIÓN

Las perturbaciones humanas son capaces de socavar profundamente la paz social, destruir familias y conmocionar a toda una nación. Lamentablemente hemos sido testigos de lo anterior, con ocasión de los crímenes de secuestro, violación y homicidio a que fueron objeto una decena de adolescentes de la localidad de Alto Hospicio, en el norte de Chile. Junto con la herida que, por sí sólo, dejó este hecho tan alejado de la racionalidad, la negligencia y el fracaso policial que quedó de manifiesto tras los meses de investigación, provocaron desconfianza en la eficiencia de la autoridad y un sentimiento general de inseguridad.

Ante tales circunstancias, el Presidente de la República anunció, dentro de un conjunto de medidas destinadas a hacer frente a la delincuencia, la creación de un registro nacional de ADN, similar al modelo de otros países que cuentan desde hace años con bases de datos genéticos[2], tras entender que éstas, si bien no impiden la comisión delictiva, al menos, facilitan la persecución policial y los resultados de las investigaciones criminales.

Acciones como la precedentemente señalada, pueden ser consideradas, a priori, todo un acierto del Poder Ejecutivo, en la medida en que garanticen una tutela judicial efectiva y una eficaz identificación de los delincuentes. Sin embargo, si esta iniciativa se adopta como una forma de reaccionar frente a una situación puntual en que la opinión pública ha manifestado su disconformidad con las políticas de seguridad vigentes, tratando así de aportar con ella una señal firme que sea fácilmente acogida por una ciudadanía vulnerable que necesita respuestas a sus intereses generales de orden público y seguridad, es posible que la severidad no sea correctamente ponderada y la medida se materialice en términos excesivos[3], olvidando que los deseos deben obedecer a la razón[4].

[?] Correo electrónico: rodher1@yahoo.com

[1] "Es propio del buen pastor esquilar a las ovejas, no despellejarlas". Locución utilizada como invitación a la moderación, sobre todo en el ámbito político.

[2] En la Unión Europea, por ejemplo, sólo España, Italia y Grecia no cuentan, a la fecha, con una legislación que regule los análisis de ADN y las bases de datos genéticos.

[3] En septiembre de 2000, el Primer Ministro británico Tony Blair anunció personalmente la creación de un fichero genético de todos los delincuentes –alrededor de 3 millones de ciudadanos sospechosos de cualquier crimen-, dentro de un plazo de 3 años, reflejando así su preocupación por una opinión pública que parecía considerar "blandas" sus

Es esa preocupación y no otro motivo, el impulso que nos llevó a reflexionar sobre algunos puntos que, ineludiblemente, deben estar definidos por la autoridad al momento de crear un registro de ADN, concibiéndolo desde un principio como lo que es: una restricción de derechos fundamentales reconocidos a las personas de cuyos datos nominativos se trata. Esto significa que su creación debe contar con legitimidad constitucional para ser aplicada en una sociedad democrática, es decir, con la moderación que impide al pastor despellejar a sus ovejas o a un Gobierno dejar de servir a la persona humana.

2. NOCIONES SOBRE EL ADN COMO IDENTIFICADOR DE LOS INDIVIDUOS

De forma previa al desarrollo de nuestra línea argumental, corresponde sentar algunas nociones relacionadas con la información genética y con este tipo de registros. En primer lugar, cuando hablamos de ADN o ácido desoxirribonucleico nos estamos refiriendo a una macromolécula maestra en la cual están codificadas instrucciones que requieren las distintas clases de células para producir diferentes proteínas, y cuya importancia radica, según PERRETTA PAIVA, en que con ello "hace posible generar células y organismos enteramente similares y así establecer la herencia entre seres vivientes homólogos"[5].

Además, la secuenciación de las bases que forman este polímero —identificadas con las letras A (adenina), G (guanina), C (citosina) y T (timina)—, es decir, el orden en que están escritas en los 23 cromosomas del ser humano, abre enormes proyecciones en el campo terapéutico, por ejemplo vinculadas al envejecimiento o las enfermedades hereditarias[6]. Sin embargo, el desciframiento del genoma humano también da pie a un complejo debate ético y, por supuesto, jurídico, en relación con algunas aplicaciones de la información que se obtiene, aunque no entraremos en él por exceder con mucho nuestro estudio centrado en la intimidad genética de delincuentes[7].

---

iniciativas de orden público. No obstante, la medida provocó la protesta de organizaciones de derechos civiles ante hechos tales como la posibilidad de tomar muestras de ADN a un simple sospechoso, la conservación de las muestras en poder de la Policía incluso cuando se acredita que el detenido es inocente, o ante el riesgo de que se tome la huella genética de forma indiscriminada, incluso en casos de delitos en los que no juega ningún papel, como en una estafa, por ejemplo.

[4] "Appetitus rationi oboediant", Cicerón, *De officiis*, 1, 29.

[5] Perretta Paiva, Marco. *El Genoma Humano.* "Los derechos de la persona que está por nacer", Conferencias Santo Tomás de Aquino 2000, p. 21.

[6] Pese a ser un hecho de conocimiento público, cabe consignar que la secuenciación de las bases del ADN ha sido recientemente descifrada por un equipo de científicos de *Celera Genomics*, en Maryland, Estados Unidos.

[7] Tan sólo adelantaremos que el debate suele manifestar, entre otros, el temor a que ocurran tratos discriminatorios particularmente en el trabajo o al momento de contratar seguros o préstamos bancarios, si es que se exige como requisito previo a la toma de decisiones, la entrega de análisis genéticos. Al respecto, la prensa ha denunciado casos de discriminación genética que abren la puerta a la discusión. El diario español El País, de 27 de agosto de 2000, menciona el caso de un niño de cinco años, con dificultades de aprendizaje, al que, luego de practicarle exámenes genéticos, se le detectó que padecía "Síndrome X de Debilidad", una forma hereditaria de retraso mental. Al poco tiempo de conocido esto, la mutua médica canceló su seguro alegando que su condición existía antes de la contratación de la póliza. También menciona la situación de una asistente social que fue despedida de su trabajo una semana después de que ingenuamente revelara en una reunión de trabajo que su madre sufría del mal de Huntington y que tenía un 50% de probabilidades de padecer esa enfermedad caracterizada por el deterioro paulatino del cerebro. Es decir, no tenemos que esperar un panorama de control y desarrollo tecnológico como el que presentó en 1997 la película "GATTACA", de Andrew Nicoll, para encontrar ejemplos de una preocupación cierta que de no ser abordada podría conducir al surgimiento de una clase inferior de ciudadanos estigmatizados por su herencia genética.

Por otra parte, los exámenes de ADN constituyen pericias científicas realizadas sobre muestras biológicas que contienen estas moléculas, destinadas a determinar secuencias exclusivas de una persona. Como resultado de lo anterior, se forma una "huella genética" del individuo[8], que en el ámbito forense se contrasta con aquella hallada en el lugar de comisión de los hechos punibles o en la propia persona o ropas de la víctima, y cuando coinciden es posible concluir el grado de probabilidad de la autoría del sujeto de quien proceden las muestras.

