

**Pertinencia de la prueba  
de ADN conseguida  
indirectamente y  
el estatus jurídico de la  
inocencia**



**Pertinencia de la prueba de ADN  
conseguida indirectamente y el estatus jurídico  
de la inocencia**

*Sonia Margarita Barcia Rodríguez, Andrés Alberto Mero Chávez,  
Luis Oliverio Cañarte Mantuano, José Enrique Chávez Castillo,  
Jacqueline María Lastenia Chiriboga  
Dávalos*



**Pertinencia de la prueba de ADN conseguida  
indirectamente y el estatus jurídico de la ino-  
cencia**

*© Sonia Margarita Barcia Rodríguez, Andrés Alberto Mero Chávez,  
Luis Oliverio Cañarte Mantuano, José Enrique Chávez Castillo,  
Jacqueline María Lastenia Chiriboga Dávalos*

***Casa Editora del Polo - CASEDELPO CIA.LTDA.  
Departamento de Edición***

*Cdla. El Palmar II Etapa - Mz E N°6  
Teléfonos: (593-5) 6053240 - 0989922953  
www.casedelpo.com*

**ISBN: 978-9942-980-26-7**

***Corrector de estilo y prueba:*** Lic. Nora Nuñez-Gollot  
***Diseño de la cubierta:*** Edwin Alejandro Delgado Véliz

***Primera edición***

Enero-2017 Manta, Manabí, Ecuador.



*© Reservados todos los derechos. Queda estrictamente prohibida, sin  
la autorización expresa del autor, bajo las sanciones establecida en  
las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier  
medio o procedimiento.*

## Comité Editorial.

Abg. Néstor D. Suárez-Montes  
Ph. D. Fernando Represa-Pérez  
Ing. Vanessa Quishpe-Morocho  
Dra. Maritza Berrenguer  
Dr. Victor Reinaldo Jama-Zambrano  
MSc. Henry Fabricio Mendoza-Cedeño  
Lic. Nora Nuñez-Gollot  
MSc. Yaneidys Arencibia Coloma

<b>Contenido</b>	
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	7
<b>CAPÍTULO 1. ASPECTOS CONCEPTUALES DESDE LO BIOGÉNÉTICO</b> .....	12
<b>1.1 LA IDENTIDAD HUMANA</b> .....	20
1.1.1 Identificación de personas vivas.....	21
1.1.2 Identificación de personas muertas.....	22
1.1.3 Factores de identificación .....	23
1.1.4 Métodos aplicados para la identificación humana.....	24
1.1.4 a) Identificación biométrica.....	24
1.1.4 b) Otros métodos de identificación de personas.....	25
1.1.4 c) Identificación mediante ADN.....	28
<b>1.2 LOS FLUIDOS CORPORALES</b> .....	29
1.2.1 Líquido intracelular .....	31
1.2.2 Líquido extracelular:.....	32
1.2.3 Los líquidos corporales y la criminalística.....	35
<b>1.3 EL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO O ADN</b> .....	35
1.3.1. Concepto.....	36
1.3.2 El ácido desoxirribonucleico o ADN y su importancia en materia procesal penal.....	39
1.3.3. Clases de ADN.....	45
1.3.4.- Formas de obtener la muestra de Ácido Desoxirribonucleico o ADN.....	47
1.3.4.a) Formas directas.....	51
1.3.4.b) Formas indirectas de obtención de ADN.....	58
<b>CAPITULO 2. FACTORES LEGALES PARA EL USO DEL ADN</b>	
.....	62
<b>2.1 LA CRIMINALÍSTICA. CONCEPTO Y OBJETO</b> .....	62
2.1.1. Clasificación de la Criminalística.....	63
2.2.2. Campo de aplicación de la criminalística.....	64
2.2.3. Objeto de la Criminalística.....	66
<b>2.3. LA RESPONSABILIDAD PENAL</b> .....	75
2.3.1. Principio de presunción de inocencia.....	75
2.3.2. El nexa causal.....	77
<b>2.4. LA NEGATIVA POR CONCIENCIA</b> .....	79
<b>2.5 LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA</b> .....	84
2.5.1 Conciencia.....	84
2.5.2. Objeción de conciencia.....	84
2.5.3. La objeción de conciencia contemplada como derecho humano.....	88
<b>2.6 LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO, CASOS A LOS QUE SE APLICA</b> .....	94
2.6.1 Objeción de conciencia en el ámbito laboral: el fallo Armella Miguel Angel c/ Aerolíneas Argentinas”.....	96
2.6.2 Objeción de conciencia a tratamientos médicos.....	99

2.6.3. <i>Objeción de conciencia a realizar prácticas médicas</i> .....	101
2.6.4 <i>Objeción de conciencia a la participación electoral y otros deberes cívicos</i> .....	102
2.6.5 <i>Objeción de conciencia al aborto</i> .....	103
2.6.6 <i>Objeción de conciencia del pago de impuestos destinados a gastos militares</i> .....	104
2.6.7 <i>Otros casos de objeción de conciencia</i> .....	105
2.6.8 <i>La objeción de conciencia ante la prueba de ADN</i> .....	106
<b>2.7 EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD</b> .....	<b>115</b>
2.7.1. <i>Definición</i> .....	117
2.7.2. <i>Aplicación en el derecho comparado</i> .....	117
<b>CAPITULO 3. LO LEGAL EN EL USO DEL ADN ANTE HECHOS DELICTIVOS</b> .....	<b>119</b>
<b>3.1 DE LOS REGISTROS DE ADN Y LA HIPOTÉTICA “REVICTIMIZACIÓN DEL DELINCUENTE”</b> .....	<b>119</b>
<b>3.2 EL REGISTRO DE ADN</b> .....	<b>126</b>
3.2.1 <i>Utilidad de un Banco de Datos Genéticos de Delincuentes</i> .....	128
3.2.2 <i>Consideraciones sobre la implementación de un Banco de Datos Genéticos de delincuentes</i> .....	129
3.2.3 <i>Garantía de no vulneración de ciertos derechos</i> .....	131
3.2.4 <i>Los diversos Registros de ADN en el Derecho Comparado</i> .....	133
3.2.5 <i>Registro de Ácido Desoxirribonucleico o ADN en el derecho ecuatoriano</i> .....	140
3.2.6 <i>Conflicto entre la objeción de conciencia y la prueba de ADN en el derecho comparado</i> .....	142
3.2.7 <i>La jurisprudencia comparada ante el conflicto entre la objeción de conciencia y la prueba de ADN</i> .....	146
3.2.8 <i>La jurisprudencia nacional ante el conflicto entre la objeción de conciencia y la prueba de ADN</i> .....	148
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>150</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>151</b>

---

## INTRODUCCIÓN

Según el eminente jurista español Dr. Rafael Navarro Walls, catedrático y Secretario General de la Universidad Complutense de Madrid, miembro de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y autor de más de cien trabajos sobre Derecho familiar, libertad religiosa y objeción de conciencia y primer español que ha obtenido el Premio Arturo Carlo Jemolo, por su libro “Las objeciones de conciencia en el Derecho comparado y español”, “objeción de conciencia implica una forma de desobediencia jurídica: supuesta la necesidad de obedecer a la ley, es decir, la obediencia a la ley como conducta debida y esperada, el objetor la desobedece en virtud de un imperativo ético (religioso o no) que le impone una conducta, o una abstención, contraria a lo que la ley manda...”.

Pareciera, según el concepto del destacado jurista mencionado, que argumentando una “objeción de conciencia” podría darse la hipótesis de negarse a toda orden jurídica, lo que, ciertamente, obstruiría el mandato de la ley en muchos sentidos.

La jurisprudencia y la doctrina española están claras en señalar que no cabe reconocer constitucionalmente un derecho a la objeción de conciencia con carácter genérico, pues equivaldría a postular jurídicamente la existencia de un derecho genérico a la desobediencia. Ello, sostiene, supondría tanto como declarar, expresamente, el carácter no vinculante del ordenamiento jurídico constitucional.

En efecto, clarísima es la sentencia del Tribunal Constitucional Español, que en sentencia 53/1985 señala con claridad meridiana: “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento

de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto”.

Respecto de la prueba de ADN y la objeción de conciencia, la legislación comparada es categórica al prevalecer la importancia de la investigación, por sobre una hipotética “objeción de conciencia”, debiendo entenderse que ésta jamás puede aplicarse de modo general, porque, como se ha reiterado, sería la negación misma del Derecho, es decir, perdería la norma jurídica toda su eficacia ante una objeción de carácter general, lo que es inconcebible en materia de derecho, ya que reduciría el mandato legal a la categoría de las “obligaciones facultativas”, es decir, dependerían de la mera facultad de la persona para obligarse al mandato de la ley, la cual, con la simple alegación de la objeción de conciencia podría verse eximida del mandato legal.

En efecto, basta revisar la legislación alemana, específicamente los literales a) y c) del Art. 81 de la Ley Procesal Alemana de 7 de enero de 1975, disposiciones en las cuales se ordena la investigación corporal de un inculpado:

- En el caso del literal a) del Art. 81 de la referida ley, se faculta al juez, para ordenar la investigación corporal del inculpado a fin de constatar los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculpado,

cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud. La ordenación corresponderá también a la Fiscalía y a sus ayudantes cuando existiera peligro por el retraso que pudiese perjudicar el éxito de la investigación.

- En relación al literal c) del Art. 81, esta normas dispone, las injerencias corporales a terceras personas distintas del inculpado si se encuentra en su cuerpo una huella determinada o la consecuencia de un hecho punible podrán ordenarse de igual forma a lo dispuesto en el literal a) aún sin el consentimiento de estas personas.

Por su parte, el Código Procesal Penal Portugués, aprobado por Ley de 17 de febrero de 1987, sigue una línea semejante al alemán, permitiendo en su Art. 171 el examen de personas tendiente a inspeccionar los vestigios que hubiera podido dejar el delito y todos los indicios relativos al modo y lugar en que se cometió, precepto que se complementa con el Art. 172 *ibídem*, que claramente hace caso omiso a cualquier objeción al respecto, cuando expresa: “...si alguien pretende eximirse o impedir cualquier examen debido...podrá ser compelido por decisión de la autoridad judicial competente”.

Como puede apreciarse en las normas invocadas del derecho comparado, prevalece el interés general de la sociedad que mediante la legislación penal busca el restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado, por sobre el interés personal del inculpado, e incluso de un tercero, distinto del inculpado si se encuentra en su cuerpo una huella determinada o la consecuencia de un hecho punible estando facultada la autoridad judicial para obtener esta prueba, aún sin el consentimiento de estas personas.

Los exámenes de ADN, debido a su gran confiabilidad, son cada vez más empleados para variados fines, lo que ha llevado a plantear en diferentes países, no sólo a pre-

tender un registro de ADN de los delincuentes, sino que, como ocurrió con las huellas digitales, insertar el registro de ADN como requisito para la identificación de toda persona, conteniéndose éste en la cédulas de identificación personal, como se ha planteado, por ejemplo, en la República de Chile, idea que evitará toda polémica doctrinaria que surge en la actualidad.

En consecuencia, la utilización del ADN en procesos criminales, que en doctrina se conoce como Criminalística Biológica, debe tenerse presente que ésta consiste en el estudio de la variabilidad genética humana aplicada a la resolución de procesos criminales, mediante el análisis de vestigios biológicos encontrados en el lugar de los hechos y su comparación con los perfiles genéticos de los posibles implicados, señalando la especial importancia de estos exámenes en la investigación de cadáveres, como aconteció en el ataque terrorista al World Trade Center de Nueva York el 11 de septiembre del año 2001 y el Tsunami de Asia.

No existiendo unanimidad, aún, en generalizar el uso de los registros de ADN como requisito esencial de la identificación personal, en la actualidad surgen problemas ético-legales en la investigación criminal por medio del análisis del ADN los cuales están relacionados, básicamente, con dos puntos:

- La negativa del consentimiento por parte del sospechoso a donar una muestra con la que comparar el resultado del análisis del indicio, y
- La puesta en marcha de bancos de datos genéticos (BDG) para facilitar la investigación criminal

Frente a las interesantes teorías que surgen a nivel mundial, en el sistema procesal penal ecuatoriano y en el ordenamiento jurídico nacional, en general, no existe siquiera

---

un atisbo de referencia al tema, lo que nos lleva a analizar la doctrina y jurisprudencia comparada sobre la materia, en las cuales existen argumentos tanto a favor como en contra de obtener muestras de ADN de un sospechoso.

Estimamos adecuada, la “futurista”, pero necesaria, iniciativa de insertar de manera obligatoria los registros de ADN en toda identificación personal que aun está en estudio, pero puede señalarse que en algunos países, especialmente en Europa y algunos de América Latina, como Chile y Uruguay, se está implantando el Registro de ADN de antisociales que cometen cierta clase de delitos o que reinciden en los mismos, lo cual pone nuevamente en vigor el – podríamos decir – “sepultado” determinismo biológico del destacado maestro César Lombroso.

Con el presente texto buscamos brindar algunos reflexiones sobre este tema a aquellos interesados neófitos en esta área de conocimiento, partiendo inicialmente de la definición de lo que es conciencia, hasta llegar a los requisitos existentes en materia de derecho comparado, para considerar cuando estamos frente a una objeción de conciencia y no “de conveniencia”, ya que la objeción de conciencia en ningún caso puede operar como “un cheque en blanco” para eludir la responsabilidad penal.

## CAPÍTULO 1. ASPECTOS CONCEPTUALES DESDE LO BIOGENÉTICO

Los exámenes de ADN, debido a su gran confiabilidad son cada vez más empleados para variados fines, lo que ha llevado a diferentes países, no sólo a pretender un registro de ADN de los delincuentes, sino que, como ocurrió con las huellas digitales, insertar el registro de ADN como requisito para la identificación de toda persona, conteniéndose éste en la cédulas de identificación personal, como se ha planteado, por ejemplo, en la República de Chile, idea que evitará toda polémica doctrinaria que surge en la actualidad.

Contener como requisito esencial para la identificación de toda persona el registro de ADN evitaría las actuales discusiones doctrinarias acerca de la procedencia de este registro en materia criminal, y, el caso de la objeción de conciencia y otros aspectos doctrinarios que actualmente se suscitan.

Existen, en términos generales, siete áreas en las que la información genética puede ser utilizada con fines no médicos:

- 1) Identificación. La técnica del ADN puede utilizarse para identificar familiares, como pruebas en casos de violación y asesinato, o para identificar cadáveres en caso de accidentes aéreos.
- 2) Empleo. En este rubro existen dos formas en las que la utilización de información genética puede ser útil para los patrones: la primera consiste en que algunos rasgos genéticos hacen a las personas más susceptibles a tener ciertas enfermedades, y la otra, en que los patrones no contrataran gente que tenga posibilidad de desarrollar

alguna enfermedad genética en el futuro

3) Seguros. Es probable que las personas que saben que tienen la posibilidad de contraer alguna enfermedad, compren un seguro médico de cobertura más amplia, pero si adquiriesen estos seguros a precio normal, las compañías de seguros quebrarían. Por eso las compañías de seguros exigirán los cada vez más comunes exámenes genéticos. De hecho, en los Estados Unidos diez estados prohíben que dichas compañías soliciten estos exámenes.

4) Relaciones comerciales. Para ilustrar este punto, se cita el ejemplo de una hipoteca sobre una casa por treinta años. En este caso la compañía hipotecaria seguramente deseará saber si el individuo vivirá, por lo menos, durante los siguientes quince años, para poder cubrir su deuda. Por lo que no es difícil imaginar que dentro de algunos años se requerirá junto con el reporte de crédito un reporte genético.

5) Derecho de familia. La Información genética puede ser utilizada en diversas situaciones en el derecho de familia. Por ejemplo, en relación con la custodia de un hijo, existió un caso en el que el padre argumentaba que la madre no podía tener la custodia del hijo porque, de acuerdo con exámenes genéticos, era propensa a contraer la enfermedad de Huntington. También, puede realizarse un examen genético a la pareja que desee adoptar un niño, o por el contrario, al niño que desee ser adoptado.

6) Educación. La información genética puede ser utilizada en todos los niveles, desde la educación básica hasta la universidad. Actualmente en los estados de Colorado y Georgia se realizan exámenes genéticos a los alumnos para diagnosticar una de las enfermedades hereditarias más comunes de retraso mental.

7) Criminología. Se mencionaron ya las investigacio-

nes que se están realizando respecto a una posible relación entre la violencia y los genes. ¿Podrían utilizar los jueces la información genética al momento de dictar una sentencia? Conflictos en caso de lesiones personales. Pueden surgir acciones legales en contra de los médicos, por negligencia al momento de aplicar los exámenes genéticos. Puede decirse entonces que el reto será poder utilizar la información genética de la mejor manera posible, tratando de asegurar que los beneficios sean para la mayoría.

No cabe dudas de la gravitante importancia de las pruebas de identificación humana por del ADN que ha reemplazado las pruebas tradicionales, constituyéndose en una herramienta cuyo empleo ha significado economía de tiempo y recursos para la justicia.

Yendo, por ahora, a la utilización del ADN en procesos criminales, que en doctrina se conoce como Criminalística Biológica, debe tenerse presente que ésta consiste en el estudio de la variabilidad genética humana aplicada a la resolución de procesos criminales, mediante el análisis de vestigios biológicos encontrados en el lugar de los hechos y su comparación con los perfiles genéticos de los posibles implicados, señalando la especial importancia de estos exámenes en la investigación de cadáveres.

No existiendo unanimidad, aún, en generalizar el uso de los registros de ADN como requisito esencial de la identificación personal, en la actualidad surgen problemas ético-legales en la investigación criminal por medio del análisis del ADN los cuales están relacionados, básicamente, con dos puntos:

- La negativa del consentimiento por parte del sospechoso a donar una muestra con la que comparar el resultado del análisis del indicio, y
- La puesta en marcha de bancos de datos genéticos

(BDG) para facilitar la investigación criminal

Respecto del banco genético para facilitar la investigación criminal, debe destacarse que si nuestro código genético viene marcado, por los genes proporcionados por nuestros progenitores, resulta evidente que si dichos genes presentan desviaciones hacia impulsos atávicos y agresivos, pronto nos vamos a encontrar con que un delincuente, o mejor dicho lo que en el lenguaje coloquial denominamos delincuente, es un ser que trae una determinación hacia la violencia. Muchos dirán que esto es resucitar, nuevamente, el determinismo biológico, que tantos rechazos ha recibido, y probablemente tengan razón, pero con el inevitable aditamento de que, ahora sí, hay una base científica proporcionada por la genética, que permite auspiciar un nuevo renacer de esas doctrinas que parecían ya definitivamente enterradas.

Frente a las interesantes teorías que surgen a nivel mundial, en el sistema procesal penal ecuatoriano, no existe siquiera un atisbo de referencia al tema, lo que nos lleva a analizar la doctrina y jurisprudencia comparada sobre la materia, en las cuales existen argumentos tanto a favor como en contra de obtener muestras de ADN de un sospechoso.

Los criterios emitidos respecto de la prueba de ADN son disímiles, ya que en algunos países, como Alemania, se admite la intervención y la extracción compulsiva de sangre para ADN, situación que igualmente ocurre en Italia y Portugal, admitiendo este último la intervención con coacción directa. En los Estados Unidos, en cambio, la 4ª enmienda a la Constitución permite la obtención de exámenes de orina, sangre, etc. solo con autorización judicial. Atendida la actual tecnología del ADN, algunos autores, estiman que no es necesario llegar a situaciones como las

anteriormente referidas, ya que las muestras necesarias pueden obtenerse sin ningún medio coactivo o de fuerza física. No obstante, si el inculpado niega su colaboración habría que valorar si el Juez determina se obtenga indicios para estudiar el ADN a partir de las siguientes posibilidades:

- Toma de MUESTRAS INDIRECTAMENTE a partir de pelos, cepillos de dientes, sábanas, boquillas de cigarrillos, orina, etc. obtenidos en la celda de la prisión, o en lugares frecuentados por el sospechoso, suponiéndose que el planteamiento de la prueba se hace cuando hay indicios u otros elementos que indican la posible relación del sospechoso con los hechos. En cualquier caso habrá que adaptar las medidas a tomar al grado de vinculación entre el individuo y lo ocurrido.
- Obtener el PERFIL GENÉTICO INDIRECTAMENTE por medio de la toma de muestras a familiares del sospechoso con el consentimiento oportuno de cada uno de los miembros implicados.
- Utilización de OTRAS MUESTRAS PROCEDENTES DE FUENTES DISTINTAS a la investigación criminal, fundamentalmente nos referimos a las muestras clínicas (anatomía patológica, donación de sangre, espermatozoides...)

De conformidad a lo expuesto, puede advertirse como posibilidades para obtener la prueba de ADN, la coacción para exigirla y la obtención indirecta de pruebas.

Si tomamos en consideración a la vida como bien jurídico protegido y se ha producido un homicidio, obviamente que si existen indicios en el lugar de los hechos, mal podría el sospechoso o inculpado, aducir “objeción de conciencia para practicarse el examen de ADN”, ya que el derecho a la vida de la víctima es prioritario a la presunción de

inocencia del victimario, toda vez que una eventual resolución judicial ordenando un análisis de sangre no sería incompatible con las exigencias del derecho a la vida y a la integridad física del sujeto afectado, siendo destacable la sentencia 37/89 del Tribunal Constitucional de España en que se estimó admisible la práctica del examen de ADN considerándosela admisible por haber sido ordenada por el Juez en resolución motivada y respetando el principio de proporcionalidad, incluso a pesar de la ausencia de regulación legal al respecto.

La dignidad de la persona no se pierde simplemente porque se obre en contra de su voluntad, cuando dicha actuación tiene un determinado fin, cuando hay indicios que indican la relación del sospechoso con los hechos y la conveniencia de realizar el análisis, cuando se cumplen determinadas condiciones, cuando no se le somete a ninguna maniobra violenta ni degradante. Situaciones contrarias a la voluntad de un inculpado ocurren a diario en la práctica jurídica al someterlo a una rueda de reconocimiento, al tomarle las huellas dactilares, no planteándose en ello la lesión de ningún derecho.

Frente a un exceso de protección a los derechos fundamentales podría incurrirse en la aberración jurídica, por ejemplo, que el consumado delincuente conocido “monstruo de Los Andes”, aduciendo “objeción de conciencia” se opusiera a un examen de ADN tendiente a confrontar los indicios existentes en el lugar de los hechos con su registro de ADN, obstruyendo con ello la labor de la justicia. De un modo general, la objeción de conciencia se puede considerar como una forma de resistencia hacia una norma legal, siempre que esta reserva se produzca por la aparición de un conflicto entre las obligaciones morales, religiosas o de justicia de la persona y el cumplimiento de

un precepto legal.

Para poder diferenciar la objeción de conciencia de figuras afines, es importante tener en cuenta que lo que el objeto persigue -su intención- no es obstruir u obstaculizar el cumplimiento social de la norma legal, sino obtener el legítimo respeto a su propia conciencia.

Debe tenerse presente que en ciertas circunstancias, los 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, ya que 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.

Para abundar más en el tema, 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”.

En definitiva, como dice el Dr. Rodolfo Herrera Bravo, de nacionalidad chilena: “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»”.

El análisis de este tema resulta de gran importancia, tanto en el plano teórico como en el práctico, en el cual se plantea la controversia consistente en dilucidar si el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales tiene carácter absoluto y debe primar sobre el interés del estado y la sociedad en el descubrimiento del delito, sus autores y partícipes y la sanción del mismo, o si, por el contrario, debe primar este último interés sobre los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso penal. Aceptar la primera posición impediría al Estado cumplir con el fin legítimo de descubrir y sancionar el delito y, por esta vía, estaría incumpliendo uno de sus fines esenciales cual es darle efectividad a los derechos fundamentales, puesto que declarado en interdicción de averiguar y castigar el delito, le estaría dando curso a la creación de condiciones para que los trasgresores de la ley penal, amparados en la impunidad, siguieran vulnerando los derechos fundamentales de los demás miembros de la comunidad.

Adoptar la segunda implicaría incurrir en el más acendrado absolutismo con el desconocimiento total de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal y, ante todo, en el desconocimiento del principio basilar del estado social de derecho, cual es la dignidad humana. Frente a las dos posiciones, es necesario tomar en consideración los planteado por el Tribunal Constitucional español al respecto, donde se 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”.

Para una mejor comprensión de la implicación que tiene el tema a tratar para la sociedad, se hace imprescindible entonces partir de la conceptualización de las categorías principales que se manejan, como modo de lograr una mejor visión de las necesarias relaciones que se establecen entre estas, en el análisis de la pertinencia de las pruebas de ADN obtenidas de manera indirecta y de esta forma poder emitir un criterio acerca de su factibilidad o no.

### ***1.1 LA IDENTIDAD HUMANA***

La identificación humana es un proceso que reúne las más diversas áreas del conocimiento, pudiendo estar o no asociada a recursos computarizados o de imágenes.

La Criminalística, término creado a finales del siglo XIX por el juez austriaco Hans Gross, es definida por el español Dr. Julio Nieto Alonso como “aquella disciplina encaminada a la determinación de la existencia de un hecho

criminal, a la recogida de pruebas e indicios y a la identificación de los autores mediante la aplicación de métodos científicos de laboratorio, así como a la elaboración de los informes periciales correspondientes”.

En primer lugar y siguiendo a los expertos criminalísticos españoles Dres., Francisco Antón Barberá y Juan Vicente de Luis y Turégano diremos que la identificación, en un sentido amplio es: “el empleo de un sistema o conjunto de conocimientos científicos, procedimientos técnicos u operaciones prácticas para constatar la existencia de una persona, conocerla, reconocerla con seguridad y vincularla de modo indubitable a sus actos, conducta y comportamiento”.

Dentro de los procesos de identificación humana tenemos los procesos de identificación civil y de identificación criminal, los cuales a saber son:

El proceso de identificación humana representa el conjunto de técnicas, métodos y sistemas aplicados en la determinación de la identidad de una persona. En lo referente a la identificación civil, ésta se efectúa por medio de un proceso identificatorio y por medio de caracteres comprobadores de la identidad, ya que la persona está, generalmente, registrada a partir de su nacimiento.

Identificar una persona viva o muerta consiste en buscar signos que permitan establecer una personalidad civil y en su caso coadyuvar con la investigación policial, ubicando a la víctima dentro de un contexto social y por consecuencia su posible relación con el agresor. La aplicación de técnicas periciales en la identificación, presenta dos vertientes: Identificación de personas vivas y muertas.