Tales resultados, una vez digitalizados, se pueden almacenar en bases de datos automatizadas. En ellas se trata información de diferente categoría, sea referida a delincuentes individualizados genéticamente, a evidencias encontradas en el lugar del delito o, incluso, a la información genética de las víctimas. Por lo tanto, no hay duda que los datos que se recolectan en estos ficheros son de carácter nominativo, ya que conciernen a personas naturales o físicas identificadas o identificables y, por ende, su tratamiento debe ser respetuoso de las normas sobre protección de datos de carácter personal[9].

Sin perjuicio de lo anterior, el cúmulo de datos personales arrojados por un examen de ADN también es diverso, y aunque en algunas ocasiones podrán ser de mera identificación, como es el caso del nombre, sexo o edad, y la posibilidad de tratamiento no reciba mayores trabas, en otras pueden ser datos sensibles referidos a la salud y de cuyo análisis es posible confeccionar perfiles y realizar valoraciones de la personalidad del individuo que fácilmente pueden derivar en discriminaciones arbitrarias o clasificaciones odiosas, lo cual exige una protección especial, un refuerzo en la tutela. De hecho, las leyes de protección de datos personales suelen responder prohibiendo el tratamiento de los datos sensibles, salvo que la ley o el consentimiento expreso del titular dispongan lo contrario.

Finalmente, cabe agregar que el código genético de las personas es único, exclusivo y excluyente, lo que permite identificarlas con certeza, y está presente en todas 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. Además, la aplicación de esta prueba puede ocurrir transcurrido largo tiempo desde que se recogen las muestras, siempre que sean favorables las condiciones de conservación. De ahí el enorme interés en disponer de un sistema de información genética para la investigación forense.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU POSIBILIDAD DE LIMITACIÓN

Hemos planteado precedentemente que la argumentación de nuestra tesis se basa en considerar que 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 que mencionaremos en este trabajo. Aunque para un jurista, esta premisa no debe escapar por mucho de lo obvio, en ocasiones resulta conveniente salvar toda duda y dedicarle un análisis como el que realizaremos a continuación.

---

[8] *DNA fingerprint* en la normativa en inglés, o *Genetische fingerabdruck* en la alemana.

[9] Véase a Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática.* Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 1999, pp. 119-140; o Suñé Llinás, E. *Protección de datos personales y genoma humano*. 2001.

Dado que la información genética está garantizada en los catálogos de derechos humanos como parte de la privacidad del individuo o, más bien, dentro de la intimidad en sentido estricto, y si, además, se resguarda a su titular frente al tratamiento que de ella pueda realizar un tercero que administre las bases de datos que contienen las huellas genéticas —gracias al reconocimiento de un derecho fundamental específico para la protección de datos de carácter personal—[10], cabe concluir que la recolección, conservación y procesamiento de los resultados de muestras de ADN bajo estos registros, importan una intromisión en el ámbito en que el individuo está facultado y amparado para mantener la reserva. Y si a ello agregamos que para recoger las muestras que generarán los datos del registro, en ocasiones resulta necesaria una intervención corporal previa, demostrativa de una clara injerencia en la intimidad personal y corporal, en la dignidad de la persona, y en la integridad física y psíquica del individuo, vemos reforzado nuestro argumento.

Ahora bien, en nuestra afirmación inicial hemos incorporado una alusión expresa a la sociedad democrática, por considerarlo el entorno político dentro del cual se admiten estos derechos constitucionales. Sin embargo, la relación entre una sociedad democrática y el reconocimiento de los derechos fundamentales no resulta del todo fácil, sobre todo cuando la comunidad política, representativa de los individuos, es capaz de afectar el contenido de tales derechos imponiendo limitaciones. En tales circunstancias, ciertos intereses individuales garantizados con determinados derechos pueden ceder ante intereses generales y públicos, si la voluntad del pueblo se pronuncia a favor de ello, impidiendo excepcionalmente que su titular pueda exigir a terceros el respeto de su ejercicio.

Afortunadamente, la autoridad ve acotada su intervención por el propio Estado de Derecho democrático y social, que exige a estas medidas legitimidad constitucional, so pena de adolecer de nulidad y ser inaplicables. Por lo tanto, es la propia sociedad democrática la que permite establecer en cada caso un equilibrio entre la garantía de los derechos fundamentales y la necesidad de preservar los intereses generales de la comunidad, al desautorizar las injerencias desproporcionadas.

A mayor abundamiento, cabe recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2, señala: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley y con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática". Es más, en el artículo 30 añade: "Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y

[10] Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional española, por un lado, y la Carta Europea de Derechos Fundamentales, por el otro. La sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional, junto con declarar inconstitucionales algunos preceptos de la Ley orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, admite que el artículo 18.4 de la Constitución española recoge un derecho fundamental distinto del de la intimidad, un derecho que en fallos anteriores había denominado como libertad informática. Es así como señala que la *"garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención"*. Véase también a Rodolfo Herrera Bravo, *La inconstitucionalidad de la ley orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal*. 2001. www.adi.cl

desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".

En esa misma línea, MUÑOZ ARNAU explica que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ofrece un amplio catálogo de limitaciones a los derechos fundamentales, pero haciendo presente que los Estados tienen prohibido establecer restricciones más amplias a estos derechos que las previstas en dicho Acuerdo. Además, afirma que las medidas que se impongan no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas, introduciendo así, un control de las limitaciones en función de la finalidad legalmente perseguida, convenientemente justificado[11].

Bajo dicho predicamento, la legitimidad constitucional de una medida como el registro de ADN se sustenta bajo requisitos suficientemente bien asentados en la doctrina y jurisprudencia internacional. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido en reiterada jurisprudencia que las medidas limitadoras deben, en primer lugar, ser previstas por la ley[12]; en segundo término, ser necesarias[13]; luego, responder a un fin legítimo[14]; y finalmente, establecerse con proporcionalidad. Cabe resaltar este último requisito —la proporcionalidad—, porque el hecho que las medidas sean adecuadas con el fin perseguido, según palabras de MUÑOZ ARNAU[15], constituye la "base del equilibrio entre la protección de los derechos y la de los intereses de la sociedad democrática".

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, de modo similar al órgano anterior, ha establecido que los límites de los derechos deben ser interpretados restrictivamente, por eso, las limitaciones, además de estar previstas en la ley, deben ser siempre justificadas y las resoluciones limitadoras, suficientemente motivadas, razonables, proporcionadas en relación con el bien o derecho que limitan, y destinadas a cumplir realmente el fin para el que fueron establecidas.

Dicho tribunal aborda la justificación de las medidas en la sentencia 8/1992, de 16 de enero, al señalar: "cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, 'la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación' [...] es preciso no sólo que exista una especial justificación, sino que [...] se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó". [16]

En cuanto al respeto de los fines previstos en la Carta Fundamental o en la ley, el órgano colegiado entiende que la restricción debe servir para alcanzar un fin legítimo

---

[11] Muñoz Arnau, J. *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español.* Ed. Aranzadi, Pamplona. 1998. pp. 59-60

[12] En el caso *Leander c. Suecia*, se señaló que la ley debía usar términos suficientemente claros para indicar de manera adecuada en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita al poder público a una injerencia secreta y virtualmente peligrosa en la vida privada. Además, en el caso *Silver y otros c. Reino Unido* se insistió en la necesidad de que la norma deba ser lo suficientemente precisa para permitir que el ciudadano prevea en un grado razonable las consecuencias de su conducta.

[13] En el caso *The Sunday Times c. Reino Unido*, estableció que si el adjetivo "necesaria" no es sinónimo de "indispensable" tampoco tiene la flexibilidad de términos tales como "admisible", "normal", "útil", "razonable" u "oportuno" e implica la existencia de una necesidad social imperiosa.

[14] Muñoz Arnau señala al respecto: "*Los fines son los tasados, pero por la propia amplitud con que son formulados, se recogen en expresiones más concretas que representan otras tantas particularidades del bien jurídico que se protege*". Muñoz Arnau, Juan. Op. Cit. p. 77.

[15] Muñoz Arnau, Juan. Op. Cit. p. 76.

[16] STC 8/1992, de 16 de enero (RTC 1992, 8) F. 2. Citado por Muñoz Arnau, Juan. Op. Cit. pp.151-152.

verdadero, real, no uno apócrifo. Son estas finalidades las que, por razones justificadas de interés general, permiten limitar los derechos y les privan de un carácter absoluto.

Por último, el Tribunal Constitucional español ha explicado la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas en la sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, indicando: "Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que [no] exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)". [17]

Y agrega en la sentencia 66/1985, de 23 de mayo: "La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a un enjuiciamiento por este Tribunal cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo o innecesario de derechos que la Constitución garantiza". [18]

En definitiva, ningún derecho, ni siquiera los de naturaleza o carácter fundamental, puede ser considerado como absoluto, en cuanto a no admitir injerencias, por ello debemos asumir tales limitaciones impuestas a nuestra libertad de acción por el legislador, como ocurre en el caso del tratamiento de datos concernientes a la intimidad genética, para así servir a intereses colectivos de la sociedad, y para cultivar y fomentar la vida en común, siempre que esto se haga dentro del margen de lo exigible y se garantice la autonomía de la persona [19].

4. EL CONTENIDO ESENCIAL DE ALGUNOS DERECHOS AFECTADOS CON EL REGISTRO DE ADN

Atendido que el establecimiento de un registro de ADN restringe, entre otros, los derechos a la privacidad, intimidad e integridad corporal de los delincuentes a quienes pertenecen los datos que se incluyen en la base, y pese a que la naturaleza de estos derechos no impide, de ser necesario, imponerles límites justificados por finalidades que benefician el interés de la comunidad, la injerencia que establezca la ley, junto con ser proporcionada, debe respetar el contenido esencial del derecho, es decir, aquel núcleo irreductible necesario para que no se desnaturalice.

En tales términos lo establece expresamente nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 Nº 26, al disponer que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Con ello está garantizando que, en un momento histórico determinado, los intereses jurídicamente protegibles que dan vida a los derechos, resulten real, concreta y efectivamente tutelados, al impedir que las limitaciones los hagan impracticables, dificulten su aplicación más allá de lo razonable o los despojen de la necesaria protección.

---

[17] STC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207) F. 4. Citado por Muñoz Arnau, Juan. Op. Cit. p. 153.
[18] STC 66/1985, de 23 de mayo (RTC 1985, 66) F. 1. Citado por Muñoz Arnau, Juan. Op. Cit. p. 153.
[19] Véase Benda, E. *Dignidad humana y derechos de la personalidad,* en AA VV, Manual de Derecho Constitucional, trad. Antonio López Pina, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996. p. 117.

Ahora bien, como el concepto jurídico "contenido esencial" es indeterminado, para su precisión hay que acudir, en primer lugar, a la naturaleza jurídica del derecho fundamental al que pertenece, es decir, a aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a éste y tiene que quedar comprendido en otro derecho. Lo anterior impide buscar las respuestas únicamente en la Constitución, debiendo mirar, además, las ideas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas. En segundo término, y de forma complementaria a la naturaleza jurídica, se debe atender a los intereses jurídicamente protegidos. Así, habrá una vulneración de dicho contenido esencial cuando en la ley ya no sea posible reconocer los elementos constitutivos que identifican y singularizan el derecho fundamental.

Por eso nos parece importante detenernos brevemente sobre el contenido esencial que resguarda algunos derechos que reciben una injerencia a través de las pruebas genéticas y el establecimiento de las bases de datos de ADN. En particular, nos referimos a la integridad física —artículo 19 Nº 1 de la Constitución Política— y a la intimidad corporal y personal —parte del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 19 Nº 4—, derechos que dimanan de la inmunidad corporal y que se traducen en la posibilidad de no sufrir lesión o menoscabo en el cuerpo o en la apariencia externa sin consentimiento. Cabe destacar esto último, porque la extensión de esta garantía protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo, poniendo en riesgo o dañando su salud, sino que su ámbito constitucionalmente protegido también comprende toda clase de intervenciones en el cuerpo que carezcan de la aquiescencia de su titular.

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.

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.

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)[20].

[20] En España, el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, analizó una impugnación de un auto de un Juzgado de Instrucción —confirmado por la Audiencia Provincial, quien desestimó los

Aunque se ha sostenido que la prohibición de torturas o tratos inhumanos o degradantes delimita el ámbito constitucionalmente protegido por la integridad física, la determinación del momento en el que se atraviesa desde una lesión constitucionalmente irrelevante hacia un maltrato lesivo del derecho fundamental sólo puede resolverse casuísticamente, considerando circunstancias puntuales del caso en cuestión. Por eso, existe una tendencia a considerar como pena o trato degradante a aquella que provoca una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena[21].

El derecho a la intimidad, en cambio, 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. Está amparado en el artículo 19 Nº 4 de la Constitución Política, el cual asegura el respeto y protección a la vida privada, expresión más amplia que intimidad, ya que aquélla es genérica y comprende a todo lo que no es o no queremos que sea de general conocimiento, sin necesidad de que sea íntimo. Asimismo, 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.