#### *1.1.1 Identificación de personas vivas*

- En el Ámbito Civil: La confirmación de Identidad

en personas reportadas como extraviadas o desaparecidas, sobre todo en menores que han evolucionado físicamente al paso del tiempo; en personas afectadas de sus facultades mentales; determinación de edad, como fuente generadora de derechos y obligaciones legales.

- En el Ámbito penal: La Identificación del presunto responsable de la comisión de un delito, o en su caso la reincidencia del mismo. El confirmar la identidad de un individuo y comprobar su posible transgresión criminal mediante la evidencia de su participación en el lugar de los hechos o del señalamiento directo hecho por testigos, es tarea fundamental del área pericial, con apoyo de técnicas como el Retrato Hablado, Ficha Signalética, Criminalística, Estomatología, etc.

### 1.1.2 Identificación de personas muertas

- En el ámbito Civil: Establecer la plena identidad de personas fallecidas es requisito fundamental para los trámites de inhumación o cremación del cadáver, así como la expedición del Certificado de Defunción; documento indispensable para el cobro de pólizas de seguro, indemnizaciones en muertes accidentales, pensiones Institucionales, pago de gastos funerarios y diversos actos oficiales de la familia. Situaciones especiales se presentan con relación víctimas de accidentes masivos en medios de transporte, donde la intervención del Derecho Internacional se hace patente, ante la diversidad de nacionalidades; o en desastres naturales ante la multiplicidad de víctimas con características étnicas similares, en las cuales es imperante establecer su identidad civil.

- Ámbito Penal: En la identificación de personas víctimas de muertes violentas como: Homicidio, suicidio, accidente o de carácter sospechoso y la consecuente inves-

tigación de los hechos a través de la Fiscalía General del Estado; tendiente a acreditar la presunta responsabilidad, persiguiéndose la respectiva sanción legal.

### 1.1.3 Factores de identificación

Para su estudio, los factores de identificación se dividen en morfológicos o de apreciación externa y bioquímicos o de naturaleza interna, presentando cada uno de ellos características naturales y adquiridas, los criterios que clasifican en cada una de estas categorías se muestran en la Figura 1.1.

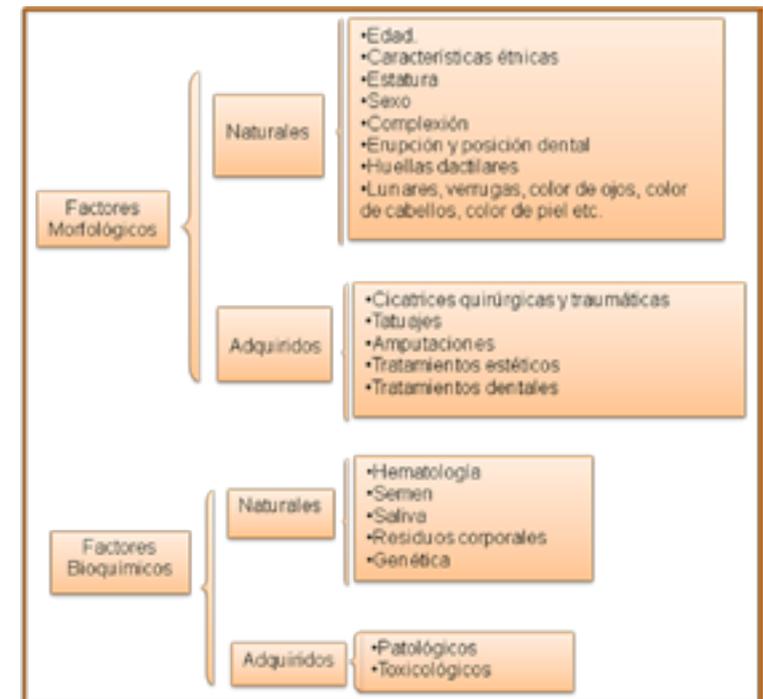


Figura 1.1 Criterios de Clasificación en los factores de identificación.

*1.1.4 Métodos aplicados para la identificación humana*

A continuación, trataremos de forma genérica las principales técnicas biométricas, cuya avanzada tecnología informática para identificación de personas ha sido potenciada en los últimos años como mecanismo de seguridad debido a la alarma creada por los atentados de origen fundamentalista. También haremos mención a otros sistemas de identificación de personas, destacando especialmente la técnica del polimorfismo del ADN, especialidad de moda en el terreno de la investigación forense.

*1.1.4 a) Identificación biométrica*

Herederas directas del sistema antropométrico desarrollado por Alphonse Bertillon en el siglo XIX, la Biometría es el estudio, mediante métodos automáticos, de uno o más rasgos físicos, o conductuales, para la identificación individualizada de personas.

Francisco Celorrio destacó las siguientes técnicas como las más habituales en Biometría: la identificación dactiloscópica - estudio de las crestas papilares de los dedos de las manos -, el análisis comparativo del ADN, la identificación morfológica de los rasgos de la cara, el estudio del dibujo de las venas de las manos, y el estudio de la retina y del iris. Las enumeradas, son técnicas biométricas basadas en elementos físicos o fisiológicos, pero podemos incluir en el apartado de técnicas basadas en características del comportamiento - de mutabilidad constante -, el reconocimiento de la voz, de la firma o de la frecuencia de pulsación del teclado. El comisario Celorrio destacó la validez y permanencia del veterano sistema de identificación lofoscópico, ante todo el dactiloscópico, por su efectividad, rapidez y escaso costo.

La Biometría busca un alto porcentaje de identificación en

el menor tiempo posible; pero dicha urgencia repercute en contra de las debidas garantías que se suelen exigir en los tribunales; es por ello, que estos sistemas informatizados no tienen validez pericial si no van acompañados por un cotejo manual desarrollado por un técnico y el correspondiente informe pericial. Para algunas técnicas —como el ADN o la Grafocrítica, por ejemplo—, no se han desarrollado soluciones biométricas informatizadas eficaces para la seguridad y el control de accesos a recintos o sistemas; no obstante, su empleo en investigación policial y su uso como medio de prueba en el ámbito procesal son muy habituales.

Los otros métodos de identificación biométrica presentan diferentes inconvenientes; la identificación facial es mutable, el estudio del dibujo de las venas de las manos está poco desarrollado y el basado en el estudio de la retina y del iris es muy intrusivo; pese a ello, el estudio del iris, existente desde 1936 y con 226 puntos de referencia, ha sido impulsado desde el 11-S, siendo utilizado ya habitualmente en varios aeropuertos del mundo (Amsterdam, Frankfurt, Charlotte en Carolina del Norte y JFK en New York).

*1.1.4 b) Otros métodos de identificación de personas*

Deliberadamente y por razones metodológicas trataremos, antes que el ADN, tema principal de nuestro estudio, otros métodos de identificación de personas, descartando el peritaje caligráfico por no tener directa relación con el tema que nos ocupa.

Gran interés policial otras técnicas de identificación de personas, empleadas en Criminalística, como son la Acústica Forense, la Antropología Forense, la Odontología forense o la Lingüística Forense:

- **Acústica Forense:** La identificación de personas a través de la voz precisa un “método combinado” que es aquel en el que se relacionan tres sistemas clásicos: perceptivo-auditivo, acústico y fonético-lingüístico; ello nos lleva, entre otros análisis, a la elaboración del “pasaporte vocal” que suponga un auténtico perfil de identidad criminal. Uno de los principales inconvenientes que presenta la identificación por voz es la mutabilidad, —la variabilidad intra-personal— y la dificultad para obtener muestras indubitadas válidas. Pese a estas dificultades, podemos hablar de forma esperanzada de la evolución de sistemas automáticos de identificación por voz, aunque sigue siendo imprescindible la labor combinada con los diferentes técnicos especialistas en la materia.

- **Antropología Forense** tiene como finalidad el estudio de los restos óseos esqueléticos, con objeto de llegar a la identificación personal y averiguar la causa de la muerte, la data de la muerte, la edad, sexo, raza, estatura, posibles marcas profesionales, antiguas lesiones óseas, así como el estudio de la cavidad bucal (verdadera caja negra del cuerpo humano, según el doctor Reverte Coma) y todo cuanto sea posible para proporcionar información a los investigadores policiales para que puedan llegar a la identificación de una víctima (...) la labor de las unidades de Antropología Forense consiste en desarrollar un servicio de asistencia a cadáveres complejos, análisis de restos óseos, protocolos en catástrofes y sucesos de múltiples víctimas, así como docencia e investigación. Las técnicas incluyen el uso del geo-radar para búsqueda de cadáveres enterrados, ortofotografía para ubicación geográfica, fotogrametría para mediciones, laser scanning, microtomografía computarizada, técnicas tafonómicas, etc.

- **La Odonto-estomatología Forense**, para algunos autores rama de la odontología legal, tiene como objetivo primordial resolver determinados problemas judiciales mediante el aporte de los conocimientos odontológicos y estomatológicos. Especialidad en la que se estudia tanto la dentadura como las cavidades bucales, la información aportada por la misma puede tenerse en cuenta en procesos de identificación tanto de sujetos vivos como de cadáveres recientes, esqueletos o restos cadavéricos. Disciplina muy vinculada a la Antropología Forense, permite un alto grado de reconocimiento e identificación en aquellas catástrofes en las que otros signos identificativos biológicos están destruidos o han sido muy deteriorados, dado que los dientes y sus restauraciones son materiales duros que pueden sobrevivir a la acción de elementos altamente destructivos como el fuego.

La odontoestomatología actúa desde una doble órbita, absoluta y relativa, en función de que existan o no muestras indubitadas de cotejo; si no existieran, se podría realizar un perfil que establecería el sexo, la edad aproximada, la raza, el origen e incluso el estatus socio-económico. La identificación relativa está basada en la individualidad de cada dentadura, más aún si se han producido implantes protésicos. Para ello hay que confeccionar, en la autopsia, un odontograma postmortem que permita su cotejo con datos extraídos ante mortem, como la ficha dental, las prótesis, radiografías maxilares, fotografías, o mediante el empleo de sistemas de clasificación dental sistema dígito 2, sistema de Thompson, Sistema crucial, etc. Esta especialidad permite otros usos identificativos más estrictamente criminalísticos, como son el estudio y comparación de las huellas dentales presentes en mordeduras muy efectivo en determinados tipos de agresiones, el estudio de las

rugas palatinas, de las marcas labiales (muy vinculado con la Lofoscopia), etc.

- La Lingüística Forense también llamada Pericia Lingüística, Estilística de Atribución, Textología o Fra-seología de Comparación, es una disciplina que podríamos considerar prima hermana de la Grafocrítica o incluso parte integrante de la Pericia Caligráfica. En un tiempo en el que lo manuscrito tiende a desaparecer [permaneciendo la firma como único buque insignia], y con la gran incidencia de intercambio de información por medio impreso o electrónico, toma fuerza la necesidad de proceder a la identificación de la autoría de un discurso anónimo (oral o escrito) empleando técnicas basadas en los usos y modismos lingüísticos particulares. A día de hoy, la probabilidad identificativa del autor de un texto transmitido por correo electrónico es mucho menor que la que se produce con respecto a manuscritos, ante todo por la posibilidad de falseamiento de identidad si se dispone de los conocimientos necesarios.

#### *1.1.4 c) Identificación mediante ADN*

María Victoria Lareu Huidobro es experta en Genética Forense, directora del Instituto de Medicina Legal de la Universidad de Santiago de Compostela, estableciendo los puntos básicos de la genética aplicada a la identificación, señaló que las principales aplicaciones de la Genética Forense, serían las siguientes:

- Casos forenses.
- Investigación biológica del parentesco.
- Investigaciones históricas.
- Investigación de personas desconocidas.
- Identificación en desastres de masas.

- Bases de datos criminales.  
Necesario es esbozar en este marco, que en este aspecto surge el conjugar la necesaria lucha contra el crimen sin rebasar los límites del derecho a la intimidad es un eterno conflicto que se ha recrudecido con la aparición, en la última década, del ADN como eficazísima herramienta para la Policía Científica.

El ADN constituye el método más eficaz de identificación humana, el examen de ADN puede ser aplicado tanto en la investigación de paternidad, o en la investigación criminal y atendiendo al gran grado de precisión alcanzado con este examen, se le da una gran prioridad por su exactitud, obviamente sin menospreciar las demás pruebas del proceso.

#### ***1.2 LOS FLUÍDOS CORPORALES***

Un fluido, como su nombre lo indica, es toda aquella sustancia que puede fluir, así los líquidos y gases son fluidos incluso pueden considerarse como tal los sólidos finamente pulverizados.

El movimiento de los fluidos es difícil de analizar ya que puede presentar un flujo uniforme, flujo irrotacional o flujo no viscoso. El término de flujo uniforme se refiere a que todas las partículas llevan la misma velocidad al pasar por un punto; el flujo irrotacional significa que el fluido no tiene velocidad angular neta, y flujo no viscoso significa que la viscosidad es despreciable; la viscosidad se refiere a una fricción interna en el fluido.

Ahora bien en el cuerpo humano el mantenimiento de un volumen de líquidos relativamente constante y de una composición estable de los líquidos corporales es esencial para tener una buena homeostasis, es decir un buen equilibrio.

Algunos de los problemas clínicos más importantes se deben a alteraciones en los sistemas que mantienen constante el nivel de los líquidos corporales. En un adulto normal el total de agua representa aproximadamente el 60% de su peso corporal, este porcentaje puede cambiar con la edad, sexo y grado de obesidad, ya que conforme aumenta la edad el porcentaje de líquido disminuye; esto se debe a que hay aumento del peso corporal por grasa la cual disminuye el porcentaje de agua, por esto las mujeres, que suelen tener más grasa que los varones tienen menor cantidad de agua en el cuerpo.

Líquidos corporales: la cantidad total de líquidos corporales y las cantidades totales de solutos, así como las concentraciones de ambos deben mantenerse en equilibrio para la homeostasis. En el organismo existe un intercambio continuo entre líquidos y solutos con el medio externo; el ingreso de los líquidos debe igualarse con las pérdidas equivalentes de los mismos para evitar que aumente o disminuya el volumen total de los líquidos corporales. Los ingresos de líquidos varían de persona a persona, incluso en la misma persona varía con los días, el clima, el ejercicio, etc..., de aquí lo importante que es mantener al cuerpo en estado de equilibrio

El agua ingresa al cuerpo por dos fuentes principales:

- La que se ingiere como líquido, o como componente de los alimentos sólidos, que es normalmente alrededor de 2100ml/día; a esta cantidad hay que sumarle los líquidos corporales normales.
- La que se sintetiza en el organismo como resultado de la oxidación de los carbohidratos que representa unos 200ml/día.

Tomando en cuenta los datos anteriores, podemos decir que el ingreso total de agua al cuerpo normalmente es de

uno 2300ml/día.

Líquido intracelular y extracelular: El total de los líquidos corporales está distribuido en dos compartimentos: el líquido extracelular y el intracelular. El líquido intracelular se divide a su vez en líquido intersticial y plasma sanguíneo. Hay otro compartimiento más pequeño conocido como líquido transcelular que comprende a los fluidos que se encuentran en los espacios sinovial, peritoneal, pericárdico e intraocular así como el líquido cefalorraquídeo; lo habitual es considerarlos como un tipo especial de líquido extracelular, la suma de este tipo de líquidos es de 1 a 2 litros.

### *1.2.1 Líquido intracelular*

Existen unos 28 a 42 litros de líquido dentro de los 75 billones de células del cuerpo y a este fluido se le denomina líquido intracelular, que constituye el 40% aproximadamente del peso total del cuerpo de un adulto. Dentro de cada célula el líquido contiene una mezcla de sus propios constituyentes, pero las concentraciones en cada célula son similares entre sí. La composición del líquido celular es bastante parecida entre distintos animales.

Principales elementos integrantes del líquido intracelular: La diferencia del líquido extracelular del intracelular es que éste contiene pequeñas cantidades de iones de sodio y de cloro y casi nada de calcio y en cambio, contiene grandes cantidades de potasio y fósforo, además de pequeñas cantidades de iones de sulfato y de magnesio; además las células contienen gran cantidad de proteínas, casi cuatro veces más que el plasma.

Capilares linfáticos: la mayor parte del líquido que se filtra de los capilares arteriales fluye entre las células y se reabsorbe finalmente de nuevo en los extremos venos de los

capilares sanguíneos, pero de media, una décima parte del líquido entra a los capilares linfáticos, en lugar de volver. Así es como se produce la linfa que se deriva, por lo tanto, del líquido intersticial que fluye a los linfáticos, la cantidad total de esta linfa es de 2 a 3 litros.

La cantidad mínima de líquido que vuelve a la circulación por los capilares linfáticos es de suma importancia ya que las sustancias de alto peso molecular, como las proteínas, no se pueden reabsorber de otra forma; esto se debe que los capilares linfáticos tienen una estructura especial formada por filamentos de fijación. Incluso las bacterias pueden, y generalmente lo hacen, entrar a la linfa, a medida que la linfa atraviesa los ganglios linfáticos estas partículas son eliminadas ya que en estos lugares se lleva a cabo parte de la producción de leucocitos, células del sistema protector del organismo.

El sistema linfático representa una vía accesoria por la que el líquido puede fluir desde los espacios intersticiales a la sangre y pueden llevarse proteínas y partículas grandes de los espacios tisulares, ninguno de los cuales se puede eliminar mediante la absorción directa en el capilar sanguíneo. Esta eliminación es una función esencial sin la cual moriríamos en 24 horas.

### *1.2.2 Líquido extracelular:*

Todos los fluidos situados en el exterior de las células se conocen en conjunto como líquido extracelular. En total dan cuenta del 20% aproximadamente, del peso total del cuerpo de un adulto. Los dos grupos más extensos de este tipo de líquido son el intersticial, que supone tres cuartas partes del líquido extracelular y el plasma que representa el cuarto restante, es decir, alrededor de unos 3 litros.

El plasma es la porción de la sangre que no contiene célu-

las y se mantiene constante en intercambio con el líquido intersticial a través de los poros de la membrana de los capilares. Estos poros son permeables a casi todos los solutos salvo las proteínas, por lo que el plasma y los líquidos intersticiales tienen aproximadamente la misma composición excepto en las proteínas que están más concentradas en el plasma.

Volumen sanguíneo: a sangre contiene líquido extracelular, plasma, y líquido intracelular alojado en los hematíes o eritrocitos, sin embargo la sangre es considerada como un tipo de líquido separado por que se encuentra en una “cámara” separada, en el aparato circulatorio. El volumen que ocupan los líquidos de la sangre es especialmente importante para regular la dinámica circulatoria o cardiovascular.

El volumen de sangre en los adultos normales es en promedio de un 8% del peso corporal, es decir al rededor de uno 5 litros. El 60% aproximadamente de la sangre es plasma y el 49% son los hematíes.

La saliva: Además del agua, la sangre, la orina y la linfa, existen también otros fluidos producto de la secreción de células glandulares. Ya que una de las funciones de glándulas es la secreción de agua y electrolitos junto con las sustancias orgánicas. Uno de los fluidos más importantes que producen las glándulas es la saliva, producida por tres glándulas salivales las parótidas, las submandibulares y las sublinguales, además de otras menores bucales. La secreción diaria normal de saliva oscila entre 800 y 1500 mililitros. En condiciones normales basales, salvo en el sueño, se secretan 0.5 mililitros de saliva del tipo que lubrica, o que ayuda al mantenimiento de los tejidos bucales. La saliva contiene dos tipos principales de secreción proteica, una serosa rica en ptialina que digiere almidones y

otra mucosa que contiene mucina que lubrica y cubre la superficie. El pH de la saliva es de 6 a 7. Una de sus funciones es ayudar a lavar y arrastrar los gérmenes patógenos y las partículas alimenticias, también destruir bacterias por medio de iones y enzimas.

Moco o mucosidades: Uno de los fluidos más conocidos es el moco, que consiste en una secreción densa compuesta fundamentalmente por agua, electrolitos y una mezcla de varias glucoproteínas formadas a su vez por polisacáridos unidos a cantidades mucho menor de proteínas. El moco muestra ligeras diferencias según la parte del cuerpo que recubre, pero en todos presenta varias características que lo convierten en un excelente lubricante y protector:

Es adherente, lo que le permite fijarse con fuerza a paredes o partículas, formando una fina capa en la superficie.

Tiene una densidad suficiente para cubrir la pared a la que se adhiera y evitar el contacto real de las partículas con la misma su resistencia al deslizamiento o viscosidad, es escasa y hace que algunas partículas, como las fecales si hablamos de mucosa intestinal, se adhieran entre sí, formando masas que son fácilmente expulsadas

Las glucoproteínas poseen propiedades anfotéricas, es decir, amortiguan las cantidades de ácidos que lleguen al mismo, ya que contiene pequeños iones bicarbonato que neutralizan a los ácidos.

Líquido amniótico: El líquido amniótico es aquel que se encuentra en el útero alrededor del feto; normalmente su volumen es de uno 500 a 1000ml, pero varía. El agua del líquido amniótico se renueva una vez cada 3 horas y, una parte del líquido procede de la excreción renal del feto. Existe también una cierta absorción del líquido por el tubo digestivo y los pulmones del feto.

Líquido cefalorraquídeo: La capacidad total de la cavidad

que envuelve el encéfalo y la médula es de 1.6 a 1.7 litros, unos 150 mililitros de este volumen están en el líquido cefalorraquídeo, todas las cámaras del encéfalo están conectadas entre sí y la presión del líquido debe permanecer constante.

Otros tipos de líquido existentes en el cuerpo son el intraocular, pleural, folicular, y los que se encuentran en el hueso, a pesar de ser de gran importancia para la manutención del equilibrio su volumen es mucho menor. Como se puede ver el cuerpo humano es una máquina extremadamente compleja que guarda diariamente un equilibrio delicado, gracias a esta homeostasis podemos sobrevivir.

### *1.2.3 Los líquidos corporales y la criminalística*

Según lo expuesto por la científica de Puerto Rico, Dra Wanda L. Santiago: “Siempre que se comete un delito ocurre un intercambio de materiales entre el sospechoso, la víctima y la escena del crimen. Entre las distintas piezas de evidencia material que se pueden encontrar en una escena están los fluidos corporales, principalmente sangre, semen o saliva. Estas sustancias son parte de los procesos biológicos y fisiológicos del cuerpo humano que, gracias a los avances científicos de los Siglos XX y XXI, permiten a los expertos del laboratorio forense realizar análisis de ADN para identificar al sospechoso y ubicarlo en la escena. Los resultados se pueden convertir en prueba irrefutable que demuestre la veracidad de unos hechos delictivos”.

### **1.3 EL ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO O ADN**

Según los expertos en Genética el ADN (ácido desoxirribonucleico) es una huella genética. Consiste de una serie de moléculas que son el resultado de la herencia.

*1.3.1. Concepto*

El ácido desoxirribonucleico (ADN), material genético de todos los organismos celulares y casi todos los virus. El ADN lleva la información necesaria para dirigir la síntesis de proteínas y la replicación. Se llama síntesis de proteínas a la producción de las proteínas que necesita la célula o el virus para realizar sus actividades y desarrollarse. La replicación es el conjunto de reacciones por medio de las cuales el ADN se copia a sí mismo cada vez que una célula o un virus se reproduce y transmite a la descendencia la información que contiene. En casi todos los organismos celulares el ADN está organizado en forma de cromosomas, situados en el núcleo de la célula.

Entendemos por **ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN)**: “el material genético de todos los organismos celulares y casi todos los virus. El ADN lleva la información necesaria para dirigir la síntesis de proteínas y la replicación. Se llama síntesis de proteínas a la producción de las proteínas que necesita la célula o el virus para realizar sus actividades y desarrollarse. La replicación es el conjunto de reacciones por medio de las cuales el ADN se copia a sí mismo cada vez que una célula o un virus se reproduce y transmite a la descendencia la información que contiene. En casi todos los organismos celulares el ADN está organizado en forma de cromosomas, situados en el núcleo de la célula”.

El ADN está contenido en todas las células nucleadas y su composición es constante cualquiera sea el tejido examinado, lo cual permite comparar muestras de diverso origen tales como puede observarse en los espermatozoides y glóbulos blancos de la sangre entre muchos otros. El ADN es soporte de la herencia biológica y en el individuo recibe la mitad del material genético correspondiente al padre y

la mitad a la madre, ello se define como impronta genética. En cuanto a la prueba de ADN propiamente tal, según el jurista brasileño João Mauricio Cavalcanti Gomes da Fonseca: “los primeros estudios científicos en el ámbito de la Ingeniería Genética Molecular se iniciaron el año 1953 por los científicos Francis Crick e James Watson. Ellos descubrieron que a la estructura del ADN tiene una forma de doble hélice, y que éste (el ADN) sería el responsable de la formación genética de cada ser vivo... Sin embargo, solamente en la década de los 80, con la evolución tecnológica, comenzaron a surgir técnicas capaces de caracterizar en el ADN las particularidades de cada persona. Fue el estudioso Alec Jeffreys, a través de la creación de sondas moleculares radioactivas, el primero en detectar en las regiones más sensibles del ADN, los padrones específicos de cada individuo, a través de la llamada “impresión digital” genética del ADN”.

Existe, en términos generales, siete áreas en las que la información genética puede ser utilizada con fines no médicos:

- a) **Identificación.** La técnica del ADN puede utilizarse para identificar familiares, como pruebas en casos de violación y asesinato, o para identificar cadáveres en caso de accidentes aéreos.
- b) **Empleo.** En este rubro existen dos formas en las que la utilización de información genética puede ser útil para los patrones: la primera consiste en que algunos rasgos genéticos hacen a las personas más susceptibles a tener ciertas enfermedades, y la otra, en que los patrones no contrataran gente que tenga posibilidad de desarrollar alguna enfermedad genética en el futuro
- c) **Seguros.** Es probable que las personas que saben que tienen la posibilidad de contraer alguna enfermedad,

comprende un seguro médico de cobertura más amplia, pero si adquiriesen estos seguros a precio normal, las compañías de seguros quebrarían. Por eso las compañías de seguros exigirán los cada vez más comunes exámenes genéticos. De hecho, en los Estados Unidos diez estados prohíben que dichas compañías soliciten estos exámenes.

d) Relaciones comerciales. Para ilustrar este punto, se cita el ejemplo de una hipoteca sobre una casa por treinta años. En este caso la compañía hipotecaria seguramente deseará saber si el individuo vivirá, por lo menos, durante los siguientes quince años, para poder cubrir su deuda. Por lo que no es difícil imaginar que dentro de algunos años se requerirá junto con el reporte de crédito un reporte genético.

e) Derecho de familia. La Información genética puede ser utilizada en diversas situaciones en el derecho de familia. Por ejemplo, en relación con la custodia de un hijo, existió un caso en el que el padre argumentaba que la madre no podía tener la custodia del hijo porque, de acuerdo con exámenes genéticos, era propensa a contraer la enfermedad de Huntington. También, puede realizarse un examen genético a la pareja que desee adoptar un niño, o por el contrario, al niño que desee ser adoptado.

f) Educación. La información genética puede ser utilizada en todos los niveles, desde la educación básica hasta la universidad. Actualmente en los estados de Colorado y Georgia se realizan exámenes genéticos a los alumnos para diagnosticar una de las enfermedades hereditarias más comunes de retraso mental.

g) Criminología. Se mencionaron ya las investigaciones que se están realizando respecto a una posible relación entre la violencia y los genes. ¿Podrían utilizar los jueces la información genética al momento de dictar una senten-

cia? Conflictos en caso de lesiones personales. Pueden surgir acciones legales en contra de los médicos, por negligencia al momento de aplicar los exámenes genéticos. Respecto del tema que nos ocupa, tanto la identificación de las personas participantes de un hecho ilícito, materia netamente probatoria, o la investigación criminológica respecto de una posible relación entre la violencia y los genes, tienen directa relación con la presente investigación, razón por la cual se pondrá énfasis en estos aspectos del ADN.

En efecto, yendo a la criminología, y más específicamente a la biología criminológica, la prueba de ADN permitirá estudiar a toda persona de conducta antisocial, como un ser vivo, desde sus antecedentes genéticos hasta sus procesos anatómico-fisiológicos, permitiendo apreciar la influencia de los fenómenos biológicos en la criminalidad, pudiendo afirmar con certeza que gracias a estos estudios puede prevenirse la comisión de hechos ilícitos por parte de personas genéticamente determinadas, lo que, ciertamente, nos recuerda a Cesare Lombroso con sus teorías acerca del “hombre delincuente”.

### *1.3.2 El ácido desoxirribonucleico o ADN y su importancia en materia procesal penal.*

Según el Dr. Jaime Moreno Verdejo, Fiscal General del Tribunal Supremo de España: “La investigación en el proceso penal, sirviéndose de la identificación a través del ácido desoxirribonucleico presenta una serie de notas que, a modo de introducción, sirven para enmarcar el tema... la importancia de este medio probatorio resulta indudable. Los miles de pares de bases que se reparten de forma secuencial y determinada para cada persona y determinan la

posibilidad de seleccionar a un único individuo de entre todos los demás de su especie si se conoce esta secuencia, han situado a la Ciencia ante la singular fortuna de hallar un factor individualizador de tal magnitud que se habla ya hoy de la «huella genética» como verdadero criterio de identificación de los seres humanos. Su utilización en el esclarecimiento de hechos delictivos ha supuesto una revolución en el ámbito de la biología forense y en la investigación de la autoría del delito”.

Esta prueba, como puede apreciarse, relativamente sencilla, ha permitido apoyar la investigación criminalista en forma espectacular, de tal forma que gran cantidad de reclusos sentenciados a pena de muerte, han sido liberados al aplicarse con recursos del Estado y de ONGs la prueba, para comprobar su inocencia. La prueba ha demostrado su versatilidad y facilidad de uso. Según los científicos, en la actualidad “toda la información del ADN puede ser copiada de forma muy precisa mediante la separación de sus cadenas, la que es seguida de la síntesis de dos cadenas nuevas”.

Sin embargo, aunque la prueba de ADN es ampliamente aceptada, existen varios aspectos a considerar para su correcta aplicación, entre ellos, en primer término, garantizar la incolumidad de la cadena de custodia, referida al aseguramiento de la identidad y la adecuada recogida, conservación manejo y custodia del vestigio o muestra biológica a lo largo de todas sus vicisitudes técnicas y procesales. Basta recordar el caso de O.J. Simpson, en el que se estableció que el perfil del ADN del probable homicida tenía una frecuencia estimada de uno en cinco billones de personas (un ser único en el planeta en ese momento y que correspondía a O.J Simpson); sin embargo la evidencia fue descartada por críticas en estos aspectos y se le declaró no

culpable.

En segundo término, está el análisis de laboratorio, que debe cumplir ciertos parámetros, ellos deben garantizar el control técnico y científico de las pruebas del ADN.

Dadas las especiales características que poseen los análisis de identificación por ADN, que se apoyan en principios percederos y en la realización de la pericia por expertos en sus laboratorios, es preciso distinguir entre actos de investigación y actos de prueba.

- La investigación va encaminada al descubrimiento y a la comprobación de hechos, que sirven tanto a la acusación como a la defensa.
- Con la prueba se pretende formar la convicción del Juez sobre la veracidad de los hechos sustentados por las partes, y se dirige a la destrucción de la presunción de inocencia.

Para la Dra. Marina Gascón Abellán: “La importancia de la prueba de ADN en el ámbito forense reside en su potencial aplicabilidad para resolver muchos casos que serían difíciles de aclarar por los procedimientos de investigación convencionales y en la elevadísima fiabilidad de sus resultados...el potencial de la huella genética es de tal magnitud que su uso en los tribunales se ha convertido ya en moneda corriente. Son muchas las posibles aplicaciones forenses de la prueba, aunque los tipos de pericias más comunes son la investigación biológica de la paternidad, la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como manchas de sangre, saliva, esperma o pelos...Pero la importancia de la prueba en el ámbito forense reside también (y sobre todo) en su elevadísimo grado de fiabilidad”.

Como puede apreciarse, se trata de una prueba infalible,

en cuya virtud puede determinarse con certeza, en el caso de un ilícito particularmente contra la vida o integridad de la persona, la persona del autor, cuando coincida con los indicios que se obtuvo en el lugar de los hechos.

El conocido jurista argentino Dr. Carlos Ghersi, señala claramente que: “La identificación de las personas mediante técnicas proporcionadas por esta ciencia alcanza ribetes significativos no sólo en Derecho de Familia, con el objeto de determinar el parentesco biológico de un modo concluyente, sino en cuestiones de Derecho Penal (por ej., determinación del autor de una violación) y de Derecho Internacional Público (por ej., entrada legítima de inmigrantes fundada en el parentesco). El Derecho Constitucional no es ajeno a la cuestión porque están involucrados el derecho a la identidad personal, a la intimidad, a la disposición del propio cuerpo, etc. Por eso se ha dicho que la cuestión excede lo meramente familiar, ya que afecta aspectos íntimos muy ligados a la persona humana que deben ser tomados en consideración”.

Como puede advertirse, esta prueba es clave para la identificación de las personas, pero surge el problema constitucional, según este autor, del derecho a la identidad personal, a la intimidad y a la disposición del propio cuerpo. En el primer caso, de conformidad a los principios fundamentales en materia de derechos humanos, toda persona tiene derecho a una identidad, lo que claramente se consagra en el Art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando expresa que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

El Derecho Humano a la identificación y su relación con la prueba de ADN no solo surge de la demanda de reconocimiento de paternidad, ampliamente difundida en el mundo,

sino que en relación a crímenes de lesa humanidad, como aconteció en Argentina durante la dictadura militar del general Jorge Rafael Videla, en donde a las detenidas por conductas subversivas que se encontraban embarazadas se les permitía tener sus hijos, para posteriormente hacerlas desaparecer y dar estos hijos en adopción. Dentro de estas aberraciones lo adoptantes resultaron ser los propios torturadores, descubriéndose gracias a la valiosa intervención de la afamada y valiente institución denominada Madres de Plaza de Mayo a muchos hijos de desaparecidas que habían sido, como se dijo, adoptados por, esencialmente, militares del régimen.

Atendido el carácter esencialmente secreto de la adopción plena, resultaba imposible efectuar los trámites de identificación de los referidos adoptados, circunstancia que se logró por la serie de diligencias efectuadas a todo nivel por las Madres de Plaza de Mayo ante las instancias de Derechos Humanos, pudiendo descubrirse un importante número de casos en el cual se intentó anular el derecho humano a la identidad de esas personas a quienes, además, se les había asesinado a sus padres.

Destacable es que la jurisprudencia argentina, de la Cámara Nacional de Apelaciones, ha sido unánime al señalar que “Para decidir acerca de la producción de la prueba biológica de histocompatibilidad, en el marco de un juicio de filiación, debe considerarse primordialmente que se encuentra involucrado el inalienable derecho a la identidad, cuya satisfacción consulta el interés superior del menor cuya filiación se trata. Asimismo, el derecho de conocer a los progenitores, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, supone para su operatividad el arbitrar los medios idóneos para el conocimiento de la verdad biológica”.

Ridículo, en consecuencia, sería permitir a los adoptantes “a sabiendas” de la tortura y muerte de una detenida desaparecida que “opten por la objeción de conciencia como su derecho humano” a fin de evitar ser responsabilizados penalmente por este crimen de lesa humanidad.

Debido a la importancia de la prueba de ADN, destaca lo afirmado por los Dres. Enrique Villanueva Cañadas, José Antonio Lorente Acosta y Miguel Lorente Acosta quienes señalan que: “El desarrollo científico ha permitido la introducción de la tecnología del ADN en la investigación forense, posibilitando el estudio de indicios biológicos mínimos, hecho que unos pocos años atrás era imposible. El Médico Forense se encuentra en una posición privilegiada para recoger algunos vestigios que por su fragilidad pueden alterarse o perderse como consecuencia de una actuación retrasada, permitiendo su estudio y la resolución del caso, con las consecuencias beneficiosas que de ello se derivarían. Por otra parte, al margen de la profesionalidad y del compromiso deontológico, se está produciendo una exigencia por parte de la sociedad, cada vez más conocedora de las posibilidades técnicas existentes a través de los medios de comunicación, reclamando una responsabilidad profesional del personal encargado del caso, al igual que en otros campos de la Medicina. Así en Estados Unidos se han presentado ya querellas criminales contra hospitales, médicos y cuerpos policiales no federales por mal praxis y negligencia, al no recoger indicios criminales que podrían haber conducido a la identificación del autor de los hechos denunciados (en la mayoría de las reclamaciones admitidas, por defectos en la toma o conservación de supuestos indicios de semen en casos de violación). El estudio del ADN ha supuesto un enorme “paso de gigante” en la identificación médico-forense, tanto en la investigación crimi-

nal, como en la investigación biológica de la paternidad. Las especiales circunstancias en las que se desenvuelve la primera de ellas hace que el potencial tecnológico no sea suficiente para la consecución del objetivo si previamente no se ha realizado un buen trabajo por parte del equipo de investigación encabezado por el Médico Forense, que por su formación y especialización es el profesional idóneo para valorar los indicios biológicos.

Como puede apreciarse, según lo afirmado por los citados autores, una demora en la prueba de ADN o una errada manipulación de ella, puede generar la pérdida de valiosos indicios criminales que podrían haber conducido, por ejemplo, a la identificación del autor de los hechos denunciados.

### *1.3.3. Clases de ADN*

Existen claramente dos tipos de ADN, el nuclear y el mitocondrial, que frente a un indicio determinado se diferencian notablemente. A través de pelos encontrados en el lugar de los hechos o en el cuerpo de la víctima se puede identificar a un delincuente, pero los pelos han de ser arrancados y no cortados. Un pelo cortado sin raíz, solo posee un tipo de ADN, denominado ADN mitocondrial, que se hereda de madres a hijos, mediante el cual un individuo es idéntico en todos los parientes que comparten linaje materno.

El ADN nuclear.

Este ADN determina la herencia compartida de los padres. Según el Dr. Antonio Alonso Alonso, especialista del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de Madrid: “El genoma nuclear se localiza como su propio nombre indica en el núcleo celular

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

El ADN mitocondrial.

El ADN mitocondrial se hereda de forma inalterada de madres a hijos, todos los miembros de una familia que compartan la línea materna tendrán el mismo perfil de ADN mitocondrial. Es decir, que este tipo de ADN más que perfiles individuales permite identificar linajes maternos.

El Dr. Antonio Alonso Alonso, especialista del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de Madrid, es claro al señalar que: “Además del ADN nuclear, las células humanas contienen un pequeño genoma circular (de 16.569 nucleótidos) que se encuentra dentro de las mitocondrias (los orgánulos celulares del citoplasma celular cuya función principal es la producción de energía) y que se hereda exclusivamente por la vía materna ya que las mitocondrias son aportadas por el

citoplasma del óvulo y no por el espermatozoide. El ADN mitocondrial también presenta variabilidad genética (en la secuencia del ADN) y, por lo tanto, es una herramienta muy útil en la identificación genética humana. Se trata, además, de un genoma cuyo estudio ofrece una ventaja importante con respecto al estudio del ADN nuclear: Su gran sensibilidad. Es un genoma que se presenta en un gran número de copias (hay 100-10000 copias de ADN mitocondrial por cada copia de genoma nuclear, según el tipo celular) y, por tanto, será de aplicación en muchos casos en los que no sea posible la obtención de ADN nuclear (por ej.: tallos de pelos, restos óseos antiguos,...). Sin embargo la variabilidad genética del ADN mitocondrial es menor que la observada mediante el análisis de las secuencias de ADN repetitivo del gran genoma nuclear. Como consecuencia de su menor variabilidad, el perfil genético que se obtiene mediante el estudio del ADN mitocondrial presenta un poder discriminación en general mucho más limitado (ver más adelante). No olvidemos que si el ADN mitocondrial se hereda de forma inalterada de madres a hijos todos los miembros de una familia que compartan la línea materna tendrán el mismo perfil de ADN mitocondrial. Es decir, que este tipo de ADN más que perfiles individuales permite identificar linajes maternos”.

#### *1.3.4.- Formas de obtener la muestra de Ácido Desoxirribonucleico o ADN*

Según la Dra. Belén María Fernández Álvarez: “la utilización del ADN en procesos criminales es lo que algunos denominan Criminalística Biológica, y consiste en el estudio de la variabilidad genética humana aplicada a la resolución de procesos criminales, mediante el análisis de

vestigios biológicos encontrados en el lugar de los hechos y su comparación con los perfiles genéticos de los posibles implicados. El ADN sobretodo es utilizado en casos de violación, agresiones sexuales y en los procesos de paternidad. En los procesos por paternidad la fiabilidad del ADN es del 99,9 %.”.

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

Formas de obtención del ADN

- **Sangre:** Tanto en estado fresco o en casos de manchas se trata de la muestra que se analiza con mayor frecuencia. El ADN se extrae de los glóbulos blancos, pues no se encuentran en los glóbulos rojos ni en el plasma. La muestra debe enfriarse o congelarse, según cuándo piensa efectuarse el análisis. Si se trata de manchas, cuanto más grande sean, mayor será la posibilidad de éxito; sin embargo, el factor que más influye en el éxito de la prueba no es el tamaño ni la antigüedad, sino la conservación de manera correcta después de haberla dejado secar a la temperatura ambiental y colocado en un recipiente a prueba de humedad.
- **Semen:** es la muestra que se utiliza con mayor frecuencia en este tipo de exámenes. El ADN se extrae de la cabeza de los espermatozoides. Si se recupera en estado líquido, debe enfriarse. Si se trata de manchas deben dejarse secar y luego almacenarlas lejos de la humedad.
- **Cabellos:** lamentablemente, el examen solamente puede efectuarse cuando hay raíces del cabello, pues el

pelo en sí es un tejido muerto que no sirve para el examen.

- **Otros Tejidos:** En principio, no hay mayores inconvenientes en que se obtengan muestras de cadáveres o de materia fetal. El éxito del examen depende del estado de descomposición del cuerpo, por lo tanto, importa tener en cuenta factores tales como el tiempo transcurrido desde el fallecimiento, la temperatura, etc. Si la muestra es relativamente reciente se puede obtener la huella genética a partir de una muestra de sangre o de médula ósea, etc. Si la conservación es correcta, el ADN es extraordinariamente estable. Prueba de ello es que se han obtenido con éxito huellas digitales a partir de tejidos extraídos de momias egipcias.

En general, podemos decir que se puede extraer como muestra para la prueba de ADN cualquier tipo de tejido del cuerpo humano o de cualquier organismo vivo, puesto que el ADN está contenido en los cromosomas de toda célula. Para obtener las muestras a que se ha hecho referencia, debemos aclarar qué se entiende por intervención corporal. De acuerdo con el Dr. Francisco Etxeberria: “no todas las diligencias que se practican sobre el cuerpo humano vivo pueden considerarse intervenciones corporales. Este término comprende aquellas diligencias consideradas graves e incisivas, éstas son:

- **Las inspecciones corporales:** son la búsqueda visual de un posible signo o vestigio en el cuerpo del destinatario, se llevan a cabo a través de la exhibición del cuerpo desnudo o de zonas que generalmente permanecen ocultas. No afectan la integridad física debido a que no causan ningún tipo de lesión, pero sí pueden vulnerar el derecho a la intimidad, cuando recaen sobre las partes íntimas del cuerpo.
- **Los registros corporales:** se practican con el fin de

encontrar objetos ocultos que se encuentren bajo los vestidos del afectado, bien sobre la superficie corporal o en los orificios corporales naturales. Igual que en las inspecciones corporales la garantía que pueden desconocer es el derecho a la intimidad.

- Las diligencias que causan una lesión en los tejidos y revestimientos cutáneos (sin importar que ésta sea leve): implican una lesión por consistir en la extracción de muestras o tejidos corporales (sangre, pelos, uñas, biopsias) o el sometimiento a radiaciones...”.

En consecuencia, la extracción de muestras de ADN, en lo referente a la extracción sanguínea, pertenece a la última categoría de la clasificación mencionada, lo que demanda una lesión a tejidos y revestimientos cutáneos, situación que ha llevado a un problema jurídico mayor, atendido que existen sectores que se oponen a la extracción involuntaria de muestras, dejando constancia que en países desarrollados como Alemania o Portugal, se permite la extracción de muestras por orden judicial y aún sin el consentimiento del afectado, en determinados casos.

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

En este punto es necesario resaltar que, según lo señalado por el Dr. Alonso, no se necesita de intervenciones corpo-

rales para obtener la muestra de ADN, bastando, entonces la orden judicial que lo determine de acuerdo a las necesidades del proceso, y, más aún, no se necesita ni la participación directa de la persona.

#### *1.3.4.a) Formas directas*

La forma directa de extraer muestras de ADN se divide en dos posibilidades concretas atendiendo al consentimiento del afectado:

##### *I. Con consentimiento del afectado*

En este caso no habría inconvenientes, atendido que es la propia persona a quien se va a hacer el examen, la que acepta su realización, obviamente por parte de peritos médicos adecuados mediando orden judicial.

Sin embargo, en esta materia ha surgido una parte de la doctrina que amparándose en el derecho constitucional a no autoincriminarse, se opondría incluso a esta posibilidad, circunstancia que de autorizarse en su plenitud, significaría simplemente la absoluta obstrucción de la prueba penal y de diligencias judiciales que tengan como misión el esclarecimiento de los hechos, primando en esta materia las normas internacionales y las nacionales sobre la materia.

En este sentido, digno de destacar es el Art. 23 de las Reglas Mínimas de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el proceso penal, que dispone:

Art. 23.1: Toda intervención corporal estará prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo, y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado.

2.- La intervención corporal deberá ser siem-

pre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo de respeto a la dignidad o intimidad de la persona.

Nuestro Código de Procedimiento Penal, en su Art. 82, también hace referencia a la obtención de fluidos corporales, cuando expresa:

Art. 82.- Obtención de fluidos corporales.- Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento del juez para que las proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida. Este requerimiento judicial procederá, a pedido del fiscal, solamente si por la naturaleza de las circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o a la impunidad del delito.

Como puede apreciarse del texto de las disposiciones transcritas, no existe inconveniente legal alguno en el caso del consentimiento expreso de la persona de quien se precise el examen de ADN.

Tal como se expresó, el número de posibles muestras e indicios biológicos susceptibles de ser identificados por ADN (sangre, semen, saliva, pelos, tejidos, restos celulares en objetos tocados, etc.) se ha ido incrementando en los últimos años, quedando de manifiesto que en lo que respecta a la saliva y pelos, no habría la denominada lesión en los tejidos y revestimientos cutáneos, o produciéndose, en consecuencia, menoscabo físico ni menos psicológico a la persona a quien se toma la muestra, dejando en claro eso sí, que respecto del cabello humano hay que hacer una diferencia, ya que un cabello sin raíz solamente determina el ADN mitocondrial, pues sólo del cabello con raíz puede obtenerse el ADN nuclear.

En efecto, según la Dra. Belén María Fernández Álvarez: “A través de pelos encontrados en el lugar de los hechos o en el cuerpo de la víctima se puede identificar a un delincuente. Para ello los pelos han de ser arrancados y no cortados. Un pelo cortado sin raíz, solo posee un tipo de ADN, denominado ADN mitocondrial, que se hereda de madres a hijos, por lo que solo sería útil para hacer pruebas de maternidad. Aún así el pelo sin raíz se puede usar para exculpar a un detenido, pero por sí solo no es concluyente ya que el ADN mitocondrial de un individuo es idéntico en todos los parientes que comparten linaje materno”.

#### II. Sin consentimiento del afectado

En el caso que el afectado se oponga a la práctica del examen de ADN, las disposiciones transcritas con claras, en el sentido que permiten declarar su obligatoriedad al juez atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado.

Digno de destacar en esta materia es una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la República de Venezuela que desechó “un alegato de ilicitud, por falta de consentimiento del examinado”, expresando:

“Una de las Defensoras Técnicas de los acusados, impugna el fallo condenatorio, y entre sus alegatos, sostuvo que “las experticias hematológicas, dactilares, tricológica y de comparación de apéndices pilosos tomadas del cuerpo de su defendido, se obtuvieron con violación de la garantía consagrada en el artículo 46, numeral 3, de la Constitución, por no haberse solicitado el consentimiento de su defendido, ni haber sido notificado su defensor”. La otra Defensa Técnica - Defensora Pública Primera del Circuito Judicial Penal del estado Zulia - impugna también el dictamen que comentamos, y entre otras cosas alega que su defendido: “no manifestó su voluntad para la práctica

de las pruebas que le fueron efectuadas, tampoco consta que la vida del mismo estuviera en peligro, como para efectuar dichas pruebas sin su consentimiento”. A pesar de sendas impugnaciones, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, dejó asentado que: “Estos exámenes por no representar riesgo alguno contra la vida o salud de las personas, y por cuanto los mismos pueden ser de innegable importancia para el esclarecimiento de la verdad que se investiga, podrán ser ordenados por el Ministerio Público en la fase de investigación del proceso, a fin de recabar los elementos que le permitan fundar su aseveración” (Caso: Kelvin Enrique Herrera y José Antonio Velásquez Rivas, Sent.279, Magistrado Ponente: Dr. Rafael Pérez Perdonó, sin voto salvado).

Como puede apreciarse, en el caso analizado, se permitió dicha prueba porque no constituyó riesgo alguno contra la vida o salud de la persona a quien se practicó la prueba, dejándose constancia esta prueba era de innegable importancia para el esclarecimiento de la verdad.

Según lo expuesto anteriormente, puede existir toma de muestras de ADN a una persona sin necesidad de lesión en los tejidos y revestimientos cutáneos, como ocurre con la saliva, la orina o las mismas heces, dándose el caso que aun cuando existiera la oposición de la personas a que se le practicara el examen, en la obtención de su ADN no sería preciso lesionar algún tejido o revestimiento cutáneo como acontece con la extracción de sangre.

Para el experto brasileño Genival Veloso de França: “Toda intervención en el patrimonio biológico del ser humano, fuera de tener su inspiración en el más elevado propósito de quien interfiere y en el respeto absoluto de los derechos de la persona humana, debe contar, de forma patente, con la adhesión consciente e informada de aquél que se somete

a la intervención, siendo él mayor, capaz, saludable y en condiciones de dar libre y conscientemente su autorización. Lo anterior considerando que el ideal sería que cada interferido tuviese una razonable capacidad de comprensión e independencia absoluta para ejercer sus libertades, teniendo presente que muchas veces los individuos están desprovistos de cierta capacidad intelectual y pertenecen a los grupos más apartados socialmente por la iniquidad y por la carencia. Aún así el investigador deberá tener la debida habilidad de informar en plenitud en lenguaje simple y descodificado de la jerga científica, de forma que el individuo pueda entender el carácter de la intervención, sus objetivos, sus riesgos y beneficios y, también, darle plena libertad para abandonar la investigación en el momento que lo estime”.

Razón tiene el científico brasileño cuando señala que las personas sometidas a esta clase de pruebas, especialmente en materia delictual, pertenecen a los sectores más desamparados de la sociedad, ya que muchas veces incluso no estarán en capacidad de comprender el carácter de dicha intervención, razón por la cual se habla del consentimiento informado.

En materia nacional, llama curiosamente la atención, en el Art. 82 del Código de Procedimiento Penal, que después de facultar al juez para que proporcione estas pruebas cuando no exista consentimiento de una persona, se exprese “sin que pueda ser físicamente constreñida”, frase a la que posteriormente le sucede: “Este requerimiento judicial procederá, a pedido del fiscal, solamente si por la naturaleza de las circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o a la impunidad del delito”.

La referida disposición, a nuestro juicio, intenta prohibir

la obtención de fluidos por intermedio de la coacción. Sin embargo, en materia judicial, existe una serie de medios forzosos para exigir el cumplimiento de medidas judiciales que no implican atentar contra la integridad física o psíquica de la persona, como lo son los allanamientos, el reconocimiento en rueda de personas etc., por lo que un examen de sangre o la extracción de saliva como fluido corporal en caso alguno causa un atentado a la vida o a la salud de la persona.

Toda esta situación radica en la falta de procedimientos adecuados y protocolos en cuya virtud quede constancia de la propuesta de intervención corporal, la explicación al paciente y su aceptación o no, todo bajo orden judicial, con el objeto que de no ser aceptado por el paciente, en este caso el imputado se pueda proceder con orden judicial. No se trata de coaccionar indebidamente al procesado, pero tampoco quedar sometido a su capricho, poniendo como ejemplo, el caso de Antonio Azic, en la Argentina, quien es responsable de la desaparición de las familias de 90 personas (nietos) ya que a nuestro modesto juicio, sería aberrante que esta “bestia humana” se opusiera a un examen de ADN amparado en una objeción de conciencia.

En este sentido, debe prevalecer el bien jurídico protegido y conciliarlo con el respeto a los derechos humanos, pero no debe perderse las proporciones, ya que si con la prueba de ADN se pretende, en casos específicos, luchar contra el delito, sería un contrasentido proteger la negativa pura y simple de un sospechoso manifestando que se está violando sus derechos humanos, puesto que si el sistema gira en torno a la protección del sospechoso, por ejemplo, se está violando los derechos humanos de la víctima o de su familia, en caso que a ésta, el imputado se oponga a la práctica de un examen de ADN.