Lo anterior ha llevado a la doctrina a distinguir distintas clases dentro del derecho a la intimidad. En Alemania, HUBMANN[22] propuso la *Sphärentheorie* compuesta por el concepto de *intimsphäre*, referido a la esfera de lo secreto y que se lesiona cuando llegan al conocimiento de los demás hechos o noticias que deben permanecer ocultas o cuando éstas se difunden; el de *privatsphäre*, que protege el ámbito de la vida personal y familiar; y el de *individualsphäre*, que alude a todo lo que atañe a la peculiaridad o individualidad de la persona. No obstante, esta teoría, ampliamente difundida en Europa y Estados Unidos, presenta un problema advertido, entre otros, por MORALES PRATS[23], quien sostiene que estas esferas en realidad se comunican y por medio del consentimiento de su titular los componentes de la zona de secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza, o bien éstas pasar a la esfera privada.

Además, para volver aún más complejo el panorama, se agrega un nuevo derecho en el ordenamiento jurídico alemán, a través de una interpretación del Tribunal Constitucional federal, conocido como autodeterminación informativa, y que consiste en la posibilidad del individuo de "decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida"[24].

Lo anterior demuestra que la vulneración del derecho a la intimidad es compleja, por lo que la abordaremos desde una doble perspectiva, efectuando una útil distinción entre un concepto restringido denominado intimidad corporal y otro más amplio llamado intimidad personal. De esta forma, podemos considerar que una intervención

---

recursos de reforma y queja que se interpusieron en su contra— que ordenó la práctica de una intervención corporal y consiguiente diligencia pericial sobre el pelo del recurrente en amparo, con objeto de determinar si era consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes y, si fuera adicto a las mismas, el tiempo desde que lo pudiera ser. Para ello se le requería a que accediera a que el Médico Forense procediera a cortarle cabellos de diferentes partes de la cabeza, y la totalidad del vello de las axilas, bajo apercibimiento de que su negativa podría suponer la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial. Se trata de un caso concreto que refleja lo delicado del tema.

[21] Véase la opinión del Tribunal Constitucional español en el Auto 333/1997, de 13 de octubre.

[22] Hubmann, H. *Das Personlichkeitsrecht.* 2ª Ed. Colonia, 1967.

[23] Morales Prats, F. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática.* Destino, Barcelona. 1984. p. 129.

[24] Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Nº 33, p. 152.

corporal, como una extracción de pelos, probablemente no entre en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal, ni, por lo tanto, llegue a vulnerarlo, en cambio, puede que si ocurra respecto de la intimidad personal.

En esa línea, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia Nº 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 en cuestión, cuyo conflicto surgió a 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. 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[25].

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 exceden del ámbito protegido por el pudor o recato o los medios utilizados no resultan agresivos[26].

5. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS REGISTROS DE ADN DE DELINCUENTES, DESDE LA ÓPTICA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN

Más de una interrogante surge, entonces, respecto de la legitimidad de una medida restrictiva de los derechos fundamentales antes mencionados, medida que, por cierto, junto con respetar sus contenidos esenciales, debe guardar proporcionalidad con el fin que justifica su establecimiento legal. La posibilidad que el legislador se apegue o no a dicha proporcionalidad despierta diversas inquietudes, dos de las cuales servirán de base para continuar el desarrollo de nuestra investigación. La primera está referida al nivel de información genética que se pretende incorporar en los registros, y la segunda, al tipo delictivo que motivará el procedimiento para ingresar los datos en las bases.

5.1.- Alcance de la información genética necesaria para cumplir las finalidades del registro

[25] Véase a Suñé Llinás, E. *Tratado de Derecho Informático.* Vol. I. Universidad Complutense, Madrid. 2000. p.32
[26] Herrero-Tejedor, F. *La intimidad como derecho fundamental.* Ed. Colex, Madrid. 1998. pp. 114-116.

La riqueza de contenido que ofrece una muestra de ADN permite que un registro persiga fines diversos, algunos más cuestionados que otros por parte de la sensibilidad social. Uno de dichos fines es forense y está orientado a enfrentar la delincuencia, colaborando en la investigación de hechos punibles y en la determinación de los responsables. Por ello, un primer paso es determinar en la ley la extensión imprescindible de las investigaciones genéticas a los efectos antes indicados, dado que no estamos en casos en los que importe predecir una enfermedad futura, por ejemplo, sino sólo se requiere identificar a un sujeto con un grado elevado de certeza.

En tal sentido, es el propio ADN quien admite una distinción válida de seguir al diferenciar aquel que permite confeccionar perfiles del individuo, del que únicamente sirve como identificador. El primero es conocido como ADN codificante o expresivo y se refiere a aquellos fragmentos de ácido nucleótido que determinan, por el orden de sus nucleótidos, a los diferentes genes que definirán las características de las personas a través de la síntesis proteica, indicando la secuencia de los aminoácidos de las proteínas que codifican y el grado de expresión del gen en cada tejido y en cada tiempo. Es un porción de ADN poco polimórfica, formada por secuencias altamente conservadoras con muy pocas variaciones interindividuales o intergeneracionales, que no resultan de interés para fines de identificación de los individuos. Por el contrario, generan una información excesiva e íntima del sujeto, por lo que, la creación de un registro para tratarla, motivaría una injerencia en derechos de la personalidad carente de legitimidad, si no cuenta con el consentimiento expreso del afectado.

Sin embargo, también existe el ADN no codificante, caracterizado por la gran variabilidad de sus secuencias de un individuo a otro, lo que lo vuelve idóneo para la identificación de personas, ya que —salvo en el caso de gemelos univitelinos— no existen dos que tengan la misma secuencia de bases en el ADN. Precisamente, la medicina forense utiliza esta parte del ADN para generar la huella genética, por ejemplo, a través de técnicas como la *southern-blotting* o hibridación, basada en el análisis de fragmentos de longitud polimórfica que reproducen bandas semejantes a un código de barras, o la *polymerase chain reaction* que permite reproducir o amplificar el ADN a partir de muestras corporales mínimas.

Países con mayor experiencia que la nuestra en los usos de informaciones genéticas han optado por admitir únicamente la utilización del ADN no codificante. Alemania, por ejemplo, ha establecido que la diligencia del análisis de ADN como medida de investigación a practicar en la fase de averiguación, sea que afecte a la persona contra la que existen indicios de criminalidad, sea que recaiga sobre vestigios hallados en el lugar de los hechos, debe ser admisible sólo en forma de huella genética con la finalidad de probar la identidad, ya que sólo esta injerencia puede ser considerada como neutral para la personalidad.

En tal sentido, una sentencia de 1996, del Tribunal Constitucional federal alemán señaló que "la investigación del ámbito no codificante de la molécula de ADN tiene por objeto solamente la estructura formal de las secuencias de bases correspondientes a esas moléculas de ADN, la cuales no contienen información acerca de las características hereditarias del individuo". "[...Por lo tanto,] estas investigaciones no afectan a las informaciones sobre las características hereditarias del afectado almacenadas en los genes. Conforme al estado actual del conocimiento científico no es evidente que mediante este tipo de investigaciones queden al descubierto las características de la personalidad. No queda afectado mediante estas investigaciones el

ámbito nuclear de la vida privada, intangible para el poder público. La investigación muestra exclusivamente el esquema formal del ámbito no codificante del ADN el cual como característica de identificación puede ser valorado de la misma manera que las huellas digitales, las características hematológicas o la estructura capilar, cuya utilización en el proceso penal resulta admisible desde el punto de vista constitucional. Consiste esta modalidad de análisis de ADN sólo en un perfeccionamiento de los métodos de investigación criminalísticos comprendidos dentro de la finalidad normativa del § 81*a* StPO".