Si analizamos la sentencia venezolana, resulta paradójal que los abogados y defensores de los derechos humanos hayan tendido a funcionar en relación con el delincuente en detrimento del derecho de la víctima.

Por su parte, en el Brasil, el jurista oriundo de dicha nación, Dr. João Mauricio Cavalcanti Gomes da Fonseca ha señalado, respecto de la obligatoriedad del examen de ADN relacionado con la paternidad, que: “pese a que en el numeral II del Art 5º de la Constitución Federal de 1988 que dentro de la igualdad ante la ley establece que «II. – Nadie será obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de una ley», el interés del conocimiento de la filiación bajo el aspecto constitucional, impone el deber del Estado de efectuar la correcta prestación jurisdiccional...debido a la existencia de crímenes contra la asistencia familiar”.

Lo anterior según el señalado jurista brasileño concuerda con el Art. 339 del Código de Procedimiento Civil de ese país, que dispone: “Nadie podrá eximirse del deber de colaborar con el Poder Judicial para el descubrimiento de la verdad”.

En este sentido, siguiendo al jurista brasileño, la justicia debe obrar obviamente no lesionando la dignidad de la persona, pero ello no debe implicar que gire en torno a la mera voluntad del imputado o sospechoso, porque, como se dijo, se estaría yendo en detrimento de la víctima del delito.

Debemos en esta materia, dejar en claro qué es el derecho a un proceso justo o debido proceso y relacionarlo efectivamente con el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, ya que si se actúa inadecuadamente frente a la negativa de practicarse un examen de ADN y siendo ésta esencial para el esclarecimiento de los hechos, tal como se afirmó,

se estaría violando los derechos humanos de la víctima, dejando constancia que en el ordenamiento jurídico español, especialmente la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, “se configura el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva con parte de los elementos que integran un debido proceso, por ejemplo con el derecho al recurso legalmente establecido, la prohibición de indefensión, el derecho a obtener una decisión adecuadamente motivada que ponga fin al proceso, etc.”.

*1.3.4.b) Formas indirectas de obtención de ADN*

El ADN puede encontrarse en una serie de muestras biológicas, como bien lo señala la mencionada Dra. Belén María Fernández Álvarez, cuando expresa: “se puede partir de cualquier tipo de muestra biológica (sangre, saliva, semen, líquido amniótico, biopsias, restos óseos, pelo, uñas...) u otros restos biológicos presentes en todo tipo de prendas u objetos (cepillos, colillas, chicles...). Todas las células de una persona poseen el mismo ADN, por lo que todas las muestras biológicas tienen el mismo valor. El ADN se encuentra en todos los fluidos biológicos (sangre, saliva, semen,...), en todas las células del ser humano; pues es posible detectar dichos fluidos en cualquier prenda de ropa. Las muestras de sangre y las de semen generalmente desaparecen de la ropa si ha sido lavada, pero hay métodos a través de los cuales se pueden detectar”.

Lógicamente que en esta materia debemos distinguir, ya que si las muestras se refieren a las que se obtuvo en el lugar de los hechos, obviamente que, para todas las pericias del caso, no cabe alegar falta de consentimiento.

El problema se presenta en el caso que se obtenga indirectamente muestras del individuo, como lo sería de los desechos orgánicos u otros restos biológicos, como señala

la Dra. Belén María Fernández Álvarez, presentes en todo tipo de prendas u objetos (cepillos, colillas, chicles...). Sin embargo, si se toma en consideración las disposiciones sobre Derechos Humanos y penales a nivel mundial, cualquier legislación tendente a regular las pruebas del ADN habrá de establecer las garantías para que la toma de las muestras sea llevada a cabo por personal especializado y en unas condiciones que permitan afirmar que los derechos a la dignidad y a la integridad física no serán vulnerados.

Sin duda alguna, el principal problema surge ante la posibilidad de una negativa del consentimiento para la toma de muestras del sospechoso, procesado o condenado. Si este tipo de personas se niega a que se le tome una muestra biológica que sirva de referencia indubitada para comparar, la capacidad de resolver casos puede verse afectada.

En nuestra modesta opinión siempre debe existir orden judicial para obtener la prueba de ADN, incluso para la práctica de obtención por medios indirectos, en el caso que un presunto homicida que se niegue a ceder material biológico para comparar su ADN con el encontrado en restos de sangre hallados sobre la víctima.

El consentimiento informado es un requisito para la práctica de cualquier actuación médica y, por extensión, para la práctica de cualquier acción sobre una persona como sería el tomar muestras de saliva, sangre, cabellos o cualquier otro fluido o tejido biológico.

Conceptualmente, en medicina legal, el consentimiento informado puede definirse “como la conformidad o asentimiento del paciente (y/o padre, tutor o encargado) a recibir un procedimiento médico o intervención quirúrgica luego de haber recibido y entendido toda la información necesaria para tomar una decisión libre e inteligente”.

Las especiales circunstancias de la prueba en el campo del derecho penal implican por un lado, el supuesto de la falta de colaboración y, por otro, la necesidad de informar de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de su realización. Así, este tipo de pruebas que se llevan a cabo dentro de una investigación judicial y que en muchas ocasiones son imprescindibles para averiguar la identidad del autor de los hechos, conlleva necesariamente la existencia de otras pruebas o indicios que indiquen la relación del encausado con los hechos, pudiendo por tanto el Juez sustituir el consentimiento del encausado por medio de una resolución motivada para que el acto médico sea lícito.

Validez de las formas indirectas de obtener la muestra de Ácido Desoxiribunocleico o ADN en el derecho comparado.

La jurisprudencia no es pacífica, ya que si bien debe existir legalidad en el procedimiento, puede apreciarse que en materias relacionadas con actos terroristas, los Tribunales Españoles han condenado a personas por muestras de ADN tomadas sin permiso, como ocurrió con la sentencia emanada de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional española que “condenó a los jóvenes Gaizka Gañán, Aimar Hidalgo y Orkatz Gallastegi a siete años y seis meses de prisión por el delito de «incendio terrorista», al atribuirles la quema de un autobús en agosto de 2000 en la localidad vizcaína de Getxo. La sentencia tomó en consideración las pruebas de ADN realizadas sin consentimiento alguno de los acusados, y se basa en esas pruebas únicamente para condenar a estos jóvenes. Cabe recordar que muchos expertos han puesto en tela de juicio este tipo de pruebas. El fallo indica que el informe pericial sólo está firmado por un perito porque el equipo del laboratorio de Genética Forense de la Policía Científica del Gobierno

de Lakua era, en aquel momento, «muy exiguo». Señala, además, que la prueba «no pierde fiabilidad por el hecho de haber sido realizada por una sola persona». También destaca la validez de recogida de pruebas llevada a cabo por agentes de la Ertzaintza, que se sirvieron de una colilla y dos esputos arrojados por los acusados y que fueron tomados sin su autorización ya que la toma de muestras se realizó sin «actuación coercitiva» sobre los sospechosos”. Como puede apreciarse, en el caso analizado, la justicia española condenó a los imputados por las pruebas existentes en el lugar de los hechos y la confrontación ulterior de – valga la redundancia- pruebas efectuadas sin el consentimiento de los procesados.

Obvio es que el consentimiento se precisa una vez que se haya obtenido los indicios a fin de confrontar las evidencias con los datos del sospechoso o afectado.

Contraria a la jurisprudencia señalada, en España, también, el terrorista etarra Orkatz Gallastegi interpuso recurso ante el Tribunal Supremo contra una sentencia de la Audiencia Nacional que le condenó basándose en una prueba de ADN practicada sobre “restos biológicos de un escupitajo” tomados sin él saberlo cuando ya estaba detenido. El Tribunal Supremo le absolvió argumentando que “no puede tener validez probatoria alguna el análisis de ADN practicado sobre una muestra biológica indubitada que fue obtenida sin las garantías exigidas por nuestra ley procesal”.

El caso es que, todo delincuente o terrorista, en Estados Unidos y Europa, comprobada su participación en un acto delictual o terrorista sus antecedentes genéticos pasan a integrar un archivo de datos de ADN, no siendo ya necesario su consentimiento, si se comprueba que entre los indicios encontrados en el lugar de los hechos y el registro de ADN

existente en los archivos forenses, coinciden, pudiéndosele atribuir la responsabilidad que le corresponda.

Según el genetista del Instituto Nacional de Toxicología de España, Dr. Antonio Alonso Alonso: “Para evitar este tipo de situaciones (objetar la prueba por falta de consentimiento) propone que al sospechoso se le presente un escrito garantizado por la Agencia de Protección de Datos “para decirle qué se va a hacer con ese perfil y dónde se va a mandar”, así como “cuáles son sus derechos de cancelación” .

## **CAPITULO 2. FACTORES LEGALES PARA EL USO DEL ADN**

### ***2.1 LA CRIMINALÍSTICA. CONCEPTO Y OBJETO***

Según el Dr. Paulo Roberto Coria: “El término Criminalística, es aplicado por primera vez en la provincia de Graz, Australia, en 1894, por el juez de instrucción Hans Gross, quien reunió y aportó conocimientos muy valiosos para ser aplicados en la pesquisa criminal. Gross estaba convencido que la resolución de los crímenes debía ser resuelta mediante la intervención de los conocimientos científicos, haciendo a un lado la intuición y las suposiciones. El fruto de su razonamiento fue plasmado en su libro Manual del Juez de Instrucción, que fue publicado por primera vez en 1894. En 1900 Lázaro Pavila lo editó en México, con una traducción al español de Máximo Arredondo, bajo el título de Manual del Juez El vocablo Criminalística proviene del latín CRIME e INIS, que significa delito grave, así como de los sufijos griegos ISTA e ICA que significan ocupación u oficio. En las concepciones actuales sobre la Criminalís-

tica existen algunos puntos de controversia. Por una parte, algunas definiciones consideran a la Criminalística como auxiliar del derecho penal, mientras otras consideran que es aplicable en el derecho en general”.

El mismo Dr. Coria, invocando al célebre penalista mexicano Dr. César Augusto Osorio y Nieto señala que la criminalística es “la disciplina o conjunto de conocimientos que tiene por finalidad determinar, desde un punto de vista técnico pericial, si se cometió o no un delito, cómo se llevó a cabo y quién lo realizó”. Encargándose, posteriormente de definirla como: “La disciplina auxiliar del Derecho Penal que aplica los conocimientos, métodos y técnicas de investigación de las ciencias naturales en el examen del material sensible significativo relacionado con un presunto hecho delictivo, con el fin de determinar su existencia, o bien reconstruirlo, para señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos, llegando así a la verdad histórica del hecho”.

#### *2.1.1. Clasificación de la Criminalística.*

Ésta se clasifica, según expresa el Dr. Paulo Roberto Coria, atendiendo al lugar donde se realice la investigación, y puede ser:

- **DE CAMPO.** La Criminalística de Campo es la disciplina que emplea diferentes métodos y técnicas con el fin de observar, fijar, proteger y conservar el lugar de los hechos. También se encarga de la colección y embalaje de los índicos relacionados con los hechos que se investiga, para posteriormente realizar un examen minucioso. Dada la evolución científica de la investigación criminal, debe darse mayor atención al lugar del hecho o del ha-

llazgo para localizar, recuperar y documentar evidencias que, posteriormente, serán examinadas por peritos en los laboratorios forenses, ya que la habilidad del laboratorista para proporcionar interpretaciones científicas depende en gran medida de un trabajo eficiente del equipo investigador de campo, el cual tiene que estar bien adiestrado, coordinado y debidamente provisto de los implementos y utensilios necesarios para una recolección adecuada de las evidencias.

- **DE LABORATORIO.** Es la parte de la Criminalística que utiliza todos los métodos y técnicas de laboratorio para el estudio, análisis e identificación de los indicios y evidencias encontrados en el lugar del hecho o del hallazgo. La Criminalística de laboratorio tiene sus inicios en 1910 al fundarse en Francia el primer laboratorio forense por Edmund Locard. Desde entonces y hasta la fecha, han sido instalados en todo el mundo diferentes tipos de laboratorios con características y funciones muy especiales, los cuales dependen tanto de los recursos económicos del país como de los delitos que se investiguen. Existen los muy sofisticados y completos, como los de la Policía Científica y Técnica Francesa y los de la Oficina Federal de Inteligencia norteamericana (FBI). El FBI, después de consultar a expertos de diversas áreas científicas por indicación de su primer director J. Edgar Hoover, logró integrar un laboratorio específico de ciencias forenses que inició sus trabajos en 1932 y es, a la fecha, uno de los más reconocidos en el mundo.

### *2.2.2. Campo de aplicación de la criminalística*

Dentro de la criminalística existen aplicaciones técnicas propias del trabajo de diferentes disciplinas, ciencias auxiliares y laboratorios periciales, entre los que se encuentran:

- **Antropología forense:** es la aplicación de la ciencia de la Antropología Física al proceso legal. Para poder determinar el sexo, talla, edad, grupo étnico, e incluso llegar a la reconstrucción facial de restos humanos. Para poder determinar el sexo, talla, edad, grupo étnico, e incluso llegar a la reconstrucción facial de restos humanos.
- **Balística forense:** ciencia que analiza las armas de fuego empleadas en los crímenes. Suele abarcar el estudio y análisis de los proyectiles y de los impactos determinando el calibre del arma disparada.
- **Dactiloscopia:** es el conjunto de técnicas y procedimientos que tienen como propósito el estudio y la clasificación de las huellas digitales; utilizando polvos, vapores de yodo, ciano-acrilato de sodio o por medio del rayo láser.
- **Documentoscopia:** disciplina relativa a la aplicación práctica y metódica de los conocimientos científicos, teniendo como objetivo verificar la autenticidad o determinar la autoría de los documentos.
- **Estudio de pelos y fibras:** Por medio del estudio químico puede determinarse si el pelo en estudio se trata de pelo humano o de animal, así como otras características.
- **Fotografía forense:** La participación del fotógrafo para realizar la fijación fotográfica de la escena y todo lo relacionado con la misma es fundamental; sin embargo, es sólo la primera parte de su trabajo, ya que posteriormente tendrá que trasladarse al laboratorio de fotografía forense para llevar a cabo el revelado del material con el que serán ilustrados los dictámenes.
- **Genética forense:** El estudio de material biológico, como la saliva, semen, sangre, pelo, y otros tejidos, permiten tipificar el ácido desoxirribonucleico (ADN), método

identificadorio moderno y que por su gran precisión se ha denominado huella genética.

- **Hematología:** En esta especialidad la aplicación de la química es fundamental si una mancha que se halló en el lugar del hecho es sangre y si ésta es de animal o humana; en caso de tratarse de sangre humana se determinarán los grupos, subgrupos y el factor RH.
- **Medicina forense:** Si se considera que el laboratorio es el lugar en donde se realizan trabajos de investigación científica, bien puede estimarse el necrocomio o a los Servicios Médicos Forenses como los laboratorios que utilizan los médicos para el estudio minucioso del cadáver, y para determinar su identidad y causa de muerte.
- **Odontología forense:** es la aplicación de los conocimientos odontológicos con fines de identificación y de utilidad en el derecho Laboral, Civil y Penal. Es la rama de la odontología que trata del manejo y el examen adecuado de la evidencia dental y de la valoración y la presentación de los hallazgos dentales, en interés de la justicia.
- **Química forense:** Es la rama de la Ciencia Química que se encarga del análisis, clasificación y determinación de aquellos elementos o sustancias que se encontraron en el lugar de los hechos o que pudieran relacionarse con la comisión de un ilícito.
- **Toxicología forense:** es la rama de toxicología que estudia los métodos de investigación médico-legal en los casos de envenenamiento y muerte.

### *2.2.3. Objeto de la Criminalística*

El Objeto de la Criminalística es el estudio y conocimiento de las leyes y procesos del surgimiento de las pruebas, su recolección, investigación y utilización, para la lucha

contra todo tipo de actividad delictiva, infractora, negligente y antisocial, así como el establecimiento de métodos criminalísticos para esos fines e igualmente de sistemas de recomendaciones para su prevención.

Dentro del Objeto de la Criminalística se encuentra además el fortalecimiento del orden procesal y el estricto cumplimiento de la Legalidad en todas sus partes y por todos los ciudadanos, en especial de los funcionarios que tienen a su cargo la instrucción (investigación) del delito. En la tarea de la prevención, la Criminalística se apoya en los datos estadísticos actuales para establecer los pronósticos criminalísticos, es decir los futuros hechos delictivos que pueden producirse, contribuyendo de esta forma desde el punto de vista social al perfeccionamiento de las medidas de prevención social, ya que los desarrollos

Muy importante dentro del objeto de la Criminalística es lo relativo al descubrimiento, a la investigación y a la prevención de los delitos.

- Por descubrimiento se entiende en Criminalística, al reconocimiento por un órgano de instrucción de un hecho, situación o suceso relevante desde el punto de vista jurídico penal, como posible delito, aún sin tener conocimiento de los detalles relativos a la forma en que se cometió, a la culpabilidad, los móviles, las formas de participación, etc.
- Por investigación de un delito, se entiende, “el conjunto de actividades técnico-científicas realizadas por el investigador para saber qué hecho se cometió: dónde, cuándo y cómo se cometió: quién es el autor o cómplice y porqué lo cometió o participó. Es actividad técnica porque utiliza un conjunto de sistemas y de medios de observación, identificación, recolección, conservación, reelaboración y transmisión de los datos. Tal sistema comprende los

instrumentos especiales de observación, medición y análisis. Es actividad científica porque se funda en principios científicos cuya veracidad está reconocida y aceptada. Es además, una actividad que debe llevarse a cabo conforme a determinadas reglas legales”.

- La Prevención o Profilaxis Criminalística es un sistema de métodos, procedimientos y medios técnicos elaborados especialmente para evitar el delito.

Los medios y métodos desarrollados por la Criminalística para la prevención pueden ser subdivididos en: los aplicados al estudiar las causas y condiciones del delito o para su ocultamiento, los utilizados para la obtención de información sobre la realización del delito y los empleados para proteger diferentes lugares u objetos de la acción de los delincuentes.

Para el descubrimiento, investigación y prevención de los delitos, la Criminalística emplea en la investigación cuatro métodos particulares de obtención de conocimiento:

- La observación: Es la concentración dirigida de la actividad perceptiva del investigador o el perito, en un objeto del conocimiento escogido; los resultados de esa actividad se insertan en el conocimiento y aporta el material inicial para el planeamiento y elaboración de las versiones criminalísticas.

- La medición y descripción: En el proceso de la investigación con frecuencia se presenta la necesidad de establecer las características cuantitativas de los objetos investigados y las relaciones espaciales y temporales entre ellos; este proceso es lo que conocemos como medición.

La medición es la comparación con una magnitud del mismo género que tomamos como unidad de medida.

- La medición no sólo se efectúa en el peritaje criminalístico por parte de los peritos, sino además para fijar el

lugar del suceso durante las acciones de instrucción;

- La descripción se auxilia de la medición para dejar constancia escrita de la relación de síntomas del objeto, entendido éste como el lugar del suceso o el objeto específico del delito. La descripción es también utilizada durante el peritaje criminalístico y en la realización de las actas de acciones de instrucción. La descripción de lo percibido debe ir de lo general a lo particular, en éste método se aplican los dos anteriormente explicados, es decir, la observación y la medición.

- La comparación: Es la investigación relativamente simultánea y la valoración de las propiedades o síntomas generales presentes en dos o más objetos. Es un método de investigación de factores, cosas y fenómenos muy utilizados tanto en la Identificación Criminalística, así como en la realización de las acciones de instrucción. La comparación permite establecer semejanzas y diferencias entre los objetos investigados y los comparativos, lo cual permite la identidad, es decir permite establecer la identificación de personas y de objetos.

- El experimento: Es la repetición insinuada de un fenómeno bajo condiciones semejantes, según los clásicos del marxismo, el experimento es un criterio importante de la verdad de un enunciado, y un método para adquirir nuevos conocimientos. El factor empírico del experimento consiste en su papel activo, realmente influyente y transformante y en la observación a él integrada; el factor teórico inherente al experimento consistente en el planteamiento del problema, la tesis para cuya verificación se planea y ejecuta y consiste también en la valoración de sus resultados.

Además de los métodos anteriormente expuestos la Criminalística ha desarrollado sus propios métodos (especiales)

que la caracterizan como ciencia, ellos son:

- De búsqueda, revelación, fijación y extracción de las huellas (a través de medios desarrollados por la Criminalística como polvos reveladores de huellas, placas dactiloscópicas, etc.).
- De filmación (tanto para la filmación del lugar del suceso durante el desarrollo de las acciones de instrucción como para revelar en condiciones de laboratorio por el Perito, huellas latentes, falsificaciones de documentos, ilustraciones de peritajes macro y microfotográficos, entre otros).
- Trazológicos (para la obtención de huellas y objetos experimentales de comparación, etc.)
- De identificación (mediante el peritaje de las huellas dermatoscópicas, los rasgos exteriores de la persona, el olor, la voz, la escritura, el ADN presente en las secreciones y tejidos humanos y otros).
- Específicos de investigación de los distintos tipos de delitos (mediante la metodología criminalística de investigación a seguir en delitos concretos).
- Propios para la realización de los Peritajes Criminalísticos.
- Tácticos (para la ejecución y desarrollo de las acciones de instrucción reguladas en la Ley Adjetiva)

Además de los métodos anteriormente expuestos la Criminalística utiliza métodos de otras ciencias, como los matemático incluyendo los cibernéticos, los psicológicos, físicos, químicos, antropológicos y antropométricos sobre todo en la realización de los Peritajes Criminalísticos.

En relación con el concepto de prueba existen variadas denominaciones en la doctrina, a los fines de nuestra ciencia debemos entender como prueba todos los elementos que nos brinden información sobre un proceso judicial y que

no necesariamente son huellas o evidencias pero que están convencionalmente aceptadas en las diferentes legislaciones.

La Criminalística establece una taxonomía de las pruebas en materiales, documentales y testificales.

- Las Materiales: Son las huellas, las evidencias del delito, las lesiones físicas recibidas, las mutilaciones, etc.
- Las Documentales: Son los escritos de todo tipo, películas, fotos, diapositivas, el informe pericial, etc.
- Las Testificales: Son las referidas a la declaración de los testigos, de la víctima, del acusado y otras personas vinculadas al hecho.

En el análisis valorativo de las pruebas, la Criminalística parte de la aplicación de la Ley General de la Reflexión, teoría materialista del reflejo que indica la interconexión de los fenómenos y procesos en estrecha relación unos de otros por lo que toda acción humana produce consecuencias determinadas que se van a reflejar en el medio que los rodea, si la acción es transgresoras de las normas legales establecidas dará lugar al hecho delictivo, produciéndose el correspondiente daño material o moral.

El aislamiento de uno de los elementos del lugar del suceso para su estudio y examen más detallado, lo logra el investigador en su mente, pero éste, no se puede dejar impresionar sólo por el acontecimiento sino que debe tener presente en todo momento que el fenómeno que se presenta ante él, es el aspecto externo, que lo que se observa es el resultado de la ejecución de un delito determinado que puede haber variado por diferentes razones Además del hecho en sí, la acción en su desarrollo deja rasgos indicativos de su trayectoria, modo o forma en que se desarrolló, duración, etc., elementos éstos que conforman las denominadas “huellas y evidencias del delito”.

La Criminalística cuenta con diferentes fases para la recolección de las huellas y evidencias, estas son:

- La Búsqueda: que consiste en la observación, inspección o rastreo que se realiza en el lugar del hecho con el fin de localizar las huellas e indicios materiales en el lugar.
- La revelación: A través de este método se hacen visibles las huellas que no se observan a simple vista, utilizándose para ello métodos físicos y químicos.
- La Fijación: Mediante la misma se deja constancia gráfica del lugar del hecho, a través de actas, planos, croquis, fotografías del lugar.
- La Extracción: Utilizando diferentes medios técnicos se extraen las huellas del lugar del hecho, moldes de yeso, placas dactiloscópicas, materiales gomoides, etc.
- La Conservación: Es la última fase de recolección de las huellas mediante la cual se embalan las pruebas materiales para que no se deterioren y pueden ser objeto de estudio e investigación posterior.
- La Investigación o examen de las pruebas: se refiere al estudio minucioso de las huellas o evidencias con la ayuda de los medios y métodos especiales elaborados por la Técnica Criminalística para tal fin. Como regla esta investigación se realiza por personas competentes que mediante su análisis pueden ofrecer informaciones de indudable valor para la investigación, estas personas con calificación científico técnica adecuada y con experiencia propia del desarrollo de la actividad en esa esfera, durante un determinado período de tiempo, son expertos o peritos. Como ciencia jurídica la Criminalística desarrolla una serie de tareas en dependencia de su utilización tanto en la investigación del delito, en la aportación de pruebas en procesos civiles como en la prevención de los hechos de-

lictivos, pero en la actualidad sus tareas fundamentales pueden clasificarse en generales y particulares:

Generales:

- El estudio de los medios y métodos aplicados en la comisión del delito. Conociendo el modus operandi del delincuente y los medios para la comisión del delito, la Criminalística puede determinar a los comisares del hecho y aclarar las circunstancias que dieron lugar al delito. Por ejemplo, para el perito determinar el método de falsificación de una firma, debe conocer los distintos tipos de falsificaciones que comete el delincuente.
- La utilización de los diferentes datos de las ciencias técnicas o naturales para descubrir, investigar y prevenir el delito.
- La Criminalística aplica métodos de las ciencias técnicas o naturales para estudiar y observar cada hecho delictivo con el fin de conocer los elementos causales y casuales que intervinieron en él y sobre esa base elaborar las medidas y recomendaciones pertinentes para evitar la acción del delincuente.

Particulares:

El desarrollo de nuevos medios y métodos técnicos, así como perfeccionar los ya existentes, además de recomendaciones para la recolección, investigación y utilización de las pruebas en el Proceso Penal.

- El perfeccionamiento de las bases organizativas, tácticas y metodológicas de la investigación de los delitos en la fase preparatoria del juicio oral.
- La creación y mejoramiento de medios y métodos para revelar el delito y para su prevención. Dentro de estos últimos se encuentra:
- Medios y métodos para el establecimiento de las causas y condiciones que propiciaron el delito y los utili-

zados para la comisión y ocultamiento de este.

- Aquellos dirigidos a obtener información sobre la preparación de los delitos.
- Los destinados a proteger diferentes objetos de las acciones delictivas y crear las condiciones necesarias para que surja la información probatoria.