A su turno, la *National DNA Database* británica, gestionada por el *Forensic Science Service*, incorpora datos que por su contenido pueden ser considerados como pertenecientes al ámbito no codificante del ADN, bajo el amparo de la *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994. Esta ley establece una nueva regulación acerca de la conservación y retención de informaciones derivadas de las muestras corporales, distinguiendo, por un lado, el caso de los perfiles de ADN en bases de datos con la finalidad exclusiva de elaborar estudios estadísticos; y por el otro, aquellas que persiguen fines de investigación criminal.

En Estados Unidos, rige la *Genetic Privacy and Nondiscrimination Act*, de 1995, que parte del principio de que la información genética es exclusivamente privada de manera que dicha información personal no podrá ser almacenada o revelada sin autorización escrita de la persona afectada. Es más, señala que el uso y revelado indebido de la información genética puede ocasionar significativos perjuicios al individuo, incluyendo la estigmatización y discriminación en áreas como el empleo, la educación, la salud y los seguros. Y agrega un hecho no menor, que el análisis de ADN de un individuo proporciona información, no sólo relativa a él, sino también acerca de los progenitores, hermanos y descendientes del mismo, lo que afecta a la *privacy* familiar.

Sin embargo, también contempla excepciones a la autorización previa en el caso de identificaciones que tienen por objeto la aplicación de la ley penal o cuando la obtención y análisis de muestras de ADN han sido ordenadas por los tribunales. A tales efectos, requiere el cumplimiento de tres presupuestos, a saber: *i)* que la obtención, almacenamiento y análisis de una muestra de ADN esté autorizada conforme a una ley federal o estatal; *ii)* que estén limitadas al objeto de contrastar muestras de ADN en investigaciones criminales; y *iii)* que el acceso a las muestras esté limitado a las agencias autorizadas para la aplicación de la ley penal, a las acusaciones, a la defensa técnica, a los acusados y sospechosos y a sus agentes autorizados.

Aunque esta ley no restringe expresamente el ámbito de la muestra de ADN, es posible colegir tras el análisis de los conceptos que emplea y al principio de necesidad exigido para la legitimidad de las injerencias en los derechos fundamentales, que se requiere sólo del ADN no codificante. En efecto, aunque la *private genetic information* sea definida como "cualquier información acerca de un individuo identificable derivado de la presencia, ausencia, alteración o mutación de un gen o genes, o de la presencia o ausencia de uno o varios marcadores específicos de ADN", la ley emplea el término *DNA typing*, para referirse al "método científicamente realizable para caracterizar y comparar secuencias de ADN, y aplicar un análisis estadístico de la frecuencia poblacional para determinar si las secuencias de ADN coinciden y la posibilidad de que la coincidencia ocurra por casualidad", el cual, unido al hecho de que dicho análisis esté limitado al contraste de muestras en investigaciones penales, y a que la orden en que se

autoriza deba especificar que se limite a lo que sea necesario para satisfacer el objetivo de ésta, nos permite concluir que se debe utilizar ADN no codificante.

Afortunadamente, el alcance al que nos hemos referidos en estos casos se recoge en el proyecto de ley chileno en tramitación, y de modo expreso, ya que dentro de sus principios centrales, luego de señalar que el Registro tiene carácter reservado y es de acceso restringido, no pudiendo constituirse en fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna, dispone que los análisis se limitarán al ADN no codificante, dado que no revela más datos que los meramente identificatorios, eliminando así toda vulneración del derecho a la intimidad, lo cual habilita, justifica y, en concepto del Poder Ejecutivo, exige la creación del Registro. De esta forma, encontramos concordancia entre el alcance de los análisis y el objeto de la medida registradora, consistente en facilitar el esclarecimiento de los hechos de una investigación criminal, particularmente en lo relativo a la identificación de los responsables, no admitiendo desvíos a otros fines o instancias que no sean los propios de un proceso penal.

5.2.- Naturaleza y gravedad de los delitos cuya investigación justifica los análisis de ADN

A la hora de establecer uno de estos registros no puede ignorarse el hecho de que la mayoría de los delitos no reciben un aporte para su esclarecimiento de parte de las pruebas de ADN, lo que parece indicar que la justificación de la medida existe sólo en relación con ilícitos penales que por el modo de comisión generan vestigios biológicos. Además, surge la inquietud acerca de los resultados de los análisis de ADN y su posibilidad de ser incorporados en estas bases de datos, considerando como presupuesto para ello el que la gravedad del delito atente contra un bien jurídico de trascendencia social.

Esta situación ha sido abordada en la Unión Europea por la Recomendación Nº R (92) 1, del Comité de Ministros, sobre la utilización de los análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal, la cual establece que la obtención de muestras para realizar los análisis de ADN se efectuará de conformidad al derecho interno y que el recurso a tales análisis debe ser autorizado en todos los casos que resulten apropiados, cualquiera sea el nivel de gravedad de la infracción. De este modo, la recomendación amplía estos análisis a cualquier delito, sin considerar su gravedad, hecho que resulta contrario al principio de proporcionalidad que legitima la medida restrictiva de derechos fundamentales.

Sin embargo, lo anterior encuentra explicación en el Memorandum que adjunta la Recomendación, ya que según este documento las muestras obtenidas para el análisis de ADN y sus resultados, a efectos de la investigación y persecución de hechos criminales (*criminal offences*), no deben ser usados para otros objetivos. Además, radica en cada legislación nacional la definición de lo que entiende por *criminal offences*, para determinar así los casos de procedencia de los análisis.

Bajo tal supuesto, el Memorandum reconoce que ha sido excluido el principio de proporcionalidad, justificado ello sobre la base de una distinción previa desde el punto de vista de quien solicita el análisis. Así, si la diligencia de ADN es impetrada por el acusado, como medio de defensa para excluir toda sospecha en su contra desde un principio, recomienda una mayor amplitud de delitos sobre los que pueda solicitarse la

práctica, pero cuando el recurso al análisis de ADN es requerido por la acusación, ha de limitarse a los casos de delitos más serios o graves.

Por otra parte, la Recomendación no sólo se refiere a la extensión con que se debe admitir el análisis de ADN, sino también a la posibilidad de incorporar o no en la base de datos los resultados de dichos estudios, apoyándose en este caso en dos criterios que aseguran el respeto del principio de proporcionalidad: la gravedad del delito y su especialidad. En términos generales, sostiene que los resultados de los análisis de ADN pueden ser conservados cuando el interesado ha sido reconocido culpable de delitos graves y cuando éstos atentan contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas.