Aunque sólo la tercera de las tareas específicas hace mención al desarrollo de medios y métodos para la profilaxis del delito, no obstante, todas ellas se desarrollan con esta finalidad “pues una de las formas de prevenir el delito es esclarecer los que se cometen, ya que el sentimiento de impunidad que crea el delito no esclarecido estimula la comisión de nuevos delitos”.

El descubrimiento del ADN ha suscitado una revolución en materia científica, lo que ha llevado al afamado profesor de biología de Oxford, Dr. Richard Dawkins a expresar, muy acertadamente que: “la vida inteligente en un planeta se transforma en madura cuando, por primera vez, comprende la razón de su propia existencia”.

Según los científicos, las materias vivas contienen cuatro tipos básicos de sustancia orgánica: proteínas, glúcidos, lípidos y ácidos nucleídos.

Todas las formas de vida poseen los llamados ácidos nucleídos. Estos ácidos deben su nombre al haber sido descubiertos, en primer lugar en el núcleo de las células.

Según el biólogo brasileño Dr. José Mariano Amabis, profesor del Departamento de Biología del Instituto de Biociencias de la Universidad de São Paulo “los ácidos nucleídos son las mayores y más importantes moléculas orgánicas y se encuentran presentes en todas las formas de vida, desde los virus hasta los mamíferos, no siendo una particularidad de los seres humanos”.

### **2.3. LA RESPONSABILIDAD PENAL**

En términos generales, puede sostenerse que la responsabilidad penal es la consecuencia jurídica de la violación de la ley, realizada por quien siendo imputable o inimputable, lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien material o la integridad física de las personas. La responsabilidad penal, en consecuencia, nace exclusivamente para quien ha cometido el delito, entendiéndose por tal, a quien ha cabido en alguna de las formas de intervención punible (sancionable) previstas por la ley.

La expresión «responsabilidad» tiene distintas acepciones” por lo cual habrá de precisarse sus alcances. Para el Derecho Penal, «responsable» quiere decir sancionable, y esta responsabilidad jurídica será de carácter penal cuando al autor de una conducta contraria al ordenamiento jurídico penal le es impuesta una sanción prescrita por la ley penal. Para poder considerar a una persona responsable penalmente y, por consiguiente, sometida a sanción penal, deberá cumplirse con unas condiciones o presupuestos que integran ese concepto de responsabilidad, los cuales presentan diferencias según se estime al sujeto como imputable o inimputable.

No existen mayores discrepancias en el Derecho penal para determinar cuáles son esas condiciones que se requieren para ser considerado responsable penalmente cuando se trata de imputables. Se considera indispensable que mediante sentencia definitiva se constate la realización de una conducta punible, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable

#### *2.3.1. Principio de presunción de inocencia*

Destaca en materia de responsabilidad penal el principio

de inocencia, el cual, consagrado en el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución Política del 2008 establece que “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

Esta misma idea se reproduce en los artículos 1° y 4° del actual Código de Procedimiento Penal. La presunción de inocencia, si uno se la toma en serio, impone varias obligaciones al proceso penal. Entre ellas, se encuentra la exigencia de tratar al imputado como inocente, lo cual resulta incompatible con la institución de las medidas cautelares. Especialmente con la prisión preventiva. De igual modo, asociada a la presunción de inocencia está la idea de que el Ministerio Público debe correr con la carga de la prueba, en un contexto de real y efectiva contradictoriedad de las partes e imparcialidad de los jueces, y que debe hacerlo sobre la base de un alto estándar probatorio.

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio, y como se manifestó, consagrada tanto en instrumentos internacionales como en la carta fundamental de la República.

Según el destacado jurista argentino Dr. Jorge Clariá Olmedo: “Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable. Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, aún cuando con respecto

a ellos se haya abierto causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de este (...).”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al respecto al manifestar que: “Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”.

### *2.3.2. El nexo causal*

Para el prestigioso penalista chileno Dr. Waldo del Villar Brito, el nexo de causalidad: “viene a ser la relación existente entre el acto humano y el resultado producido, estimado el acto como el comportamiento muscular del sujeto activo. En todo caso, el estudio de la relación de causalidad considera el comportamiento muscular y el resultado externo como simples acontecimientos naturales, prescindiendo del contenido de la acción y por supuesto también de la responsabilidad”.

La jurista brasileña y consejera del Instituto Brasileño de Investigaciones Criminales sostiene que: “el concepto de de nexo causal, o nexo etiológico es una relación de causalidad proveniente de las leyes naturales, es un vínculo de relación causa efecto entre la conducta y el resultado. La relación causal, por tanto, establece un vínculo entre un determinado comportamiento y un evento, permitien-

do concluir, en base a las leyes naturales, si la acción u omisión del agente fue o no causa del daño, resultado que surge como consecuencia natural de la voluntaria conducta del agente. En suma, el nexo causal es un elemento referencial entre la conducta y el resultado, es a través de él que podemos concluir quien fue el causante del daño”.

Como se puede apreciar, el nexo causal es uno de los elementos del hecho típico de mayor complejidad en materia penal, existiendo varias teorías al respecto, siendo las de mayor prestigio la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones y la Teoría de la Condición Adecuada.

- Teoría de la causa necesaria: que podría ser considerada como el inicio teórico sobre la materia, que estima que “causa es una situación determinada a la que debe seguir otra, igualmente determinada, de un modo necesario y general”. Considerada como teoría restricta ha sido completada por el penalista italiano Silvio Ranieri quien señala que además requiere “sucesión, necesidad y uniformidad en orden a los tipos legales”.

- Teoría de la equivalencia de las condiciones: Sustentada fundamentalmente por Von Buri y Von Litszt no diferencia entre la relación de causalidad en el plano natural y en el plano jurídico y es simple y de fácil manejo. No distingue entre condiciones esenciales y no esenciales para la producción de un resultado, de tal manera que todas las condiciones son equivalentes. Para los sostenedores de esta doctrina viene a ser causa de un resultado toda condición que suprimida mentalmente daría lugar a que no se produjese el resultado. Por ello se denomina también teoría de la *conditio sine qua non*”.

#### **2.4. LA NEGATIVA POR CONCIENCIA**

Sin perjuicio que la objeción de conciencia se trata en esta tesis, ampliamente, en el Capítulo III de la presente tesis, puede sostenerse en términos generales que se entiende por conciencia: “la capacidad que nos indica qué está bien o mal. Estas valoraciones del instante que acontece, permiten al individuo percibirse a sí mismo como alguien capaz de modificar su entorno o por el contrario como alguien sujeto a unas restricciones que le superan. Tenemos conciencia cuando sabemos lo que está aconteciendo en nuestro Yo y otorgarle un concepto, ya en lo que es propio de nuestro mundo interior, ya en lo que es el mundo exterior que en él se refleja. La conciencia presenta algunas propiedades claramente diferenciadas: dinamismo, unidad o totalidad, subjetividad, intencionalidad y conocimiento certero. La conciencia predispone a la persona a actuar de forma equilibrada entre su cosmovisión y los hechos percibidos en el presente”.

El Tribunal Constitucional alemán definió la objeción de conciencia como “toda decisión seria de carácter moral, es decir, orientada en las categorías del ‘Bien’ y del ‘Mal’, que el individuo experimenta internamente en una determinada situación como algo vinculante e incondicionalmente obligatorio, de tal forma que no puede actuar contra ella sin violentar seriamente su conciencia” .

Según el penalista español Dr. Francisco Muñoz Conde: “Esta definición – la del Tribunal Constitucional alemán - puede considerarse válida, siempre que tengamos en cuenta que estamos aquí ante un concepto de carácter subjetivo que como tal nunca puede constatararse empíricamente, sino todo lo más deducirse, con los medios de prueba reconocidos legalmente, de la conducta externa del individuo, situando su objeción en un determinado contexto de datos

externos, éstos sí fácilmente comprobables (pertenencia a un determinado grupo religioso, actividades profesionales, etc.). La distinción “objeción de conciencia” - “objeción de conveniencia” no es, por consiguiente, fácilmente realizable y siempre puede quedar un margen razonable de duda cuando se trata de saber si la decisión adoptada en un caso concreto fue realmente una decisión de conciencia o no. De todos modos, nunca se debe convertir a los Tribunales de Justicia en confesionarios, convirtiendo el proceso jurídico en el que se diriman cuestiones penales, administrativas o de cualquier otra índole jurídica, en un proceso inquisitorio de las intenciones, deseos, creencias o ideologías del ciudadano objetor al cumplimiento de alguna norma jurídica.

Sin embargo, en materia de objeción de conciencia, hay que proceder a la valoración ésta “situación a situación”, ya que como puntualizó el profesor de Historia de la Medicina y Bioética de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Miguel Sánchez, “la objeción de conciencia no puede ser tratada como un cheque en blanco”.

En efecto, la objeción de conciencia no puede operar ampliamente como una causal de justificación supralegal, ya que “la tensión dialéctica entre individuo y sociedad se resuelve casi siempre en favor de ésta, no ya sólo porque es más fuerte, sino porque el Derecho penal y todos los sistemas de control social están al servicio de la protección de intereses sociales que no siempre coinciden con los individuales”.

Obviamente que por muy humanitario que se haya transformado el derecho penal en estos últimos tiempos, al punto de hablarse en teoría del “derecho penal mínimo”, es decir, que el Derecho Penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y

cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria), lo que procede cuando:

a. Se afirma que el Derecho Penal tiene un carácter fragmentario, se quiere indicar que éste solo debe intervenir frente a aquellos comportamientos que atenten a las reglas mínimas de la convivencia social (esto es, a los bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y de la sociedad), siempre y cuando, además, dichos comportamientos se lleven a cabo de una forma especialmente graves.

b. Cuando se afirma que el Derecho Penal es la última ratio del ordenamiento jurídico se quiere indicar que la intervención penal (prevención del delito a través de la pena) solo es lícita en aquellos supuestos en los que el Estado, previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales para la prevención del delito (culturales, educacionales, asistenciales, de política general) y pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria, persisten los conflictos agudos de desviación.

Como puede deducirse, el Derecho Penal Mínimo actúa en aquellos supuestos que se ha agotado todas las posibilidades no penales para la prevención del delito, por ello que otorgar a la “objeción de conciencia” el carácter de cheque en blanco, atenta contra el papel del Derecho Penal que como sistemas de control social debe estar al servicio de la protección de intereses sociales que no siempre coinciden con los individuales.

En este sentido lo han entendido los grandes sistemas jurídico - penales europeos, ya que en materia procesal penal, la objeción de conciencia respecto de la toma de muestras de ADN difiere muchas a las que haremos referencia, como el servicio militar o el pago de tributos para fines

militares.

Puede tratarse de una persona normal, en este caso la víctima, que se oponga a un examen de ADN basada en sus convicciones religiosas o morales, ya que cuando una persona, por razones éticas, religiosas o ideológicas, se decanta por el “no” a la ley, lo hace por considerarlo un deber de conciencia (un mecanismo axiológico), diverso del planteamiento puramente psicológico del delincuente común, que viola la norma por intereses inconfesables. Mal podemos concebir la existencia de una “conciencia”, que distinga entre el bien y el mal en un individuo que haya delinquido en innumerables ocasiones y que interponga una “objección de conciencia” para evitar ser vinculado a un hecho delictivo, ya que estaríamos frente a una “objección de conveniencia” pero jamás a una objeción de conciencia.

Debe destacarse que importante jurisprudencia ha sentado el Superior Tribunal de Córdoba, República Argentina, donde llevando el primer voto la Dra. MARIA ESTER CAFURE DE BATTISTELLI, sostuvo en los autos “Oliva, H.F. p.s.a. abuso sexual con acceso carnal - Recurso de Casación” (22/03/2001) que: “La extracción compulsiva de una mínima cantidad de sangre a fin de establecer la autoría del delito de abuso sexual con acceso carnal, llevada a cabo por profesionales expertos y según las técnicas científicas del momento no constituye un trato cruel, inhumano o degradante ni irroga al afectado un dolor o sufrimiento graves en los términos de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Lo prohibido por la Constitución en todo Estado es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener expresiones que debieran provenir de su libre volun-

tad, pero la extracción de unos pocos mililitros de sangre, realizada por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica solamente ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo a la defensa de la sociedad.

La garantía está dirigida al respeto de la persona, pero no juega a favor de quien pretende obstaculizar una investigación criminal tendiente a esclarecer un suceso en que resultaron vulnerados los derechos de otros y en la que él no es parte ajena, sino por el contrario sospechosa.

Frente a la posición doctrinaria que hace prevalecer la posibilidad de oponerse a este medio de prueba conocido como intervención corporal, el Código Procesal en lo Penal alemán prescribe que “puede ser ordenado un examen médico del acusado para la dilucidación acerca de los hechos que son de importancia para los procedimientos y con este propósito autoriza la extracción de muestras de sangre y otras intrusiones corporales que deben ser efectuadas por un médico de acuerdo a las reglas de la ciencia médica, incluso sin el consentimiento del acusado siempre que no medie peligro para su salud (Sección 81 a. del Strasprozesordnung, StPO). El mismo ordenamiento autoriza la extracción de sangre a personas distintas de los acusados sin su consentimiento siempre que no medie peligro con relación a su salud con el fin de determinar su filiación y cuando sea indispensable para establecer la verdad (sección 81 c de la StPO). Incluso la sección 81 g. de ese ordenamiento autoriza la realización de un análisis de ADN a un sospechoso de la comisión de un hecho grave, a un condenado por alguno de esos hechos, con el fin de identificarlo en futuros procedimientos criminales. No se han planteado dudas acerca de la constitucionalidad de tales medidas por parte de la doctrina más caracterizada”.

Igualmente en nuestro Código de Procedimiento Penal, se contiene normas referentes a la obtención de fluidos corporales, delimitando el uso de la coacción, sin embargo facultando al juez de la causa para ordenarlo aún sin el consentimiento del imputado, detenido o sospechoso.

## **2.5 LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA**

### *2.5.1 Conciencia*

En términos generales, la conciencia es un juicio de la razón por el que el hombre reconoce la bondad o maldad de un acto.

Sin embargo, recurriendo al Diccionario Filosófico de François Marie Arouet, conocido mundialmente como Voltaire, destaca su afirmación basada en John Locke que demostró que: “los seres humanos no tenemos ideas innatas ni principios innatos; pero se vio obligado a demostrarlo detenidamente, porque entonces se creía en el mundo todo lo contrario”. De esa afirmación se deduce evidentemente que necesitamos que entren en nuestro cerebro buenas ideas y excelentes principios, para que podamos usar bien la facultad que se llama entendimiento

El gran maestro libre pensador, deja en claro, en consecuencia, que la educación en valores morales sea uno de los pilares de una sociedad civil, ya que sin ellos la paz y la organización son algo imposible de esperar porque por mas leyes o normas que se impongan, la decisión de actuar de manera correcta descansa en el interior y en la conciencia de cada hombre.

### *2.5.2. Objeción de conciencia*

El Diccionario Jurídico Espasa, expresa que la objeción de conciencia consiste en la negativa del individuo, por

razones de conciencia, a sujetarse a un comportamiento jurídicamente exigible tanto legal como contractual.

Por su parte, el Dr. Koldo Martínez Urionabarrenetxea, señala que: “por objeción de conciencia se entiende la negativa a cumplir un mandato de la autoridad o una norma jurídica, invocando la existencia, en el ámbito de la conciencia, de un imperativo filosófico-moral o religioso que prohíbe, impide o dificulta dicho cumplimiento. Es un acto de oposición de la ley de la conciencia a la ley oficial, de afirmación de la preeminencia de la ley moral sobre la ley jurídica establecida. La objeción de conciencia es, pues, ni más ni menos que un tipo concreto de desobediencia civil y ciudadana a la ley, prevista en determinados supuestos en algunos ordenamientos jurídicos que la admiten o toleran cuando éstos dan por buenas las razones morales de dicha objeción”.

Por tratarse del reconocimiento de un derecho humano y ser esto materia de Derecho Público, la objeción de conciencia debe ser específica y contemplarse los medios mediante los cuales la persona que se vea enfrente a la disyuntiva entre el mandato de la ley y su conciencia, prevalezca esta última.

Dicho en términos poco académicos, la objeción no puede ser el “comodín” que ha de servir base a toda persona para oponerse al cumplimiento de la ley.

Para los juristas españoles Dres. Ángela Aparisi Miralles y José López Guzmán, la primera Directora del Instituto de Derechos Humanos de Navarra, España y el segundo, Director del Máster de Bioética de la Universidad de Navarra: “el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia ha sido uno de los logros más importantes del último cuarto del siglo veinte, en el ámbito de los derechos humanos. Un paso decisivo en tal reconocimiento legal lo

representa la Resolución 337 de la Asamblea Constitutiva del Consejo de Europa, de 1967. En ella se establece que la objeción de conciencia ampara cualquier «convicción profunda de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de otro tipo de la misma naturaleza», afirmando, de forma expresa, que el reconocimiento de la objeción de conciencia deriva, lógicamente, de los derechos fundamentales del individuo, garantizados por el Art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión)” Prevalcen, en consecuencia, frente al mandato de una norma legal, las convicciones de orden religioso, éticas, morales, humanitarias, filosóficas o de cualquier otra índole, permitiendo el incumplimiento de la misma. Sin embargo, tratándose de una materia de Derecho Público, obviamente que debe restringirse esta objeción a casos específicos. En buena parte de los países occidentales, la doctrina jurídica sobre la objeción de conciencia se ha construido, básicamente, a partir del servicio militar obligatorio. Muchas Constituciones habían establecido el deber y el derecho de los ciudadanos a defender al propio país. Más recientemente (así, el artículo 30 de la Constitución Española), admitieron la objeción de conciencia con las debidas garantías, así como la posibilidad de imponer una prestación social sustitutoria: “El legislador obliga al servicio militar, pero considera razonable la decisión de conciencia que rechaza la guerra y las armas, por su incongruencia con la dignidad de la persona... En síntesis, el legislador admite la objeción de conciencia de un ciudadano para eludir el cumplimiento del servicio militar, impuesto a todos en nombre del interés de todos. Esa decisión es compatible con la organización del ejército y fuerzas de seguridad del Estado, porque el ciudadano y la sociedad tienen derecho

a ser protegidos.

En Ecuador, en el año 1994, algunas organizaciones defensoras de los derechos humanos comenzaron a discutir sobre el tema de la objeción de conciencia, pero gana fuerza cuando en la Asamblea Nacional del año 1997 un grupo de asambleístas propiciaron el tema y fue acogida en la derogada Constitución de 1998, en su art. 188 el mismo que textualmente dice “el servicio militar será obligatorio. El ciudadano será asignado a un servicio civil a la comunidad, si invocare una objeción de conciencia fundada en razones morales, religiosos o filosóficas, en la forma que determine la Ley”.

Como puede apreciarse, en la actual Constitución Ecuatoriana, la objeción de conciencia, está constreñida solamente al servicio militar obligatorio.

La Constitución Política del 2008, recientemente aprobada, señala en el Art. 20 que el Estado garantizará la cláusula de conciencia, igualmente, en el numeral 12 del Art. 66 *ibídem*, se lee:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza.

Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar

Careciéndose de definición de “objeción de conciencia”, tanto en la antigua Constitución, como la actual, podríamos definir la objeción de conciencia como “el rechazo de someterse a una norma, una disposición de ley que se considera injusta, en cuanto que se opone a la ley natural, es decir, fundamental en la vida humana, y percibida como tal en la conciencia”.

En lo que respecta a la jurisprudencia relacionada con la

objección de conciencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (caso “Bahamondez” JA 1993-IV-558) implica que “la libertad de conciencia consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales, encontrando su límite en las exigencias razonables del justo orden público y tutelada constitucionalmente la objeción de conciencia, por tal quien invoca la objeción de conciencia debe acreditar la sinceridad y seriedad de sus creencias”.

El caso Bahamondez, se trató de un Testigo de Jehová, mayor de edad, que se negó a recibir transfusiones de sangre. Las autoridades del hospital donde estaba internado, pidieron autorización judicial para hacerlas de manera forzada, como medio para mantenerlo con vida.

Los tribunales de primera y segunda instancia, otorgaron la autorización por juzgar que el derecho a la vida no es disponible y que la actitud de Bahamondez equivalía a un “suicidio lentificado”. Bahamondez sostuvo ante la Corte Suprema que quería vivir y no suicidarse, pero que siendo consciente del riesgo que corría prefería anteponer sus convicciones religiosas a la indicación médica. La Corte, por una ajustada mayoría decidió no pronunciarse por haber devenido abstracto el caso, toda vez que en ese momento Bahamondez había obtenido ya el alta médica.

### *2.5.3. La objeción de conciencia contemplada como derecho humano*

La objeción de conciencia es un derecho humano que se ejerce cuando el contenido o los deberes que impone una norma legal se oponen a las normas éticas o convicciones morales de una persona.

La «Libertad» y «objección» de conciencia están recono-

cidas en la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU (art. 18), en la mayoría de los textos Constitucionales de la casi totalidad de los Estados democráticos, dentro de los límites del bien común y en la Declaración sobre Libertad Religiosa del Concilio Vaticano II.cfr. GS, 79.

La Declaración Dignitatis humanae, del Concilio Vaticano II, nº 2 enseña: “La persona humana tiene derecho a la libertad religiosa. Libertad que consiste en que todos los hombres han de ser libres de toda coacción por parte de individuos, grupos sociales o cualquier otro poder humano, de tal modo que en materia religiosa nadie sea obligado a obrar contra su conciencia, ni que tampoco sea impedido, dentro de los debidos límites, para obrar en conformidad con ella, ya solo ya asociado con otros, tanto privada como públicamente...el derecho a la libertad religiosa se funda radicalmente en la dignidad misma de la persona humana...”.

Basado en lo anterior y en la esencia misma del iusnaturalismo, puede afirmarse con certeza que la objeción de conciencia, sin mencionársela expresamente la derogada Constitución de 1998, tendría directa relación con el Art. 19, que se refiere a los «Derechos Naturales al Hombre», cuando expresa que: «Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material».

En la actual Constitución del 2008, existe una referencia a los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, lo que se expresa en la parte final del numeral 7 del Art. 11 del actual texto en vigencia, sin perjuicio que se contempla la objeción de

conciencia, en el Art. 20, cuando se refiere a la garantía por parte del Estado de la “cláusula de conciencia” y en el numeral 12 del Art. 66, anteriormente transcrito.

La actual Constitución, comparada con la anterior, tiene una visión doctrinaria diversa ya que mientras en la anterior se hacía referencia al derecho natural, lo que implicaba, seguir a los grandes autores de la historia y que «existe un derecho ideal o una justicia superior para cuya validez no es necesaria una sanción positiva ni una formulación escrita», como lo sostenían Sócrates, Platón, Aristóteles y quienes les sucedieron en los principios jusnaturalistas pudiendo nombrarse entre muchos a Juan Jacobo Rosseau, Manuel Kant, Giorgio del Vecchio y Giuseppe Capograsi, destacándose a este último, cuando sostiene:

«Dado que el Derecho Natural se identifica con el ordenamiento positivo considerado en sus fundamentos, es obligación del juez el no mutilar el derecho en su raíz y, por consiguiente, el juez debe aplicar directamente los principios que están en la base del ordenamiento jurídico...»

Aunque debe reconocerse que la actual Constitución del 2008, en el numeral 3 del Art. 11 expresa:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3.- Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de normas jurídica para justificar su violación o

desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

En concordancia con el Art. 11 de la Constitución del 2008, puede advertirse en el Art. 10 que «las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales».

El texto de los Arts. 10 Y 11 de la actual Constitución es meramente positivista, ya que no existe una norma similar al Art. 19 de la anterior carta magna, excluyéndose, en consecuencia, desde nuestro modesto punto de vista a los “derechos naturales al hombre”, primando en su normativa, reiteramos desde nuestro punto de vista, la doctrina que niega la existencia de un Derecho Natural, haciendo prevalecer la idea que todo derecho es una emanación del sentimiento jurídico del espíritu popular.

Desde nuestro punto de vista, al no incluirse una norma como la del Art. 19 de la derogada Constitución de 1998, se produciría un contrasentido en lo que dispone el inciso 3° del numeral 3 del Art. 11 de la actual Carta Magna, porque si no se contempla en ésta la existencia de derechos que deriven de la naturaleza de la persona, al disponerse que los derechos solamente emanan de la Constitución y los instrumentos internacionales ¿cómo es jurídicamente posible ejercerlos si la Constitución o la ley no establecen los requisitos para ello? o dicho de otro modo, si se advierte en la actual Constitución una aplicación de las doctrinas positivistas ¿cómo hacer justiciables los derechos no contemplados en el ordenamiento jurídico positivo?.

En efecto, el numeral 7 del Art. 11 de la actual Constitución, no se refiere en forma expresa a los “derechos naturales al hombre”, sino a los demás derechos derivados de la dignidad de las personas que sean necesarios para su

pleno desenvolvimiento, lo que es diverso a los derechos intrínsecos y naturales a la persona humana.

Igualmente la actual Constitución del 2008, prescinde de la invocación de la «protección de Dios» como se establece en el actual texto vigente y son válidas las palabras del eximio tratadista italiano Dr. Norberto Bobbio, cuando critica al Derecho Natural – la Asamblea simplemente no lo considera - aplicando por analogía sus palabras debido a las omisiones que el proyecto de la Asamblea Constituyente hace a Dios y al Derecho Natural, cuando expresa.

«Que quede bien entendido que estas críticas no pretenden despojar al Derecho Natural de su función histórica ni tampoco suprimir la exigencia que este derecho expresa, la exigencia de no aceptar como valores últimos los que vienen impuestos por la fuerza de la clase política en el poder. Desearía hacer constar bien claramente que las dudas aquí formuladas no afectan en modo alguno a la existencia de valores morales superiores a las leyes positivas, ni al contenido de las mismas, sino únicamente a su motivación” . :

A fin de hacer aplicables, en consecuencia, los Arts. 10 y 11 de la Constitución recientemente aprobada, y pese al positivismo de las mismas, creo que los representantes del pueblo redactores de la Constitución, en la historia fidedigna de la misma, es decir, en las actas de aprobación de su texto, deben haber hecho el análisis doctrinario pertinente para justificar la omisión del Derecho Natural, especialmente, de los derechos intrínsecos a la persona humana, ya que el numeral 7 del Art. 11 no se refiere a éste en forma expres

a

El fundamento para la desobediencia de la ley, está basado en el Derecho Natural, escuela que sostiene la existen-

cia de valores que son precedentes y que están por encima de las normas que pueda dictar la ley civil. La ley sólo será acatable si es acorde con dichos valores.

En el caso de la Constitución del 2008 resulta evidente la omisión de Dios y del Derecho Natural, cuando se establece como deber primordial del Estado, en el numeral 4 del Art. 3: «Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico».