Como lo anterior no vincula obligatoriamente a los Estados miembros de la Unión Europea —a diferencia de una Directiva, por ejemplo—, no existe uniformidad de criterios en sus legislaciones internas. Gran Bretaña es un caso en el que el derecho interno se aparta de la Recomendación del Consejo de Ministros. La *Police and Criminal Evidence Act*, de 1984, originariamente exigía como criterio habilitante para la extracción de muestras corporales la concurrencia de un hecho criminal perteneciente a la categoría denominada *serious arrestable offence*, es decir, aquellos delitos que comportan una pena de reclusión no inferior a 5 años. Sin embargo, la modificación introducida por la *Criminal Justice and Public Order Act*, de 1994, admite que es suficiente que el ilícito sólo merezca el calificativo de *recordable offence*, lo que comprende penalidades inferiores a la indicada.

Por lo tanto, existe una gran amplitud de delitos que legitiman la extracción de muestras corporales y su posterior análisis genético, ya que la *List of Recordable Offences* contenida en la *Schedule of Offence Recordable at the National Identification Bureau*, recoge más de 60 modalidades delictivas de muy diversa naturaleza, no todas sancionables con penas privativas de libertad, lo que impide fijar un criterio único para determinar una gravedad punitiva concreta. Esa es la razón por la que autores como STEVENTON consideran que al estar permitiendo conservar información de las personas condenadas por cualquier *recordable offence*, este hecho puede ser considerado como una injustificada injerencia en la *privacy* del individuo[27].

Alemania, en cambio, está muy cercana a la Recomendación del Consejo de Ministros porque, pese a no disponerlo expresamente su legislación, la jurisprudencia y doctrina apuntan en la dirección de limitar la práctica de la huella genética sólo a los supuestos verdaderamente graves, como delitos de violencia sexual y homicidios. Nos ilustra en tal sentido, el Tribunal Constitucional alemán, a través de una sentencia de 1995, para la cual la idea de una justicia penal eficaz exige la satisfacción del interés procesal en la investigación de la verdad. Además, sostiene que el esclarecimiento de los hechos punibles graves constituye una misión especial del Estado de Derecho, y hace presente que la práctica de la huella genética supone una injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales que exige, por consiguiente, la observación del principio de proporcionalidad, el cual requiere que la medida sea indispensable y se encuentre en una relación proporcionada a la gravedad del hecho.

Por último, en el caso chileno, el proyecto de ley en trámite establece para los delitos de secuestro, substracción de menores, violación y demás delitos sexuales, homicidio y robo con violencia o intimidación en las personas, independientemente de

[27] STEVENTON. *Creating a DNA Database*, Journal of Criminal Law, 1995, Vol. 59, Nº 4.

su sanción, una obligación al juez del crimen en orden a disponer la práctica de un examen destinado a obtener la huella genética del autor del delito[28], y, acto seguido, informar al órgano competente para que proceda a la inclusión de dichos datos en el Registro Nacional de ADN. Aunque no encontramos reparos en este punto, nos parece criticable lo que a continuación establece, ya que extiende esta obligación para cada caso en que la sentencia condenatoria ejecutoriada imponga una pena privativa de libertad de presidio o reclusión mayor, o superior a ésta. También nos merece dudas el hecho de permitir respecto de cualquier delito que el juez competente, de oficio o a petición del fiscal o del querellante particular, pueda ordenar tal práctica en la sentencia condenatoria ejecutoriada.

La crítica descansa sobre la base de que se pretende dar al registro un extensión excesiva, quizás a causa de que fácilmente se olvida tras los supuestos precedentemente estudiados, que la justificación para realizar análisis de ADN e incorporar sus resultados en el registro, no sólo obedece a la gravedad del delito en cuestión y al hecho de que su modo de comisión produzca vestigios biológicos —situación que no respeta el proyecto en el segundo caso—, sino también a la alta probabilidad de reincidencia, hecho que, precisamente, es el que motiva la creación de estas bases de datos. Así lo han entendido algunas legislaciones estatales de Estados Unidos en las que se circunscribe la práctica de análisis genético a los delitos sexuales, atendido que su índice de reincidencia ronda en torno al 25%.

Dudamos, entonces, que incorporar en el registro la huella genética de un condenado por delitos en los que no suelen quedar vestigios biológicos, como una estafa, por ejemplo, o de ilícitos de menor gravedad, como el manejo en estado de ebriedad, o incluso, la consideración de los autores intelectuales, goce de legitimidad constitucional, porque la injerencia en la intimidad y la integridad corporal carece de justificación suficiente[29] y resulta desproporcionada, dado que no se condice con la "necesariedad" que el proyecto expone en el mensaje, toda vez que la elección de la investigación de ADN como medio para identificar a los autores de tales ilícitos es, sin duda, una opción que desborda la esencia de aquellos derechos.

6. OTRAS OBSERVACIONES GENERALES AL PROYECTO DE LEY

Por tratarse aún de un proyecto de ley, asumimos que el interés de este apartado es temporal, ya que el texto definitivo que se apruebe, promulgue y publique como ley de la República requerirá nuevos análisis, más coetáneos con él y enriquecidos con el debate parlamentario que se tenga a la vista. En nuestro caso, la proximidad con su ingreso a trámite nos priva de esa fuente interpretativa, por eso, preferimos mencionar a continuación sólo algunas observaciones generales sin entrar en un estudio del contenido, que desde ya queda pendiente.

Una primera idea que creemos necesario advertir dice relación con el contenido del Registro. El proyecto dispone que éste se constituya sobre la base de la huella genética obtenida en el curso de la instrucción de un proceso criminal, huella que se

[28] Creemos necesario precisar en el proyecto de ley que sólo se trata del autor material y no del intelectual, ya que la actual redacción no lo aclara y donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir.

[29] Reconocemos que más de algún caso de laboratorio admitirá la utilidad de los análisis de ADN para identificar al autor de un delito de "cuello blanco", pero no nos parece que este hecho incidental deba ser capaz de motivar una limitación de derechos fundamentales, la cual debe ser aplicada de forma excepcional e interpretada restrictivamente.

encuentra asociada a la identificación de un condenado por sentencia ejecutoriada, y que se integra a los antecedentes de su prontuario. En este punto, debemos reconocer que la proporcionalidad de la injerencia en los derechos fundamentales de las personas a quienes se les practican los análisis de ADN a estos efectos, se ve respetada al utilizar términos claros respecto del sujeto, circunscribiendo el contenido del Registro a huellas genéticas de condenados por sentencia ejecutoriada, excluyendo así toda ambigüedad que provocan expresiones referidas a "personas implicadas en los hechos" o "declaradas culpables", como ocurre en la Recomendación europea mencionada precedentemente.