Es paradigmático lo expresado por Cicerón respecto del Derecho Natural: “Hay una ley verdadera, la recta razón inscripta en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero ya sea que ordene o que prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de atemorizar a los malos. No se puede alterar por otras leyes, ni derogar alguno de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado, ni el pueblo pueden librarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos. El universo entero está sometido a un solo amo, a un solo rey supremo, al Dios todopoderoso que ha concebido, meditando y sancionando esta ley; desconocerla es huirse a sí mismo, renegar de su naturaleza y por ello mismo, padecer los castigos más crueles, aunque se escapara a los suplicios impuestos por los hombres”.

El autor inglés, C.S.Lewis aborda el tema utilizando textos de distintas culturas: “Egipcios, hebreos, griegos, romanos, cristianos, culturas del cercano oriente, nórdicos, babilonios, hindúes, Chinos, en particular las doctrinas de Confucio, pieles rojas, antiguos anglosajones, aborígenes australianos, etc. coinciden en dar normas de conducta,

que son conceptos universales entendibles por la razón antes de que se escribieran pautas legales. Desde mediados del siglo XX, quedan escritos como documento moderno fundamental en la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1948 y otras declaraciones posteriores, algunas de las cuales están incorporadas en nuestra Constitución Nacional”.

## **2.6 LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO, CASOS A LOS QUE SE APLICA**

Con certeza podría decirse que la objeción de conciencia, como ocurrió en España, se aplicó exclusivamente, en los primeros tiempos y al amparo de la Constitución española de 1978 y actualmente vigente, al servicio militar obligatorio.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Art.18 establece la libertad de conciencia. A su vez, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de igual forma, existen resoluciones han emitido las Naciones Unidas sobre el tema, pero un documento que se instalaría como parte de los del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la Convención Iberoamericana de la que el Ecuador es parte y además uno de los primeros países en Ratificarlo que en su Art. 12 dice

Art. 12.1.- Los jóvenes tienen derecho a formular objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio. 2.- Los Estados partes se comprometen a promover las medidas legislativas para garantizar el ejercicio de este derecho y avanzar en la eliminación progresiva del servicio militar obligatorio. 3.-Los Estados partes se comprometen a asegurar que los jóvenes menores de 18 años no serán llamados a filas ni involucrados, en modo alguno, en hos-

tilidades militares”. El abogado y presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario (AEDS), Ricardo de Lorenzo ha señalado que “la naturaleza jurídico constitucional de la objeción de conciencia no se percibe con claridad en los medios jurídicos...lo cual genera una gran inseguridad. De hecho la expresión objeción de conciencia sólo viene recogida en el Art. 30 de la Constitución (española), pero únicamente referida al servicio militar. Ello, no obstante, no significa que el derecho no pueda ser ejercido, puesto que como estableció el Tribunal Constitucional en 1985, forma parte del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el Art. 16 de la Carta Magna”.

Obviamente que el referido precepto debe complementarse con una ley similar a la existente en la República de Chile, en donde se establece que: “las personas que invoquen convicciones religiosas, humanitarias o filosóficas, que impidan en conciencia la actividad militar, deberán presentar ante la Comisión Nacional de Reclutamiento, una solicitud escrita, firmada ante notario, que sustente la exclusión invocada. Frente a la solicitud, la comisión deberá pronunciarse dentro de treinta días, a contar de la fecha de la presentación. Cuando lo estime indispensable, podrá citar al solicitante o requerir informes a instituciones religiosas o humanitarias, con objeto de allegar antecedentes para su pronunciamiento. Además, la iniciativa establece que las personas que sean excluidas del servicio militar en virtud de la objeción de conciencia, podrán ser convocadas al cumplimiento de labores de servicio comunitario”.

Como se estableció en la República de Chile, obviamente, una norma constitucional debe complementarse inmediatamente con un servicio alternativo, ya que lo contrario

sería derogar las cargas a que están sujetos los ciudadanos, como lo es el servicio militar obligatorio, el cual, puede cumplirse mediante labores de servicio comunitario.

Existe, en la República de Chile, un caso absoluto de eximición del servicio militar obligatorio, que se fundamenta plenamente, como lo es el de los hijos, nietos y familiares de personas muertas o detenidas desaparecidas por las Fuerzas Armadas de dicho país durante la dictadura militar de Augusto Pinochet Ugarte entre los años 1973 y 1990.

Sin embargo, en materia de objeción de conciencia, hay que proceder a la valoración ésta “situación a situación”, ya que como puntualizó el profesor de Historia de la Medicina y Bioética de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Miguel Sánchez, “la objeción de conciencia no puede ser tratada como un cheque en blanco”.

Esclarecido que mundialmente, es unánime la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio, necesario es remitirse a la casuística entregada por el derecho comparado, ya que en materia de objeción de conciencia no existe una posición doctrinaria uniforme que permita establecer parámetros generales, como se deducirá de los casos que expresamente, por su importancia, hemos considerado útiles insertar en la presente tesis:

#### *2.6.1 Objeción de conciencia en el ámbito laboral: el fallo Armella Miguel Angel c/ Aerolíneas Argentinas”.*

Miguel Ángel Armella el 23 de agosto de 1999, desempeñándose como auxiliar de tráfico de Aerolíneas Argentinas en el Aeroparque Metropolitano Jorge Newbery, se negó a atender, por razones de principios, según argumentó el empleado, al ex gobernador de facto Antonio Domingo Bussi quien viajaba a Tucumán, expresando: “Discúlpeme, pero por una cuestión de conciencia no lo voy a aten-

der”. Dicha decisión estuvo motivada en la situación que Miguel Ángel Armella se vio obligado a afrontar durante la dictadura militar. En aquel entonces el estudiante de arquitectura de la Universidad de Belgrano, que no sostenía ideología ni militancia política, fue secuestrado en oportunidad en que se hallaba realizando mediciones en una plaza a fin de dar cumplimiento a un trabajo práctico, durante un operativo conjunto de la Policía Federal Argentina y el Ejército de la Nación, por el cual estuvo detenido en un campo clandestino de detención, por el término de 20 días. La acción del trabajador fue sancionada disciplinariamente por la empleadora, quien le impuso una amonestación excesivamente grave frente a la cual, Miguel Ángel Armella junto con la Asociación de Personal Aeronáutico (A.P.A.), accionaron solicitando la declaración de nulidad.

A raíz de ello se iniciaron acciones sumarísimas que tramitaron por ante el Juzgado Nacional del Trabajo nro. 12 a cargo de la Dra. Cabrera Sarmiento quien en aquella oportunidad, sostuvo que: “El dependiente de la empresa no es una computadora que decide o no la expedición de la tarjeta de embarque, sino una persona de carne y hueso inserta en una organización empresaria que despliega una actividad lucrativa en un país concreto: la República Argentina, que aún no ha cicatrizado las profundas heridas que dejó el período histórico anterior a la recuperación de la democracia. Y esto no es una cuestión ideológica de la sentenciante, quien está obligada a decidir conforme a derecho, sino la constatación de una realidad histórica en la que las relaciones laborales están insertas”.

Con esto queda de manifiesto el respeto a la actitud del dependiente a negarse, por razones de principios, a atender a un personaje público y notorio ligado a la historia hiriente de la Argentina y por tal, se hace lugar a la demanda,

declarando la invalidez de la sanción sospechada.

El afectado (y violador de Derechos Humanos) apeló entendiéndose en fallo de mayoría entendió que el comportamiento resultaba abusivo, dado que como auxiliar de tráfico de la empresa aérea era su deber atender a aquellas personas que habían adquirido su correspondiente boleto para viajar a su destino, resulta oportuno destacar la forma en la que Armella eligió dirigir su accionar respetando en primera instancia sus convicciones sin que ello obstaculizase la intención de viajar del ex-gobernador Bussi desde el momento que éste podía ser atendido por otro empleado al que no le afectase su presencia.

En el fallo se recuerda el caso que durante la dictadura militar argentina, un maletero de un hotel parisino se negó a llevar las valijas del miembro de la Junta Militar de la época Almirante Eduardo Emilio Massera. Ante ello, fue despedido. El tribunal consideró injusto el despido y ordenó reincorporar al trabajador despedido, con el argumento de que “en un país libre como Francia los dictadores no deben ser atendidos”

En este fallo se plantea de este modo una notable y peligrosa incongruencia desde el momento en que la objeción de conciencia es legítima como en un principio lo reconoce el fallo, pero finalmente se da primacía a la relación laboral por sobre el individuo, o visto de otra manera, se prefiere proteger a la empresa y sus funciones comerciales antes que la dignidad de una persona, nadie se pregunta que sufrió el actor en esos 20 días que le podían haber causado hasta la muerte, claro si hubiese fallecido sería uno más de los tantos, pero no debemos distraer la atención, se deja de lado a la persona, su integridad, su ideología, ¿dónde quedan nuestros más íntimos principios?, esos que nos vienen dados de nuestros padres, abuelos, que nos son

internalizados sin darnos cuenta y son parte de nuestro bagaje.

En el fallo se prioriza la idea económica permítanme pensar que si es la nueva forma de dilucidar cuestiones que van más allá de la mera relación laboral, estamos en problemas, se pregona la desigualdad que existe en el derecho laboral, que es inherente a él y cuando se debe decidir se falla a razón de la parte poderosa, supongo yo en virtud de la bendita seguridad jurídica, claro que esta seguridad siempre se ve desde un solo lado, contra la persona y a favor de las organizaciones empresariales.

#### *2.6.2 Objeción de conciencia a tratamientos médicos*

- En Estados Unidos —país donde los tribunales han dado gran protección a la objeción de conciencia a tratamientos médicos—, se ha llegado a sostener que cuando el objetor es un adulto sin hijos o personas dependientes de él, debería respetarse su decisión de no autorizar el tratamiento médico, aunque ello le conduzca a la muerte. La razón es que si la libertad religiosa sólo afecta a quien la ejercita, en caso de que se trate de una persona capaz y de una decisión libre, el principio general es que esta decisión sea respetada, pues de otro modo estaríamos frente a un desconocimiento de la dignidad de la persona. Por el contrario, la libertad religiosa puede limitarse, no admitiéndose la objeción de conciencia, cuando su ejercicio perjudica derechos de terceros, como sería el caso en que unos padres objeten un tratamiento médico vital para su hijo menor de edad.

- Objeción de conciencia al aborto: consiste en la negativa, generalmente del personal sanitario, a participar de modo directo o indirecto en prácticas abortivas legales. En Estados Unidos, después de que en 1973 el Tribunal

Supremo, en el caso *Roe v. Wade*, liberalizara el aborto, todos los estados de la Unión, en sus legislaciones sobre el aborto, han establecido disposiciones en las que se prohíbe discriminar a cualquier facultativo que se niegue por motivos de conciencia a participar en procedimientos abortivos. Similar legislación protectora existe en Francia y Holanda.

- La objeción de conciencia en el ámbito laboral se presenta por la negativa a realizar actividades de trabajo en días declarados festivos por la religión del objetor: Aquí también un importante referente es la jurisprudencia norteamericana, a través de los sabbatarian cases, como se denomina convencionalmente al conjunto de decisiones judiciales favorables a los objetores. En Italia y España, por ejemplo, los acuerdos de cooperación entre el Estado y, respectivamente, las iglesias evangélica, israelita y musulmana, reconocen el derecho al descanso en los días de precepto de dichas confesiones, en reemplazo del descanso semanal ordinariamente establecido.

El Tribunal Constitucional del Perú (Exp. N° 0895-2001-AA/TC) acogió una objeción de conciencia en el ámbito laboral del médico de Essalud, perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, interpuso una demanda de amparo a fin de que no se le obligue a prestar servicios los días sábados, por ser para él día de descanso religioso. Alegó que desde que ingresó a laborar, en 1988, y hasta enero de 2001, no se le incluyó en la programación de los días sábados, puesto que sus jefes conocían su religión.

- Objeción de conciencia en la experimentación con animales: En Italia, la ley ha reconocido a los investigadores el derecho a negarse, por razones de conciencia, a tomar parte en actividades donde se experimente con animales.

- Objeción de conciencia del personal científico que trabaje en biogenética y ecológica: conocida como objeción de conciencia científica, que se ha hecho presente por la radicalización de los conflictos entre conciencia y ley en materias biogenéticas y ecológicas. En Inglaterra, la Human Fertilisation and Embriology Act protege la libertad de conciencia del personal científico en el campo de la biogenética. Austria, en su ley de reforma universitaria, concede análoga tutela a los investigadores y estudiantes en el caso de experimentaciones cuyos métodos o contenidos puedan crear problemas de conciencia.

### *2.6.3. Objeción de conciencia a realizar prácticas médicas*

En la Argentina, como en Ecuador, el aborto directo es delito criminal, salvo casos muy excepcionales, por lo que no se han presentado supuestos de objeción de conciencia al aborto en sí. Pero sí hay previsiones legales y casos judiciales de objeción a otras prácticas, vinculadas con la salud sexual o reproductiva, dentro de las cuales pueden mencionarse:

- La posibilidad de practicar intervenciones quirúrgicas esterilizantes (vasectomía o ligadura de trompas).

En la Provincia del Chaco, República Argentina, la ley provincial respectiva debido a la autonomía federal existente en el señalado país, prevé las operaciones esterilizantes, y admite la objeción de conciencia para ese caso preciso. Se permite reemplazar al profesional médico que se oponga a este tipo de intervenciones.

- La posibilidad de inducir y adelantar el parto, con el resultado cierto de la muerte de la persona por nacer, en casos de bebés anencefálicos.

Digno de destacar es sentencia de 11 de enero del año

2001, donde la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el caso “S.T. v/s Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, que permitió la extracción del vientre materno de un feto anencefálico: «Fue un caso de anencefalia, o sea de ausencia de encéfalo en el feto, que puede ser completa o incompleta; en ambas, si falta la bóveda craneal se denomina acraea. Las posibilidades de sobrevivir son mínimas... Los jueces de la mayoría aceptaron que existía certidumbre acerca de la inviabilidad del nasciturus, autorizando, ante lo avanzado del embarazo, a que se indujera el parto, como más beneficioso para la salud psíquica de la madre y del resto de la familia, pero disponiendo que “si existiera alguna objeción de conciencia la demandada (el Hospital) procederá a efectuar los reemplazos o sustituciones que correspondan”. La Corte confirmó esta sentencia, incluso en ese punto. ».

#### *2.6.4 Objeción de conciencia a la participación electoral y otros deberes cívicos*

En la Argentina existe un grupo evangélico cuyos miembros, a partir de la convicción bíblica de que la autoridad proviene únicamente de Dios, y que solamente “Dios, en su sabiduría” es quien elige a los gobernantes, reclaman su exclusión de los padrones electorales, es decir, del derecho activo (y por ende pasivo) del sufragio. Una primera acción judicial con ese objeto, fue fallada por la Cámara Nacional Electoral en 1991 de modo desfavorable para el peticionante. La misma suerte corrió otro planteo idéntico, resuelto por la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe en 1994, cuyo argumento central fue que los distintos derechos constitucionales deben ser armonizados de manera que uno no anule a otro (pauta hermenéutica establecida por la Corte Suprema en numerosos casos), y notar que en

rigor en el caso no había conflicto entre dos derechos, sino entre un derecho –la libertad de conciencia- y un deber –el sufragio- que podían ser compatibilizados mediante el voto en blanco. Conviene advertir que en la Argentina, desde la reforma constitucional de 1994, el voto es obligatorio por norma de la misma Constitución (art.37).

Esta situación es absolutamente imposible en nuestro país, ya que el Art. 27 de la actual constitución establece el sufragio obligatorio, relegando la objeción de conciencia del elector al “voto en blanco”, pero no eximiéndolo de la obligación de inscribirse en los registros electorales, siendo una obligatoriedad de tanta trascendencia que una persona que carezca de “certificado de votación”, prácticamente pasa a ser en el Ecuador, en virtud del voto obligatorio, un muerto civil, que no puede acceder a trámite alguno.

El voto obligatorio se reitera en el numeral 1 del Art. 62 del proyecto de Constitución de la Asamblea Constituyente, cuando expresa: “El voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años. Ejercerán su derecho al voto las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada”.

El numeral 2 de la citada disposición del referido proyecto, contempla el voto facultativo para:

- Las personas entre 16 y 18 años de edad
- Las personas mayores de 65 años
- Las ecuatorianas y ecuatorianos que vivan en el exterior
- Los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y
- Las personas con discapacidad.

#### *2.6.5 Objeción de conciencia al aborto*

Para los juristas españoles Dres. Ángela Aparisi Miralles y

José López Guzmán, “el fin de las profesiones sanitarias, históricamente amparado por el Derecho y tradicionalmente reconocido por la deontología profesional, ha sido siempre la defensa de la vida y la promoción de la salud, por otro lado, derechos básicos de la persona. Por ello imponer una obligación general a la participación en abortos sanitarios puede calificarse, en principio, como un atentado al sentido último de su profesión, e incluso, a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad...”.

En este caso, debe permitirse al profesional médico oponerse a practicar un aborto sanitario, y un aborto voluntario, en caso que se permita constitucionalmente, porque repugna a su libertad de conciencia.

Sin duda, cualquiera entiende que nadie puede ser obligado a matar a otro, ni siquiera a ejecutar a un delincuente convicto, cuánto menos a un inocente; por esto el aborto es un típico ejemplo de objeción de conciencia debida: “los médicos y enfermeros están obligados a oponer objeción de conciencia” a cualquier cooperación próxima en la acción directamente abortiva”.

#### *2.6.6 Objeción de conciencia del pago de impuestos destinados a gastos militares*

En los Estados Unidos de América se ha planteado, en diversos modos, la objeción fiscal a los gastos militares.

Cabe destacar, que en los Estados Unidos, el famoso escritor, filósofo y naturalista estadounidense, Henry David Thoreau (1817-1862) eligió ir a la cárcel, aunque sólo por una noche, en lugar de pagar los impuestos a un gobierno que admitía la esclavitud y estaba envuelto en una guerra con México. Su postura en este aspecto quedó mucho más clara en su ensayo más célebre, *Desobediencia civil* (1849). En él, sentó las bases teóricas de la resistencia pa-

siva, un método de protesta que, más adelante, adoptaría el político hindú Mahatma Gandhi como táctica contra los británicos.

En la actualidad existen varios movimientos que plantean la objeción de conciencia respecto del pago de impuestos bajo la premisa que éstos son utilizados para financiar las guerras que lleva a cabo los Estados Unidos en Irak y Afganistán.

#### *2.6.7 Otros casos de objeción de conciencia*

El Dr. Fernando Herrero-Tejedor Algar, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo de España, además de los casos ya mencionados en este trabajo, señala casos de objeción de conciencia de España (mencionando las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo) y de otros países, como sigue:

La negativa de unos padres Testigos de Jehová a que se efectuase a su hijo menor una transfusión de sangre (STC 154/2002 de 18 de julio).

- La negativa de un miembro de la Policía Nacional a desfilarse en una procesión religiosa de Semana Santa (STC 101/2004, de 2 de junio).
- La oposición de un farmacéutico a suministrar la píldora post-coital (STS de 23 de mayo de 2005).
- La negativa a cursar la asignatura de Derecho Canónico (ATC 359/1985, de 29 de mayo).
- La negativa a formar parte de un jurado (STS de 30 de marzo de 1993).
- La oposición al desempeño de trabajos relacionados con la producción de ingenios bélicos (SSTS de 3 de mayo y de 30 de octubre de 1978).
- La negativa a formar parte de una mesa electoral (STS de 17 de abril de 1995).

- La negativa a contribuir a las cargas fiscales destinadas a fines que se consideran incompatibles con la propia ideología (sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 9 de enero de 1988).

Y en la doctrina y el Derecho comparado, el autor referido cita otros supuestos similares:

- El rechazo, en la India, del uso del casco para motoristas porque impide el mantenimiento permanente del turbante (sikhs).
- La negativa a descubrir totalmente la cabeza por indicación de un superior militar, por cuanto supondría despojarse del gorro obligatorio para los varones judíos ortodoxos (yamurlke).
- La oposición a saludar a la bandera por considerarlo un acto idolátrico.
- La negativa de tres matrimonios daneses a que sus hijos cursasen la asignatura obligatoria de educación sexual desde temprana edad (STEDH caso Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976).

#### *2.6.8 La objeción de conciencia ante la prueba de ADN*

Tal como se sostuvo anteriormente, la legislación comparada es categórica al hacer prevalecer la importancia de la investigación, por sobre una hipotética “objeción de conciencia”.

Contemplada la objeción de conciencia en el derecho comparado, como ocurre en España en el Art. 16 de la Constitución Política, dentro del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, conforme ha recogido el Tribunal Constitucional, entre otras en la Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril: “La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la liber-

tad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales...”.

En el caso analizado, necesario es hacer expresa mención de los requisitos necesarios para que opere la objeción de conciencia, los cuales, según la doctrina comparada, serían los siguientes, las cuales se transcriben en forma exacta a fin de fundamentar doctrinariamente nuestra posición al respecto:

- a) La sinceridad del objetor,
- b) El respeto al orden público, y
- c) La necesidad de hacer prevalecer la ley sobre la conciencia individual.

a) La sinceridad del objetor  
El Estado no puede comprobar la razonabilidad de los argumentos del objetor, pues ello supondría la adopción de una postura ideológica incompatible con la neutralidad que debe presidir su actuación. También aquí el concepto de veracidad (que equivale a sinceridad) difiere del de verdad. Pero sí que resulta admisible que se valore la sinceridad de los imperativos de conciencia que se alegan. Para ello deberá acudir a criterios indiciarios, para constatar que la conducta del objetor se ajusta en general a las creencias aducidas. Solo así puede llegar a evitarse que la objeción de conciencia se convierta en un mecanismo de fraude de ley.

Sin embargo, sostiene el Dr. Fernando Herrero – Tejedor Algar, creo que debe evitarse a toda costa la aplicación de la doctrina conocida como teoría del falso conflicto, aduciendo que la colisión entre su conciencia y la ley en realidad no existe. La conciencia es algo personalísimo, que se resiste a indagaciones estatales, protegida constitu-

cionalmente como está por la libertad ideológica y el derecho a la intimidad personal. En consecuencia, los poderes públicos deben abstenerse de juzgar la seriedad de las creencias del objetor o de interpretarlas desde sus propias perspectivas éticas.

En este sentido, el autor cree que debe jugar una presunción *iuris tantum* favorable a la seriedad del objetor. Ello sin perjuicio de que no pueda mantenerse que la aplicación de una ley que no convence o que sencillamente se considera injusta sea causa suficiente para hablar de un conflicto de conciencia. Éste solo nace cuando la actuación exigida repugna en lo más hondo del ser, por resultar de todo punto incompatible con los valores axiológicos más nucleares de la persona obligada...No se olvide que si consideramos la objeción como un derecho fundamental, anclado en la libertad ideológica, este derecho forma parte también del conjunto normativo. No puede sentarse como dogma la obligación de obedecer sin discriminación el ordenamiento positivo por el mero hecho de haber sido aprobado por la representación de la soberanía popular a través de los mecanismos legalmente establecidos. En definitiva: la objeción de conciencia individual no puede oponerse al Derecho, porque también ella forma parte del Derecho.

b) El respeto al orden público

El propio art. 16 de la Constitución (española) señala como límite infranqueable de la libertad ideológica el necesario respeto al orden público tutelado por la ley. No resultaría aceptable una objeción que supusiera la negación de los derechos fundamentales de los demás, singularmente del derecho a la vida.

El orden público funciona respecto al Estado como la conciencia en relación al individuo. Hay cuestiones más o menos opinables, pero existe un núcleo de principios básicos

cuya mengua el Estado jamás puede consentir.

Hasta aquí el tema es pacífico. El problema comienza cuando se intenta acotar el concepto jurídico indeterminado “orden público”.

c) La necesidad del sacrificio del objetor de conciencia

Resueltos los problemas anteriores, hay que avanzar un paso más: resulta necesario elucidar la indispensabilidad o no del sacrificio de la conciencia individual en el caso concreto. Hay que explorar los efectos perjudiciales para terceros o para el ordenamiento en general que pueden derivarse del incumplimiento individual de la norma. Este juicio de proporcionalidad no suele resultar sencillo. Si la admisión de la concreta objeción de conciencia provoca perjuicios no fácilmente reparables para los derechos de terceros o pone en tela de juicio la vigencia general del Derecho en términos no tolerables, habrá que concluir que resulta procedente el sacrificio de la conciencia del objetor.

Basados en la anterior doctrina y en el caso de un imputado que ha confesado su delito, es decir, que actuó voluntariamente y a conciencia, por ejemplo en el asesinato de una persona, claramente estamos frente a un quebrantamiento del ordenamiento jurídico y, específicamente, de una absoluta falta de respeto al orden público. Mal podría, en consecuencia, admitirse a un individuo como el descrito “la negativa a practicarse un examen de ADN basado en una objeción de conciencia”, ya que, como se dijo anteriormente no concurren, en caso alguno, en su actuar ilícito, razones éticas, religiosas o ideológicas, sino la voluntad expresa de causar la muerte al ofendido.

Con palabras del destacado penalista italiano Dr. Luigi Ferrajoli puede afirmarse que “lo que diferencia al pro-

ceso del acto de tomarse la justicia por la mano propia o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que éste persigue, en coherencia con la doble función preventiva del derecho penal, dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes”.

En otras palabras, existe una serie de principios mediante el cual se respetará los derechos humanos del procesado, como lo son el debido proceso y todo lo que ello involucra, sin embargo, a nivel mundial puede apreciarse que en el caso de negativa a someterse a una prueba de ADN por parte del imputado, basta el cumplimiento de las formalidades legales contempladas en el Código de Procedimiento Penal.

En nuestro caso, resulta clara la disposición del Art. 82 del Código de Procedimiento Penal, cuando señala:

Art. 82.- Obtención de fluidos corporales.- Para la obtención de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento del juez para que las proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida. Este requerimiento judicial procederá, a pedido del fiscal, solamente si por la naturaleza y circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o la impunidad del delito.

Como puede apreciarse, la disposición transcrita contempla la obtención de fluidos corporales a requerimiento del juez, siempre que se respete la legalidad de la prueba, de conformidad al Art. 83 *ibídem*, es decir, que sea obtenida sin apremio o engaño alguno que menoscabe la voluntad de la persona a quien se le practica.

Lo contrario, implicaría estar sometido a la mera voluntad del sospechoso, circunstancia que iría absolutamente con-

tra el objeto y fines de la prueba a que aluden los Arts. 84 y 85 de nuestro Código de Procedimiento Penal.