Sin embargo, en otras disposiciones se observa que la intención final del legislador parece ser más amplia y, por ende, excesiva en algunos puntos, al disponer la creación de una segunda base de datos, distinta del Registro Nacional de ADN que incorpora las huellas genéticas de las personas condenadas. Este Registro adicional se denomina "de Antecedentes Accesorios", y en él se consigna: *i)* la huella genética asociada a una evidencia obtenida durante un proceso penal, sin estar asociada a una persona determinada; *ii)* la huella genética de las víctimas, previa orden judicial; y *iii)* la huella genética de quienes hubieren sido imputados de la comisión de un delito y hubieren sido absueltos o sobreseídos por ser inimputables.

Es este último caso el que nos parece criticable, dado que se estaría elaborando un listado de personas que, aunque no pueden ser sancionadas penalmente, se les clasifica y, consecuencialmente, estigmatiza en un registro que no persigue ya la identificación de delincuentes, principalmente reincidentes, sino que, al parecer, sólo busca ofrecer tranquilidad frente al temor que la sociedad suele tener a las personas que sufren trastornos mentales.

Finalmente, en relación con los órganos competentes para cumplir las obligaciones impuestas por el Registro Nacional de ADN y el Registro de Antecedentes Accesorios, el proyecto dispone —en concordancia con otras disposiciones orgánicas que menciona—, que el Servicio Médico Legal asuma dentro de sus funciones la extracción de las muestras biológicas útiles para determinar la huella genética[30], practique los exámenes de ADN solicitados por la autoridad competente dentro del proceso penal, conserve las muestras y los resultados mientras se realiza su procesamiento, remita los antecedentes al órgano encargado de la administración de la base de datos, y luego, destruya las muestras biológicas en las que se ha basado[31].

---

[30] Cuando por razones de urgencia o distancia el personal del Servicio Médico Legal no pueda proceder oportunamente a la extracción de las muestras, el procedimiento podrá ser realizado por el personal de los Servicios de Salud.

[31] El proyecto de ley debe interpretarse en concordancia con las disposiciones del Código Procesal Penal. En especial los artículos 197 a 199. El primero, referido a los exámenes corporales, establece:

"Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.

En caso de que fuere menester examinar al ofendido, el fiscal le solicitará que preste su consentimiento. De negarse, solicitará la correspondiente autorización al juez de garantía, exponiéndole las razones en que se hubiere fundado la negativa. Tratándose del imputado, el fiscal pedirá derechamente la autorización judicial.

El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero".

El artículo 198 preceptúa:

"Tratándose de los delitos previstos en los artículos 361 a 367 bis y en el artículo 375 del Código Penal, los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deberán practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar los antecedentes y muestras correspondientes.

Por su parte, la organización, administración y custodia se le confiere al Servicio de Registro Civil e Identificación, quien asume una serie de obligaciones frente a otras autoridades competentes y respecto de la información contenida en la base. Una de ellas consiste en restringir el acceso a los datos que almacena sólo para efectos de la instrucción de una investigación en un procedimiento penal, y para permitir a la persona a quien concierne la huella genética, acreditar su inocencia o acompañarla en un juicio sobre acciones de filiación.

Otra obligación que asume dicho Servicio e incluso más, todos aquellos que en razón de su función tomen conocimiento del contenido de ambos registros y quienes hayan obtenido antecedentes de dicha información de parte de alguna de estas personas, es mantener la reserva de ésta, de la huella genética tanto de quien aparece imputado de la comisión de un delito, como de las víctimas, y de todos los antecedentes que hayan servido de base para su formación.

Junto con recordar que la infracción a esta obligación legal acarrea sanciones civiles, penales y administrativas, según el caso, el proyecto tipifica el delito de divulgación y uso indebido de información genética, en cuya virtud, el funcionario del Servicio de Registro Civil e Identificación que divulgare, usare indebidamente o permitiere el acceso de personas no autorizadas al Registro o a la información contenida en él, o el funcionario del Servicio Médico Legal que hiciere lo propio respecto de las muestras, exámenes de ADN o huellas genéticas conservadas en dicho organismo, serán sancionados con una pena de presidio menor que va desde los 541 días hasta los 5 años.

Destaca en este tipo delictivo el empleo de tres verbos rectores a través de los cuales se puede cometer la infracción: *i)* la divulgación, entendida como la acción o efecto de divulgar, publicar, extender o poner al alcance del público los datos; *ii)* el uso indebido, esto es, su utilización y tratamiento ilícito, considerando expresamente dentro de éste el caso del incumplimiento de la obligación de destruir o eliminar los antecedentes cuando lo ordena la ley; y *iii)* el permitir un acceso no autorizado, sea dando su consentimiento para que otros lleguen a la información, no impidiéndolo, o haciéndolo posible.

Estas dos últimas acepciones del vocablo "permitir" nos llevan a extrañar una previsión legal explícita referida a las medidas de seguridad que es necesario adoptar para estos registros, medidas que, por cierto, la ley no debe detallar —para eso el legislador realiza una remisión a la potestad reglamentaria del Presidente de la República—, pero sí debería, al menos, exigir que su amplitud cubra tanto aspectos técnicos como organizativos, bajo sanciones administrativas específicas, antes de llegar

---

Se levantará acta, en duplicado, del reconocimiento y de los exámenes realizados, la que será suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y por los profesionales que los hubieren practicado. Una copia será entregada a la persona que hubiere sido sometida al reconocimiento, o a quien la tuviere bajo su cuidado; la otra, así como las muestras obtenidas y los resultados de los análisis y exámenes practicados, se mantendrán en custodia y bajo estricta reserva de la dirección del hospital, clínica o establecimiento de salud, por un período no inferior a un año, para ser remitidos al ministerio público."

Por último, el artículo 199, sobre exámenes médicos y autopsias, señala:

"En los delitos en que fuere necesaria la realización de exámenes médicos para la determinación del hecho punible, el fiscal podrá ordenar que éstos sean llevados a efecto por el Servicio Médico Legal o por cualquier otro servicio médico.

Las autopsias que el fiscal dispusiere realizar como parte de la investigación de un hecho punible serán practicadas en las dependencias del Servicio Médico Legal, por el legista correspondiente; donde no lo hubiere, el fiscal designará el médico encargado y el lugar en que la autopsia debiere ser llevada a cabo.

Para los efectos de su investigación, el fiscal podrá utilizar los exámenes practicados con anterioridad a su intervención, si le parecieren confiables".

a la aplicación del ordenamiento penal, de conformidad con el principio de *ultima ratio* de la pena.

No sólo los funcionarios antes mencionados pueden incurrir en delito, sino todo el que sin estar autorizado accediere a alguno de los dos registros o a las muestras o exámenes de ADN conservados en el Servicio Médico Legal, o usare o divulgare indebidamente dichos antecedentes o informaciones, a quienes se les impondrá una pena de presidio menor desde 61 días a 3 años. Agrega que en el evento que el delito fuese cometido por un fiscal del Ministerio Público o por magistrados de los Tribunales de Justicia, la pena puede aumentar hasta 5 años. Consideramos que la penalidad mínima aplicable a un particular puede resultar muy baja, atendida la improcedencia de sanciones administrativas en este caso o el poco carácter disuasivo de las sanciones civiles, más aún si consideramos el impacto que puede causar la filtración de esta información de carácter personal, que por su naturaleza sensible tiene, en principio, prohibición legal de tratamiento. Además, recordemos que en estas bases de datos se almacenarán huellas genéticas de diversa fuente, no sólo de delincuentes condenados, sino también de personas absueltas, de imputados e, incluso, de las víctimas.