En este sentido, estimamos acertado invocar la jurisprudencia de casación de los Miembros de la Sala N° 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, República Argentina, la cual, en causa “Pilinger, Mario E.- Privación ilegítima de libertad y abuso sexual con acceso carnal y otros” casó la sentencia de la Sala I de la Excma. Cámara Primera de la ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, pues en esta causa: “se privó a las víctimas de contar con pruebas absolutamente esenciales y determinantes para la acreditación de la co-autoría del imputado en los hechos investigados como lo son las referidas a las periciales genéticas, psicológicas y psiquiátricas”...Destaca que si no se ha realizado el estudio genético del encausado a los fines de hacer cotejos con evidencias que existen reservadas para tal evento argumentando el derecho que le otorga el art.18 de la Carta Magna cabe concluir que en la especie no se ha respetado el derecho constitucional de la víctima a quien se le ha denegado justicia con una pobre actuación de la fiscalía. Agrega que se advierte con tal proceder mayor protección al posible autor que a las víctimas del accionar mismo siendo que éstas pudieron ser sometidas por la fuerza, con uso de armas, con vehículo en condiciones para ser retiradas del medio donde pudieran solicitar auxilio y ser brutalmente ultrajadas. Subraya que no es posible imaginar a un profesional bioquímico del Departamento de Genética Forense causar gran daño al encausado por una simple extracción de sangre o toma de una muestra de saliva.- Aduce que si el encausado debe ser tratado como inocente, igual al resto de los ciudadanos, no se entiende cómo puede afectársele su libertad al convocarlo compulsivamente

al procedimiento o someterlo a exámenes médicos. Alega que el derecho constitucional amparado por el Art. 18 de la Constitución Nacional de ninguna manera se vulnera con la ejecución coactiva de las periciales interesadas ya que tal garantía cobija al imputado como “sujeto de prueba” pero no lo ampara cuando es “objeto de prueba”, es decir cuando es una persona investigada...ordenándose el reenvío de los obrados a la Sala I de la Excma. Cámara Primera de esta Capital (Paraná) para que, debidamente integrada por quien corresponda, renueve los actos pertinentes y oportunamente dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho”.

En el caso señalado, fue tal la violación a los principios del debido proceso, que se omitieron diligencias probatorias vitales, acogándose en todas sus partes el recurso de casación, retrotrayéndose la causa al estado de rendir una prueba válida.

En esta materia, existen a nivel nacional, como internacional, normas que protegen a los privados de libertad tales como el Principio 21 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, que establece:

Principio 21.1: Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona.

2. Ninguna persona detenida será sometida, durante su interrogatorio, a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio.

Aún cuando en nuestra legislación nacional no existiera norma alguna que velara por los derechos del detenido,

sospechoso imputado o procesado, por aplicación del numeral 3 del Art. 11 de la actual Constitución, que señala que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, estos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial.

En el caso que nos ocupa, relacionado con la extracción de fluidos corporales al sospechoso, imputado o procesado, posee éste una serie de garantías que le aseguran su tutela judicial efectiva, no siendo jurídicamente factible que alegue “objeción de conciencia” para impedir se le practique un examen de ADN, toda vez que uno de los requisitos fundamentales para que ésta opere es el respeto al orden público, orden que expresamente quebrantó el infractor mediando su expresa voluntad, es decir, a sabiendas que obraba contra derecho.

Sin embargo, de acuerdo a los actuales parámetros legales universales el método CODES en el que simplemente la huella de ADN equivale a una simple “huella digital”, no estaríamos frente a la violación del derecho a la intimidad, puesto que se estaría identificando al imputado, sin violar ningún derecho humano.

Todo lo anterior tiene estrecha relación con los conceptos de infracción dolosa, la cual según el Art. 14 del Código Penal es aquella en que hay designio de causar daño; añadiéndose a ello que esta infracción es intencional cuando el acontecimiento dañoso o peligroso es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, el cual fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión, cosa que también acontece con la preterintencionalidad que produce un resultado más dañoso o peligroso

que el que quiso el agente.

Doctrinariamente el dolo, según el prestigioso penalista argentino Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni: “la doctrina dominante coincide con la caracterización del dolo como saber y querer, es decir, que el dolo tiene un aspecto de conocimiento (o intelectual) y otro de voluntad (volitivo o conativo), toda vez que para querer algo siempre es necesario poseer ciertos conocimientos. Los actos de conocimiento y resolución son anteriores a los actos de acción, pues éstos presuponen un conocimiento que permita tomar una resolución determinada. Dado que el dolo es la finalidad tipificada...”.

Como puede advertirse, quien actúa dolosamente en la comisión de un delito sabe y quiere producir un daño, tomando una resolución determinada en torno a conseguir el resultado deseado, en otras palabras actúa a conciencia. El vocablo conciencia, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa || 2. Conocimiento interior del bien y del mal.

En este sentido, el penalista argentino Dr. Sebastián Soler, al definir el dolo señala que “es el vicio de la voluntad que se funda: a) en que el autor se ha representado (a lo menos como posible) las circunstancias de hecho típicamente relevantes y la antijuridicidad de su conducta y b) a lo menos ha consentido (si no ha querido o se ha propuesto) esa cualidad de su conducta... Claro está que esas definiciones – continúa Soler – pecan de excesivamente recargadas, preocupados Mayer y Beling por sus puntos de vista doctrinarios; pero de esa doctrina derivan nociones tan transparentes como la del Código Polaco, art. 14.1º: «Existe infracción intencional no solamente cuando el autor quiere cometerla, sino cuando prevé la posibilidad del efecto delictivo o del carácter delictivo de la acción, y consiente en

realizarla»”.

Analizando lo expuesto por los prestigiosos juristas argentinos podemos decir que estamos frente a un dolo directo, entendido como el “dolo de quien comete un delito queriendo el resultado y buscando todos los medios para alcanzarlo. Es el dolo, como decía Jiménez de Asúa, de consecuencias necesarias, y que en la doctrina moderna se denomina dolo directo en primer grado...”.

## **2.7 EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**

Según el destacado penalista italiano Giuseppe Maggiore, “el derecho penal mirado desde el punto de vista subjetivo consiste – en esencia – en al ius puniendi, o sea en el derecho del Estado al castigo de los delincuentes, para cuyo objeto debe ejercitar su potestad, conforme a los principios básicos que lo rijan”.

El Código de Procedimiento Penal, como instrumento de aplicación del ius puniendi contiene una serie de disposiciones relacionadas con el ejercicio de esta facultad, produciéndose la circunstancia jurídica que puedan limitarse los derechos fundamentales de una persona cuando ésta ya no es un sujeto, sino un objeto de prueba.

Se trata de las denominadas “intervenciones corporales” definidas por la doctrina comparada como: “las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto con el fin de encontrar objetos escondidos en él”.

Ante este tipo de intervenciones se ha levantado toda una doctrina tendiente a proteger los derechos fundamentales

de los imputados, detenidos o sospechosos, que ha llevado a la legislación tanto internacional como nacional y a la doctrina a precisar sus alcances, como puede colegirse del Proyecto de Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal cuando reza que: “... Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado”...” La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la “lex artis” y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona” -especialmente reglas N° 12 punto 5°, 13, 16, 17, 18 y 23.

Obviamente que en esta materia, es importante precisar el concepto de bien jurídico y la misión ético social del derecho penal, comprendida entre ellos, la protección de los bienes jurídicos particulares, y se enfrenta, como casi todos los autores, desde antiguo, con el problema de determinar y definir el concepto de bien jurídico, toda vez que sin pretender desviar el objeto fundamental del derecho penal, nadie duda que en la aplicación de las normas procesales debe tenderse al esclarecimiento del hecho ilícito y a la responsabilidad de los infractores, restableciendo el orden jurídico quebrantado por éstos.

En consecuencia, en la aplicación de los derechos humanos debe tenerse presente, como se afirmó al comienzo de este trabajo, que la objeción de conciencia no debe transformarse en una excepción general al cumplimiento de la ley, y, pretender extender la conciencia, entendida ésta como “la concepción ética y moral de una persona virtuosa” a los infractores de la ley. Ello no es óbice para

que se respeten sus derechos fundamentales, pero ello no debe rebasar los conceptos básicos, ya que nuestro ordenamiento jurídico, como los que se analizó del derecho comparado, son claros al facultar al juez para ordenar la prueba de ADN en caso que el imputado, sospechoso o detenido se oponga a ella, paralizando por su mera voluntad el proceso penal.

### *2.7.1. Definición*

El principio de proporcionalidad, según el Dr. Colombiano Raúl Castaño Vallejo, “se introduce en el procedimiento penal como principio de interpretación constitucional en una doble vía: como prohibición de exceso y como prohibición de defecto. La primera tiene que ver con las limitaciones impuestas a los poderes públicos en la esfera de las libertades (derechos de defensa) fundamentales de los individuos; la segunda alude al cumplimiento de los deberes positivos del Estado y al compromiso de actuación de las autoridades... En Colombia, como sucede en España, el principio de proporcionalidad no tiene consagración en la Constitución Política...”

### *2.7.2. Aplicación en el derecho comparado*

El Tribunal Constitucional español explicó en la sentencia 207/1.996 que 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,

principalmente;

- 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).

Debe destacarse que todos los registros de ADN tienen relación con el ADN no codificante, es decir aquel que no contiene información acerca de las características hereditarias del individuo, y por lo tanto elimina así toda vulneración del derecho a la intimidad, lo cual habilita, justifica y en concepto del Poder Ejecutivo exige la creación del Registro, no admitiendo desvíos de otros fines que sean los propios de un proceso penal., radicando todo ello en la responsabilidad de parte de quienes tienen a su cargo estos registros.

Como puede apreciarse un Registro de ADN tiene por objeto obtener y almacenar información genética asociada a una muestra biológica para facilitar el esclarecimiento de hechos que sean objeto de investigación criminal, particularmente en la individualización de las personas en base de la identificación de un perfil genético del componente de ADN no codificante, en este sentido, con el simple hecho de tener registrado a los detenidos, imputados o sospechosos de delitos graves, basta la comparación de los vestigios encontrados en el lugar de los hechos con las huellas no codificantes de ADN contenidas en los registros para determinar la identificación de quien estuvo presente en el lugar de los hechos delictivos, sin perjuicio que existan huellas genéticas en el cuerpo de la víctima para determinar la responsabilidad del mismo.

En todos estos casos, obviamente no se requiere de la voluntad del imputado o sospechoso, ni tampoco estamos frente a una prueba ilícita, por contemplar explícitamente

el ordenamiento jurídico el registro de ADN para determinadas personas.

Por ello, el juicio de proporcionalidad, en el derecho comparado, tiene relación con la facultad que tiene el juez de sopesar la importancia que reviste la prueba de ADN para el caso investigado.

Por lo anterior, la objeción de conciencia se restringe solamente a los casos en los que el sospechoso, imputado o detenido se niegue a que se le practique un examen de ADN, sin embargo, no se puede en este caso hablar de “objeción de conciencia”, solo de una negativa obstructiva al curso de la causa, razón por la cual el ordenamiento jurídico faculta al juez para ordenar la toma de la respectiva muestra, lo que en caso alguno implica una violación de la intimidad, ya que el ADN en materia penal tiene relación con el ADN no codificante y tiende solamente a la identificación del supuesto delincuente y nada más.

## **CAPITULO 3. LO LEGAL EN EL USO DEL ADN ANTE HECHOS DELICTIVOS.**

### ***3.1 DE LOS REGISTROS DE ADN Y LA HIPOTÉTICA “REVICTIMIZACIÓN DEL DELINCUENTE”***

La victimiología.

Antes de entrar al análisis de los Registros de ADN vigentes en muchos países del mundo, necesario es aclarar las dudas respecto de la hipotética «revictimización del condenado», lo que desde el punto de vista conceptual es una aberración jurídica, de acuerdo a las precisiones conceptuales unánimemente aceptadas a nivel mundial.

En efecto, de conformidad a la Decisión marco del Con-

sejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, (Actos adoptados en aplicación del título VI del Tratado de la Unión Europea), el literal a) del Art. 1.- define a la “víctima” como “la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro”.

En este contexto general destaca la doctrina de la Victimología que distingue entre varias victimizaciones respecto del sujeto pasivo de un delito. En efecto, “se conoce como victimización primaria, la que tiene relación consecuen- cias que sufre la víctima directa de un crimen, posterior- mente la doctrina se refiere a la victimización secunda- ria en cuanto a los sufrimientos que a las víctimas, a los testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, cri- minólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, etcétera y, finalmente, la estigmatización que la sociedad realiza luego sobre la víctima se conoce como victimiza- ción terciaria”.

La victimiología, a fin de precisar claramente la materia en análisis tiene una serie de definiciones en las cuales el de- lincuente queda absolutamente execrado de sus alcances, como pasamos a exponer:

- El Abdel Ezzat Fattah definió a la victimología como: “aquella rama de la Criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen y que designa el conjunto de conocimientos biológicos, sociológicos, psicológicos y criminológicos concernientes a la víctima”.
- Benjamín Mendelsohn la definió como: “la ciencia

sobre las víctimas y la victimidad”.

- Elías Neuman sostiene que: “la victimología es una suerte de criminología, pero al revés. De la víctima”.
- Finalmente, en el Primer Simposio de Victimología (Jerusalén 1973) se la definió como: “el estudio cientí- fico de las víctimas del delito”.

Obviamente que el concepto de víctima se refiere al sujeto pasivo de un ilícito penal y a sus familiares, pero en caso alguno, al agresor o sujeto activo del acto delictivo, por lo que la acepción “revictimización” tiene un alcance cer- tero respecto de los daños que se pueden causar al sujeto pasivo de un delito a sus familiares y en caso alguno al infractor de la ley.

Según el destacado penalista argentino Dr. Rogelio More- no Rodríguez: “VÍCTIMA DEL DELITO: Es la persona afectada física o moralmente por un hecho ilícito. El pro- cedimiento pe-ñal argentino consecuente con la corrien- te actual latinoamericana, le da un cierto rol a la víctima como el derecho a ser informada de sus fa-ñcultades para constituirse no sólo en querellante particular, sino, además, en actor civil y su reconocimiento a un trato digno, y a ser notificada de las resoluciones fundamentales del proceso. Conforme dice el Dr. José Cafferata Nores, «La víctima del delito debe tener un reconocimiento en la ley pro-cesal por su dramático protagonismo en el hecho objeto del proceso, in-ñcluso, para que su participación no signifique una revictimización», como respuesta al tradicional olvido de la víctima en el derecho penal.

Por su parte, el penalista argentino Dr. Eugenio Zaffaroni señala que. “el gran personaje olvidado del Derecho Penal es la víctima, la cual no es una construcción mediática sino el ser humano concreto que rara vez se conoce en los me-

dios y cuyo interés debe ser privilegiado a la hora de resolver la pena. Contra lo que usualmente se pretende – añade Zaffaroni – el discurso único, la víctima, pasado el primer momento de indignación, y especialmente en delitos contra la propiedad y en los cometidos en el ámbito familiar, «dista mucho de responder al estereotipo degradado de un ser sediento de venganza e insaciable en su exigencia de reparación». La víctima puede ser cualquier habitante, tan o más racional y razonable que los jueces y los doctrinarios, al que le asiste, ante todo, un derecho a la reparación, que la pena nunca debe obstaculizar, sino, por el contrario, debe facilitar”.

Justifica lo anterior, es decir, la absoluta falta de preocupación de la víctima en materia penal, lo sostenido por el jurista brasileño, Dr. Luiz Flávio Gomes, cuando expresa que: “en el modelo clásico de Justicia Criminal la víctima fue neutralizada; su marco de expectativas es muy reducido; la reparación de los daños no es prioridad, sino la «imposición del castigo»”.

La política de protección de la víctima en el entendido que es el sujeto pasivo del proceso penal, junto con sus familiares y seres cercanos, ha sido tomada en cuenta en el Ecuador, desde el año 2000, cuando se puso en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal que estableció un mecanismo legal de protección a la víctima en sus diversas disposiciones como los artículos 1, 14 y 118; en concordancia con la actual Constitución Política de la República del Ecuador, que en su artículo 198 que expresamente establece que la Fiscalía General del Estado velará por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal; todo en concordancia con la Ley Orgánica del Ministerio Público y en especial del Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos

y demás Participantes del Proceso Penal, publicado en el Registro Oficial No. 571 del 25 de Septiembre de 2002, que comprende 27 artículos, tres disposiciones generales y tres disposiciones finales, en la cual se desprende claramente que la denominada “política penal de protección a la víctima y los derechos humanos”, es inadecuada.

La revictimización

Todo organismo de ayuda a la víctima tiene como objeto evitar la revictimización, a través de una atención integral a la víctima de un delito, para que reciba ayuda psicológica, social, y médica si así lo requiriere. Se entiende que las consecuencias de un hecho delictivo, trascienden del plano de lo jurídico, lo que hace que la atención de esas secuelas se haga no solo a través de una labor interdisciplinaria, y que involucre al personal de esta oficina, sino a todos

Los funcionarios que intervienen en el proceso, y más que eso un compromiso institucional, de abordaje no solo de la problemática de la víctima de un delito sino también la del empleado judicial y su entorno: el delito, en sus distintas manifestaciones.

Se entiende por “revictimización”, el proceso por el que se vuelve a hacer pasar a la víctima por situaciones indeseadas. En el sistema judicial ocurre cuando se le exige a la víctima o a los testigos, que se someta a múltiples interrogatorios y exámenes que afectan su dignidad y su sentido de privacidad. Esto es frecuente en los procesos penales, en el que las autoridades, incluyendo la policía y la fiscalía quieren estar seguros de que podrán procesar exitosamente al acusado, y someten a la víctima a un cuestionamiento extenso y repetitivo para asegurarse que mantenga su historia y tenga credibilidad. El proceso de revictimización es no intencional, pero sí es perjudicial.

### Conceptos victimiológicos básicos

- **Victimario:** persona que produce el daño, sufrimiento o padecimiento a la víctima, se podría identificar con el delincuente (en Criminología).
- **Victimización:** (en Criminología sería *modus operandi*) mecanismo o proceso en virtud del cual una persona llega a ser víctima.
- **Victimidad o factores victimogénicos:** conjunto de factores que predisponen a una persona o grupo de personas a ser víctima. (1) Endógenos, innatos de la persona, y (2) exógenos, adquiridos del exterior.
- **Víctima:** según el experto español Dr. Arturo Beltrán Núñez, citado en el libro *Psiquiatría Legal y Forense*, de los autores José Luis González de Rivera y Revuelta, Francisco Rodríguez Pulido, Santiago Delgado Bueno y Enrique Esbec Rodríguez, por “víctima podemos entender tanto al sujeto pasivo del delito cuando el perjudicado por el mismo, si bien la víctima por antonomasia es el primero”.

### Tipos de victimización: víctimas y delincuentes

Podemos establecer las siguientes:

1. Según la naturaleza de la infracción podemos hablar de victimización antisocial y victimización criminal. La primera no es constitutiva de delito a diferencia de la victimización criminal que sí lo es.
2. Según la extensión del hecho:
  - a. **Directa:** aquella victimización proyectada sobre la víctima en sí. Ej. Atropello a alguien y lo lesionó
  - b. **Indirecta:** aquella que es consecuencia de la primera y recae sobre personas que tienen una relación estrecha con el agredido. Ej. La familia de la persona lesionada del ejemplo anterior.
3. Según las personas: primaria, secundaria y terciaria.

ria.

Veremos los diferentes tipos de victimización. Los dividiremos en genéricos: víctima y otros

**La víctima:** Siguiendo un criterio personal, podemos referir tres grandes tipos de victimización: la primaria, la secundaria y la terciaria:

- **La victimización primaria:** es aquella dirigida contra la persona o el individuo particular.
- **La victimización secundaria:** aquellos supuestos en los que la víctima ha de recordar los hechos en virtud de los cuales ha sido victimizada. Normalmente esta victimización secundaria se produce ante la administración de justicia, los cuerpos y fuerzas de seguridad, por ejemplo, cuando tiene que contar lo que ha sucedido.
- **La victimización terciaria:** es un concepto vago e impreciso pues engloba multitud de acepciones que en muchos casos no tiene nada que ver una con otra. Hay varias definiciones:

Terceras personas que padecieron el proceso victimal de manera directa, sino como testigos y padecen secuelas, sería una victimización primaria indirecta.

Obviamente que un delincuente no pasa por el primer período de victimización, ya que él es el sujeto activo que produce el daño e incluso, en ciertos casos, la privación de la vida de la víctima. Igualmente, respecto del segundo período de victimización, el delincuente tampoco pasa por éste, ya que el recordar el hecho al contar lo sucedido no le producirá las secuelas psicológicas que corresponden a un sujeto pasivo, como sería por ejemplo el caso de un menor al que se le ha sometido a prácticas pedofílicas, y, finalmente, respecto de la victimización terciaria, que en términos generales es el concepto que la sociedad tiene de la persona que sufrió el daño, obviamente que al delin-

cuenta no le va a afectar en lo más mínimo, ya que todas estas victimizaciones atienden al sujeto afectado como al círculo de familiares que le rodean.

### **3.2 EL REGISTRO DE ADN**

Desde hace décadas, el sistema penal ha ido generando bancos de datos de delincuentes. En un primer momento dicha información estaba destinada a establecer un sistema que permitiera identificar con absoluta precisión a las personas en conflicto con la justicia. Se trataba de tener la certeza de que, efectivamente, aquel a quien se tenía detenido era la persona acusada o individualizada, y llegado el momento de la sentencia, saber si el acusado tenía una conducta anterior ajustada a la ley, o, por el contrario, era un reincidente. Ello no era fácil, dada la ausencia de documentación identificatoria y la práctica de cambiarse de nombre como una manera de eludir la responsabilidad penal.

Así, se fueron generando bancos de datos basados en la fotografía, las medidas antropométricas y, más tarde, las huellas digitales. De ellos, el primero y el último aún permanecen y forman la base de los registros existentes a nivel de identificación civil y policial. Los sistemas derivados del análisis de las huellas dactilares permitieron, además, avanzar de manera sustancial en la detección de la presencia del sujeto en el lugar del crimen.

En las últimas décadas, el descubrimiento del código genético y la adopción de técnicas de Biología Molecular, ha mostrado poseer una gran utilidad en la identificación de personas y cuerpos. En la actualidad, y a partir de los descubrimientos científicos y la implementación tecnológica generada en relación con el ADN y la llamada “huella genética” o “identidad genética”, se planteó la utilidad y

posibilidad de implementar un Banco de Datos Genéticos de personas.

Bancos de esta naturaleza se han ido creando en diferentes países. Los 6 primeros Estados que instalaron estos Banco de Datos Genéticos (BDG) son todos desarrollados: Alemania, Australia, Inglaterra, Canadá, Francia, Estados Unidos, Portugal y España. Con posterioridad se han ido incorporando otros países como Panamá, Puerto Rico, y, recientemente, Chile.

Por Banco de Dato Genético, se entiende un conjunto organizado y sistematizado de información genética, referido a individuos de la especie humana y obtenida a partir del análisis de ADN, que en términos generales implica los procesos de recolección, registro y uso de esa información.

La finalidad de estos Bancos puede ser muy variada, pero las más frecuentes dicen relación con la investigación científica y la identificación de personas o restos de personas. Los Bancos de Personas en conflicto jurídico, a su vez, cubren dos grandes necesidades:

- Identificación de paternidad.
- Identificación de delincuentes.

Precisamente la búsqueda y el análisis científico de esas huellas es lo que hoy se conoce como Criminalística (las huellas que los criminales van dejando en los lugares que ha delinquido). Desde una perspectiva jurídica, la mayor utilidad que presta un Banco de Datos Genético de Delincuentes dice relación con la identificación o descarte de delincuentes. Es decir, se trata de comparar la huella genética obtenida normalmente en el sitio del suceso, y que puede constituir una importante prueba de la presencia de su titular en el lugar del delito, con la que se obtiene de manera indubitada de una determinada persona.

Entre los más antiguos destaca el registro del FBI de Estados Unidos, que en octubre de 1988 empezó con la construcción de un sistema nacional de bancos de datos de ADN. En 1994, la Ley Federal de Identificación de ADN estableció los estándares mínimos para la participación de los Estados en el “CODIS” (Sistema de Índices Combinados de ADN), que considera aspectos relativos a la calidad, seguridad y divulgación de los registros. En la actualidad, el “CODIS” estandariza los procedimientos biológicos e informáticos, lo que posibilita el intercambio de datos entre los distintos estados de la unión, y aun con algunos países independientes que han adoptado los mismos parámetros.

### *3.2.1 Utilidad de un Banco de Datos Genéticos de Delinquentes*

Desde una perspectiva jurídica, la mayor utilidad de un Banco de Datos Genéticos de personas en conflicto jurídico, dice relación con la identificación o descarte de delinquentes. Es decir, se trata de comparar la huella genética obtenida normalmente en el sitio del suceso, y que puede constituir una importante prueba de la presencia de su titular en el lugar del delito, con la que se obtiene de manera indudable de una determinada persona.

En esta perspectiva, los factores que inciden en lograr la mayor o menor utilidad de este método en el esclarecimiento de delitos dice relación con tres aspectos:

- a) Los casos en que se deja una muestra biológica susceptible de contener material genético;
- b) La posibilidad de mantención de esa muestra hasta la llegada de los peritos, y
- c) La capacidad de encontrar, recolectar y mantener

esa muestra por personal especializado.

Respecto del último factor, resulta relativamente controlable desde el aparato del Estado, pues si bien se hace necesario preparar adecuadamente a los investigadores para que busquen, recolecten y almacenen muestras biológicas, ello no debiera presentar mayores dificultades tratándose de personal especializado, pues está dentro de la actual lógica de investigación, ya suficientemente asentada en el trabajo criminalístico.

### *3.2.2 Consideraciones sobre la implementación de un Banco de Datos Genéticos de delinquentes*

La implementación de un sistema de esta naturaleza debiera ocasionar cambios significativos en el mundo del delito, tanto en lo que se refiere a su comisión como a la investigación de éste.

La utilidad que hoy podemos atribuir hipotéticamente a un Banco de Datos Genéticos, no puede hacernos olvidar que las personas aprenden y van modificando sus conductas. Así, por ejemplo, el descubrimiento de las huellas digitales como elemento individualizador y su posterior utilización en la investigación del delito generó una evolución en la conducta delictiva.

Una perspectiva que no debe despreciarse es que ante la mayor posibilidad de ser descubierto, disminuya la comisión de ciertos delitos. En este sentido, ya hace años el profesor Ángel Caracedo de la Universidad de Santiago de Compostela señalaba que “está demostrado que la delincuencia en algún tipo de delitos disminuye cuando se cuentan con bases de datos genéticos”.