Como última observación, y quedando pendiente otras cuantas específicas, es dable agregar que el proyecto admite la posibilidad de intercambio de la información contenida en el Registro, previa autorización judicial y en virtud de convenio internacional, con entidades extranjeras. Nuestro alcance se presenta a propósito de una deuda del legislador en materia de protección de datos de carácter personal —ya que esa es la naturaleza de los datos genéticos—, al no regular en lo absoluto la transmisión internacional de datos nominativos, pese a que el grado de relaciones internacionales y acuerdos que se están suscribiendo abren múltiples canales a través de los cuales fluye información diversa, pudiendo llegar a ser la genética, un tipo de ésta.

En síntesis, nos parece que, en términos generales, el proyecto da un buen pie para restringir legítimamente los derechos individuales de los titulares de datos genéticos, aunque la discusión parlamentaria debe, necesariamente, corregir los errores y excesos que hemos detectado y representado en este trabajo, y otros que surjan a lo largo del estudio legislativo. Cabe, por tanto, esperar la reflexión y equilibrio de las autoridades para recibir un adecuado instrumento facilitador de la labor forense como será este Registro Nacional.

7. IDEAS FINALES PARA INVITAR A LA REFLEXIÓN

Para algunos autores, el modelo de privacidad que considera lo íntimo como una frontera que no pueden traspasar los demás, no tiene futuro, por lo que la defensa de la intimidad ya no tiene realmente sentido, a causa de que formamos parte de una sociedad tecnificada. Sostienen que la información genética no es exactamente privada, atendido que su conocimiento por parte de terceros puede ser de gran valor a efectos de salud pública o investigación forense. Y agregan que debemos acostumbrarnos a ceder parte de los datos que antes considerábamos íntimos a cambio de un bien mayor. Nuestra tesis, en cambio, ha pretendido demostrar que tan fácil entrega a la fatalidad de las circunstancias es atentatoria contra la propia condición humana, y que las limitaciones que sí se admitan no pueden estar motivadas por apetitos en vez de razón.

Por otra parte, hace un par de años y a propósito de las bases de datos genéticas en Reino Unido, un portavoz de la policía británica manifestó a un periodista de la BBC

lo siguiente: —"Tenga en cuenta que la persona que comete una infracción de tráfico puede ser un delincuente de importancia y es nuestra oportunidad para recoger su ADN e identificarlo"[32]—. Al conocer una declaración de este tipo, despertó en nosotros una doble preocupación. Primero, que lleguemos a escuchar en Chile palabras similares de parte de las autoridades y segundo, que esa óptica se utilice para justificar una toma de muestras de ADN masivas, porque ello provocaría que la desconfianza en la autoridad que creemos motiva indirectamente la creación de estos registros —al ser el resultado de la reacción adoptada para hacer frente a ese recelo—, se invierta, pasando a ser una suspicacia de la autoridad respecto de los ciudadanos, arrebatándoles parte de su dignidad a causa de la desproporción de las medidas que aquélla impone.

En definitiva, estas medidas restrictivas de derechos del individuo pueden gozar de legitimidad y constituir un aporte para la sana convivencia social. Sin embargo, previo a imponerlas es preciso reflexionar sobre el equilibrio de tales injerencias, porque una aplicación excesiva, contraria a derecho, avalada por la ciudadanía y sus autoridades, no haría más que dirigir a la sociedad por un falso camino de seguridad cuyo precio incide en la dignidad del hombre y el entorno de libertad de sus acciones, lo cual ha sido correctamente sentenciado por Benjamín Franklin al señalar: "Los que cambian su libertad por su seguridad no merecen libertad ni seguridad". No sea que las propias ovejas estén permitiendo al pastor despellejarlas.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática.* Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 1999
- Benda, E., *Dignidad humana y derechos de la personalidad,* en AA VV, Manual de Derecho Constitucional, trad. Antonio López Pina, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996
- Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Nº 33, 1984
- Davis, Simon. *La privacidad en la encrucijada.* Novática. 2000
- Diario de Sesiones del Senado. *Mensaje de su excelencia el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el Registro Nacional de ADN.* Boletín Nº 2851-07
- Etxeberria Guridi, J. *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal.* Premio Agencia de Protección de Datos, Madrid
- García Díaz, Fernando. *Bancos de datos genéticos de delincuentes,* diario El Mercurio on line (www.emol.cl/noticias) de 5 de noviembre de 2001
- Guillén García, S. *Borrador del Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN. Incidencia en los derechos fundamentales y libertades públicas.* Boletín jurídico Derecho.com. 2001
- Herrero-Tejedor, F. *La intimidad como derecho fundamental.* Ed. Colex, Madrid. 1998
- Hubmann, H. *Das Personlichkeitsrecht.* 2ª Ed. Colonia, 1967
- Morales Prats, F. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática.* Destino, Barcelona. 1984
- Muñoz Arnau, J. *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español.* Ed. Aranzadi, Pamplona. 1998

[32] Davis, S. *La privacidad en la encrucijada.* Traducción de José Alfonso Accino. Novática, mayo-junio 2000. p.33.

- Perretta Paiva, Marco. *El Genoma Humano.* "Los derechos de la persona que está por nacer", Conferencias Santo Tomás de Aquino 2000
- Steventon, *Creating a DNA Database*, Journal of Criminal Law, 1995, Vol. 59, Nº 4
- Suñé Llinás, E. *Tratado de Derecho Informático.* Vol. I. Universidad Complutense, Madrid. 2000
- Suñé Llinás, E. *Protección de datos personales y genoma humano.* 2001

RESUMEN

Las bases de datos de ADN creadas por los Gobiernos para facilitar una tutela judicial efectiva y una eficaz identificación de los delincuentes, responden a un interés general de seguridad. Sin embargo, tales registros son medidas limitadoras de la intimidad e integridad corporal del individuo, por lo que su establecimiento legal debe respetar el contenido esencial de estos derechos fundamentales y aplicarse con proporcionalidad, para que la injerencia de la autoridad sea legítima dentro de una sociedad democrática.

SUMMARY

The databases of DNA created by the Governments to facilitate an effective judicial trusteeship and an effective identification of the delinquents, respond to a general interest of security. Nevertheless, such registries limit the privacy and corporal integrity of the individual, this is why its legal establishment must respect the essential content of these fundamental rights and why it ought to be applied with proportionality, so that the interference of the authority could be legitimate within a democratic society.