Sabido es que el Estado, llamado a satisfacer múltiples necesidades complejas en el quehacer social, focaliza y

conceptualiza esta misión en base a la construcción del concepto del “bien común”, encontrándose dentro de este concepto el derecho a la seguridad integral de las personas, por ello que dentro de estos objetivos en que el Estado tiene la necesidad de dirimir los conflictos penales, es decir, aquellos casos en los que se han ejecutado ciertos hechos ilícitos, a los que la sociedad ha designado como de mayor gravedad, haciéndose entonces necesaria la aplicación de una pena a aquél que ha realizado dichos comportamientos ilícitos. Así, y sin perjuicio que es claro que la aplicación de una pena conlleva la afectación de derechos individuales del que ha delinquido, esto se realiza en forma legítima, necesaria y útil para lograr el bien común antes mencionado.

Para lo anterior, el Estado debe dotar a sus órganos del máximo poder y de las más avanzadas herramientas para que éstos puedan esclarecer los delitos y se demuestre así la inocencia o culpabilidad de los involucrados en ellos.

Bajo estas premisas fundamentales, en el derecho comparado se han dictado las leyes que crean los Registros de ADN, que permita coadyuvar al máximo en el desarrollo de la investigación criminal. En efecto, mediante la realización de exámenes de ADN sobre muestras biológicas tomadas en un proceso penal, que posteriormente puedan ser cotejadas con las huellas genéticas existentes en el Registro, creemos que sin duda se logrará aumentar la eficacia en el esclarecimiento de los delitos, contribuyendo, de este modo, al logro del bien común.

En este sentido, los juristas chilenos Dres. Fernando García Díaz, Hugo Jorquera González, José Antonio Lorente Acosta, tienen razón al señalar que “la modernización de la justicia penal que se está implementando desde la perspectiva procesal, debe ser complementada con la incorpo-

ración de los conocimientos que las diferentes disciplinas científicas van adquiriendo”.

El sistema está concebido para favorecer el esclarecimiento o la investigación de delitos, sobre la base de la existencia de una base de datos (el Registro de ADN criminal) que contendrá –en versión alfanumérica y digitalizada- las huellas genéticas de personas imputadas y condenadas por delitos graves (crímenes en general), así como huellas genéticas halladas en el sitio del suceso o cuerpo del delito y que correspondan a personas no identificadas. De este modo, por ejemplo, cuando en la escena del crimen o sobre la víctima queden rastros de material biológico (presuntamente correspondientes al hechor), una vez que se obtengan las huellas genéticas de dichos rastros (huellas genéticas dubitadas), ellas se cotejarán o se contrastarán con las huellas genéticas que estén almacenadas en el sistema (por regla general, huellas genéticas indubitadas) a fin de determinar si corresponden o no a algún condenado o imputado que se encuentre registrado. De este modo, si se produce una coincidencia o “match”, ello será un indicio de que la persona a quien corresponde la huella registrada (indubitada) puede haber tenido participación en el hecho que se trata de esclarecer. Por cierto, no será una prueba directa o inmediata de participación (ya que en principio sólo prueba que la persona estuvo en la escena del crimen o que, a lo menos, su huella apareció “en el lugar”), pero sí un antecedente importante a partir del cual el Fiscal podrá canalizar o dirigir su investigación en un determinado sentido.

### *3.2.3 Garantía de no vulneración de ciertos derechos*

Lo fundamental para que no se vulneren los derechos fun-

damentales de la persona humana es que los análisis de ADN deben estar necesariamente limitados al ADN no codificante, el cual, no revela otros datos que los meramente identificatorios, razón por la cual mediante este procedimiento se elimina toda vulneración del derecho a la intimidad, dado que los datos obtenidos no revelan más información sobre el individuo que la que puede ofrecer la huella dactilar, razón por la cual un Registro de ADN no debe generar nada distinto de la identificación que puede conocerse a partir de su análisis: ni las enfermedades de la persona o su esperanza de vida, ni sus características físicas o psicológicas, ni sus gustos o preferencias, etc. En suma, es igual a una simple huella dactilar (con la diferencia que sus posibilidades de obtención son mayores, pues es mucho más frecuente que en el sitio del suceso aparezcan rastros biológicos a que queden huellas dactilares).

En este sentido, es interesante la definición que de huella genética contiene la Ley N° 19.970 que creó el Sistema Nacional de Registros de ADN de la República de Chile, publicada en el Diario Oficial 6 de octubre de 2004 en donde queda claramente determinado qué se entenderá por huella genética, manifestando su Art. 1 que se entenderá por tal: "...el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de genes y aporte sólo información identificatoria".

Para lograr esta definición contó con la asesoría permanente de profesionales bioquímicos y genetistas, así como con la colaboración de expertos de diversas universidades del país austral, quienes dieron fe ante ambas Cámaras Legislativas de dicho país, que la definición es altamente satisfactoria en lo que a eficacia y salvaguardia del derecho

a la intimidad se refiere.

A fin de salvaguardar la información de la "huella genética", ya definida, estableciéndose, en el Art. 2 de la Ley, que "...sólo pueden acceder al Sistema ciertas y determinadas personas: el Juez o los Fiscales del Ministerio Público para los efectos de una investigación o procedimiento penal. Además, la persona que tenga una huella genética en el Sistema, para los efectos de acreditar su inocencia o para ser acompañada en juicio sobre acciones de filiación. La información también podrá ser consultada por las Policías, previa autorización del Ministerio Público y por los Defensores Públicos y Privados, previa autorización del Tribunal respectivo".

A lo anterior debe agregarse que la ley en comento, tipifica como delito la divulgación y uso indebido de la información genética, sancionando también como delito el acceso indebido a la información reservada y la divulgación de la misma. Por último, también establece el delito de obstrucción a la justicia, al sancionar una serie de conductas encaminadas a impedir que la información entregada por la huella genética de un individuo sea utilizada en toda su magnitud en la investigación criminal.

En resumen, como lo ha sostenido la Comisión Europea de Derechos Humanos, la utilización del ADN con fines meramente de averiguación de la identidad de la persona en principio no afecta al derecho a la intimidad, ya que al igual que la huella dactilar, no proporciona ningún dato médico adicional a la misma.

### *3.2.4 Los diversos Registros de ADN en el Derecho Comparado*

Teniendo como base la legislación más moderna al res-

pecto, que sería la establecida en la República de Chile, la ley N° 19.970 que creó el Sistema Nacional de Registros de ADN de la República de Chile, publicada en el Diario Oficial 6 de octubre de 2004, existiendo similitud en otros cuerpos legales, a los cuales también se hará una somera referencia.

a) Registro de Condenados:

Este Registro, al que se refiere el Art. 5 de dicho cuerpo legal, contiene las huellas genéticas de las personas que hayan sido condenadas en un proceso criminal, por sentencia ejecutoriada, en los casos a que se refiere el Art. 17 *ibidem* y que son: Aborto y homicidio en todas sus formas (parricidio, infanticidio, homicidio calificado, homicidio simple, homicidio en riña); castración, mutilaciones y presiones gravísimas; todos los delitos sexuales (violación, estupro, abusos sexuales, corrupción de menores, pornografía infantil, favorecimiento de la prostitución, trata de blancas); elaboración o tráfico ilícito de estupefacientes; robo con intimidación o violencia con resultado de muerte, lesiones graves o secuestro; robo con intimidación o violencia simples; robo con fuerza en lugar habitado; incendios graves (con resultado de muerte, lesiones, o severas puestas en peligro); sustracción de menores; secuestro; tortura; amenazas graves; contra la salud pública graves; abandono de menores con resultado de muerte o lesiones; envío de cartas bombas; delitos terroristas.

Además, se pueden registrar en este Registro las huellas genéticas de condenados a pena de crimen, y en la medida que así lo ordene el Tribunal competente, en los siguientes casos: la mayoría de los delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado; la mayoría de los delitos contra la seguridad interior del Estado; ciertos casos de falsificación de instrumento público; los casos más graves de delitos

funcionarios; asociaciones ilícitas para cometer crímenes; ciertos delitos de la Ley de Control de Armas, etc.

b) Registro de Imputados

Según el Art. 6 *ibidem*, contiene las huellas genéticas de quienes hubieren sido imputados de un delito, determinadas sobre la base de muestras biológicas, y siempre que por razones de investigación hubiere sido necesaria la determinación de la huella.

c) Registro de Evidencias y Antecedentes

El Art. 7 *ibidem* establece que se conservarán las huellas genéticas que hubieren sido obtenidas en el curso de una investigación criminal y que correspondieren a personas no identificadas (huellas debitadas).

d) Registro de Víctimas

En Art. 8 *ibidem* contendrá las huellas genéticas de las víctimas de un delito, determinadas en el curso de un procedimiento criminal. Sirve para cotejarlas con muestras tomadas a imputados o condenados. No se incorpora en este Registro la huella genética de la víctima que expresamente se oponga a ello.

e) Registro de Desaparecidos y sus Familiares

Según el Art. 9 *ibidem*, este registro contendrá las huellas genéticas de:

a) Cadáveres o restos humanos no identificados.

b) Material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas.

c) Personas que, teniendo un familiar desaparecido o extraviado, acepten voluntariamente donar una muestra biológica que pueda resultar de utilidad para su identificación.

Dentro de los fundamentos y consideraciones que se tuvo en cuenta para dictar la ley en comento, es que el Derecho no puede quedar atrás de la ciencia, ya que es evidente que

los avances de la ciencia constituyen una realidad que el Derecho no puede desconocer, especialmente teniendo en cuenta que aumenta también, vertiginosamente, la interrelación y colaboración entre el mundo científico y el jurídico, con especial énfasis en el ámbito de la investigación criminal. De este modo, se hace ineludible la obligación de los jueces, abogados, fiscales, etc., de entender este lenguaje científico, de forma tal de poder presentarlo correctamente ante los tribunales de justicia. Sin perjuicio de lo anterior, hoy en día son muchos los países que emplean la técnica del ADN, son pocos los que han legislado sobre ella, al decir de López Fragoso, “El análisis del ADN ha entrado en las Salas de Justicia por la puerta de atrás y con las luces apagadas”.

De este modo, el Proyecto de Ley chileno puede servir de modelo a otras legislaciones que se dicten en el futuro.

Desde el descubrimiento de la huella genética en 1985 y su casi inmediato uso en el mundo de la criminalística, no son muchos los países que han dictado normas sobre la existencia de bancos de datos genéticos de identificación criminal. Hasta fines de 1997 no eran más de cinco los países que tenían legislación al respecto; pero hoy son más de quince., estimando pertinente, hacer una breve referencia a ellos

- Estados Unidos

En Estados Unidos es quizás el primer país en donde se legisla sobre la materia. Sólo que, como Estado federado, cada uno de los Estados lo ha hecho separadamente. Entre los primeros están Colorado, que lo realizó en 1988, Arizona, California, Minnesota, Nevada y Virginia en 1989. Entre los últimos, Rhode Island y Vermont en 1998 y Louisiana en 1999. En la actualidad, todos los diferentes Estados federales poseen ya una legislación particular.

Los delitos que facultan para exigir una muestra obligatoria varían considerablemente de un Estado a otro. Algunos lo consideran para un número muy reducido, como Michigan y Arizona, que sólo lo hacen para delitos sexuales y otros, en cambio, como Virginia, para un amplio espectro de figuras penales. Sólo los delitos sexuales presentan la característica de ser considerados por todos los Estados.

En relación con la situación de las personas a quienes se exige el examen, también se produce una dispersión. En algunos casos, se exige a condenados y en otros, también a inculpados. Similar situación se da en relación con la retroactividad de la aplicación de la ley. La mayoría de los Estados aplicó la ley con efecto retroactivo respecto de condenados. Excepcionalmente no es aplicable, como ocurre en Tennessee, Whashington, Massachusetts, Michigan, Nevada.

Respecto de la muestra biológica, todos los Estados la mantienen después de analizada, al respecto, sólo Wisconsin ordena su destrucción.

Las restricciones en cuanto a la información generada por los exámenes y mantenida en las bases de datos también presenta un espectro de diversidades. La mayoría de los Estados mantienen lícitas restricciones, pero otros no lo hacen. Del mismo modo, ellos sancionan la revelación no autorizada.

Algunos Estados sancionan penalmente al delincuente que se niega a dar la muestra y unos pocos autorizan expresamente el uso de fuerza razonable para extraerla. Más de la mitad de los Estados establecen expresamente la falta de responsabilidad civil o penal por daños en la acción de extraer la sangre, cuando la persona realiza la acción de buena fe y de acuerdo con prácticas médicas aceptadas o empleando el debido cuidado como señalan algunas legis-

laciones.

Lo anterior revela que se trata de normas que presentan múltiples diferencias entre sí, pero que en lo operativo la mayoría ha sido integrada en el proyecto de Sistema de Índices Combinado de ADN (Combined DNA Index System, CODIS), coordinado por el FBI. Ello permite que no obstante existir una diversidad de criterios respecto de los delitos, las personas, el momento, éstos cumplen ciertos requisitos técnicos que posibilitan su integración y comparación.

Lo anterior da a entender que si existe consenso acerca de lo que debe comprender la “huella genética”, es decir, el método CODIS, que es el aplicado en Chile, y que es obra del FBI, en cuya virtud, la huella de ADN solo servirá como una simple huella digital en la cual no se podrá obtener más datos que la simple identificación.

- **Canadá**

El 10 de diciembre de 1998 Canadá aprobó la ley concerniente a la identificación por impronta genética, posibilitando la constitución del Banco Nacional de Datos; pero esta ley sólo entró en vigor el 30 de junio de 2000. El Banco contiene esencialmente dos archivos, uno de evidencias encontradas en el lugar del delito, sobre la víctima o en sus vestimentas, y el otro concerniente a los condenados. Este último considera la posibilidad de incorporar muestras de condenados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, previa resolución de un tribunal. En las consideraciones técnicas, Canadá ha adoptado el modelo norteamericano CODIS, al que ya nos hemos referido anteriormente.

- **España**

El pasado día 9 de noviembre de 2007 entró en vigor, en España la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre (Boletín Oficial del Estado núm. 242, de 10 de octubre) regula-

dora de la base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ácido desoxirribonucleico (ADN). Ley que fue aprobada en el parlamento con la unanimidad de todos los partidos políticos. Esta novedosa ley contempla la creación de una base de datos centralizada e integral para el almacenamiento del conjunto de los perfiles de ADN obtenidos tanto de la escena del crimen como de los sospechosos, detenidos o imputados, con la finalidad de utilizarlos posteriormente en investigaciones distintas o futuras de aquellas para las que fueron recopilados, aún sin el consentimiento expreso del titular de los datos.

La Ley delimita el objeto de la obtención de los datos a dos estándares, la naturaleza del delito y/o cuando el ilícito penal sea consecuencia de un acto de delincuencia organizada. Así se concreta el marco de la investigación criminal a delitos graves: contra la vida, la libertad, la libertad sexual y la integridad personal, aunque también se extiende a los que afectan al patrimonio siempre que concurra fuerza en las cosas o violencia en las personas. Se permite, además, más allá de la obtención de datos procedentes del hecho criminal, inscribir perfiles de personas que, sin ser sospechosos, detenidos o imputados, consientan expresamente su inclusión en la base de datos.

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

En consecuencia, la ley española tiene exacta similitud con todas las anteriores que se ha hecho referencia, tenien-

do la huella de ADN un carácter restringido a aspectos netamente identificatorios y nada más, como lo establece el método CIDES del FBI.

Como en todos los demás países en que se ha dictado leyes sobre la materia, España mediante sus tribunales ha determinado que la obtención de datos codificantes que van más allá de la identidad de la persona, como rasgos físicos, o enfermedades hereditarias, sí colisionaría con derechos fundamentales contemplados en su Constitución.

### *3.2.5 Registro de Ácido Desoxirribonucleico o ADN en el derecho ecuatoriano.*

Mediante Proyecto de Ley, remitido por oficio No. 400-OQB-CN-06, de fecha 07 de Noviembre de 2006 al Congreso Nacional se pretendió crear, en el Ecuador, el Sistema Nacional de Registros de ADN, manifestándose en uno de sus considerandos: “Que en el mundo actual el registro de ADN se ha convertido en una de las pruebas más contundentes e irrefutables con que pueda contar un Juez o un Tribunal a la hora de juzgar un delito y a su presunto autor. Esta herramienta de la ciencia es más útil cuando sirve para poner tras las rejas a violadores contumaces que han venido delinquiendo sin que se pueda probar su participación en el cometimiento del delito... El Ecuador no ha sido la excepción y ha sufrido los ataques de quienes han quebrantado la ley y violando de manera seguida a mujeres indefensas, se han paseado por las calles de las ciudades sin que se les haya podido probar el delito cometido, por falta de pruebas contundentes. Es por lo anteriormente expuesto que se hace necesario dotar a la legislación ecuatoriana de una ley que cree el servicio nacional de registro de ADN y que servirá de base para la obtención de pruebas que servirán para poder juzgar ade-

cuadamente a los violadores y demás criminales que dejen su “huella genética” en la escena de un crimen”.

Según se expone en los considerandos del proyecto de ley, se considera la necesidad de contar con un registro de ADN que sirva para actualizar el sistema criminológico y probatorio de la legislación ecuatoriana y que las pruebas en materia penal deben estar debidamente pedidas y practicadas de conformidad a la ley y a la Constitución.

En el caso del referido proyecto de ley, estamos frente a un Registro de ADN, consistente, según el Art. 1 del referido proyecto, de un Sistema Nacional de Registros de ADN, constituido sobre la base de huellas genéticas determinadas con ocasión de una investigación criminal.

En términos exactamente iguales al Art. 1 de la Ley N° 19.970 que creó el Sistema Nacional de Registros de ADN de la República de Chile, publicada en el Diario Oficial 6 de octubre de 2004 se entendía huella genética de conformidad al Art. 1 del referido Proyecto, el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de la información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de genes de aporte solo información identificadora.

El proyecto de ley, es copia fiel de la referida ley chilena, la cual siguió parámetros internacionales CODES en cuya virtud, simplemente, se refiere a aspectos de identificación, equiparándola a una simple “huella digital”, sin que por ello se vulnere derecho alguno de la persona humana, criterio que adquiere unanimidad a nivel mundial, en plena concordancia y respeto por los derechos fundamentales de la persona humana.

El proyecto contemplaba, en su Art. 4, en forma idéntica a la ley chilena, los siguientes Registros:

- Registro de Condenados,
- Registro de Imputados,
- Registro de Evidencias y Antecedentes,
- Registro de Víctimas y
- Registro de Desaparecidos y sus Familiares.

Respecto de estos registros, nos remitimos a lo dicho anteriormente respecto de la ley chilena, a fin de evitar innecesarias repeticiones, por ser esta ley la inspiradora del proyecto de ley que pretendía instaurar el sistema de Registros de ADN en nuestro país, basándose en los mismos fundamentos de respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.

Finalmente, debe destacarse que en caso de obtención ilegítima de una prueba de ADN de cualquier ciudadano ecuatoriano rige en plenitud el numeral 4 del Art. 76 de la Constitución Política del 2008, toda vez que las pruebas obtenidas con violación de la Constitución o la Ley no tienen validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

### *3.2.6 Conflicto entre la objeción de conciencia y la prueba de ADN en el derecho comparado*

La libertad de conciencia consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales, encontrando su límite en las exigencias razonables del justo orden público y tutelada constitucionalmente, quien invoca la objeción de conciencia debe acreditar la sinceridad y seriedad de sus creencias, según se manifestó. En la objeción de conciencia estamos frente a personas virtuosas que la practican en forma leal a sus convicciones, como puede apreciarse en las diversas leyes sobre registros de ADN a nivel mundial donde los datos obteni-

dos de los sospechosos, imputados o detenidos pueden ser utilizados en distintas y futuras investigaciones, aún sin el consentimiento del titular.

El 9 de noviembre de 2007 entró en vigor, en España, la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre (Boletín Oficial del Estado núm. 242, de 10 de octubre) reguladora de la base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ácido desoxirribonucleico (ADN) Ley que fue aprobada en el parlamento con la unanimidad de todos los partidos políticos: “Esta novedosa ley contempla la creación de una base de datos centralizada e integral para el almacenamiento del conjunto de los perfiles de ADN obtenidos tanto de la escena del crimen como de los sospechosos, detenidos o imputados, con la finalidad de utilizarlos posteriormente en investigaciones distintas o futuras de aquellas para las que fueron recopilados, si necesidad de contar con el consentimiento expreso del titular de los datos, aunque, eso sí, se le deberá informar por escrito de los derechos que le asisten respecto de la inclusión en esta base. Para la toma de muestras que requiriesen inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, se exigirá siempre la preceptiva autorización judicial ante la ausencia de consentimiento del afectado”.

La nueva base de datos se inspira en el modelo de la Oficina Federal de Investigación de los Estados Unidos de América (FBI), basado en el almacenamiento de los perfiles De ADN de sospechosos, imputados y, en su caso, detenidos por delitos relacionados con agresiones sexuales, robos con fuerza e intimidación y terrorismo.

Alemania, 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. El Tribunal Constitucional alemán, a través de una sentencia de 1995, 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”.

Respecto de la ley de Registros de ADN de la República de Chile este registros es obligatorio para los delitos de secuestro, sustracción de menores, violación y demás delitos sexuales, homicidio y robo con violencia o intimidación en las personas, independientemente de 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, y, acto seguido, informar al órgano competente para que proceda a la inclusión de dichos datos en el Registro Nacional de ADN.

Célebres autores, como Eduardo Couture, Hernán Víctor Gullco, Hernando Devis Echandía, entre otros, consideran que en la actividad probatoria, el principio de la obtención coactiva de los medios de prueba, dispone como axioma principal, que: “el juez está facultado para ordenar la práctica de algunas pruebas, verbigracia, allanamientos de hogares, exámenes corporales, extracciones de sangre, ruedas de personas, etc., como simples formas de aprehender los caracteres físicos de una persona sin que ello signifique, que el imputado o acusado examinado, estaría admitiendo su responsabilidad en los hechos investigados. Eugenio Florián, citado por Yván J. Figueroa Ortega, se-

ñala que «el principio de la obtención de los medios de prueba no puede ser desconocido de la actividad probatoria, pues es necesario que los órganos de prueba intervengan en el proceso y que los objetos materiales de prueba sean introducidos e incorporados en él», con el fin único de buscar la verdad material o procesal, con los límites que impone las garantías constitucionales, al poder punitivo del Estado, porque de nada sirve una justicia imperfectamente administrada y para colmo, indiferente y pasiva, ante los avances del Derecho Procesal Penal Moderno. En conclusión: si es el imputado o acusado, quien ingresa información, en forma directa, y de forma coercitiva, esa información, debe ser considerada irrita, ilícita e inícuca, procesal y jurídicamente inexistente, constitucionalmente inadmisibles y sin valor probatorio alguno. Empero, si es un tercero quien ingresa al proceso dicha información, verbigracia, un testigo reconocido---en caso de un reconocimiento del imputado---o un técnico-perito---en caso de una extracción de sangre---a pesar de que el imputado no autorice tal práctica, vale apuntar, no preste su consentimiento, y haber sido, efectivamente, objeto de prueba, en cuyo acto procesal, su salud no sea afectada de peligro alguno, y sea tratado con respeto a su condición de ser humano, dicha información «acto de investigación» debe ser considerada válida y lícita, sin que con ello se pretenda equiparar al imputado o acusado como si ciertamente fuera autor de los hechos que le son atribuidos por el Ministerio Público, pues ser imputado es una cosa, y ser autor del hecho delictivo es otra...”.

Conforme puede deducirse de la doctrina citada, la tendencia mundial es que procede la prueba de ADN aún sin el consentimiento del imputado, detenido o sospechoso en los casos de delitos graves tales como secuestro, subs-

tracción de menores, violación y demás delitos sexuales, homicidio y robo con violencia o intimidación en las personas, independientemente de su sanción, circunstancia que obliga a todo juez penal a disponer la práctica de un examen destinado a obtener la huella genética del autor del delito e incluir dichos datos en el Registro Nacional de ADN.

Como hemos manifestado anteriormente, en reiteradas ocasiones, el método CODES o el existente en España, tienen como común denominador circunscribir la prueba de ADN a una mera huella identificadora, como la huella digital, lo que en caso alguno implica inmiscuirse en la intimidad de la persona humana, habiendo muchas legislaciones mundiales seguido este criterio ajustado a derecho.

### *3.2.7 La jurisprudencia comparada ante el conflicto entre la objeción de conciencia y la prueba de ADN*

Tal como manifestó el Dr. Fernando Herrero-Tejedor Algar en su obra “La objeción de conciencia como derecho fundamental”, a la que se hace referencia en páginas anteriores del presente trabajo, se deja de manifiesto que el objeto de conciencia debe ser una persona virtuosa y que se sustente en convicciones acreditables, ya que, como se ha igualmente sostenido en esta tesis, la objeción de conciencia no puede transformarse en un “cheque en blanco” a ser ocupado como medio para sustraerse al cumplimiento de obligaciones legales.

Es más, la objeción de conciencia debe referirse a determinados puntos y no establecerse de manera general, ya que al existir una interpretación extensiva de la objeción prácticamente se estaría atentando contra la seguridad jurídica por hacer prevalecer estos bienes jurídicos por sobre el

deber constitucional del Estado de velar por los derechos humanos de las personas, especialmente por las víctimas de los delitos graves a los que hemos hecho referencia.

Existen importantes principios que dan apoyo y tornan procedente las diligencias probatorias solicitadas como, por ejemplo, que todo procedimiento penal debe guardar los derechos del imputado pero también los de la víctima por eso si se llega al extremo de otorgar a los principios de inocencia, de la dignidad humana y de la intimidad personal el carácter de absolutos e ilimitados jamás se podría entender siquiera el inicio de un proceso penal y hasta lo impediría porque con la ejecución coactiva de la medida interesada extracción compulsiva de material biológico para estudio de ADN no se vulnera el principio de incoercibilidad ya que toda extracción de muestras debe contar con la respectiva resolución judicial que la respalde.

Según el penalista argentino José Caffetara Nores: “A modo de síntesis, de la copiosa y jerarquizada doctrina nacional se sostiene que en estos casos el imputado sólo actúa como un mero objeto de prueba, esto es, no se lo obliga a hacer algo (manifestaciones, explicaciones, determinaciones o decisiones), sino a tolerar que otros hagan algo, es una mera fuente pasiva de elementos de cargo en su contra”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, se ha manifestado reiteradamente sobre uno de los temas controvertidos y traído al examen de este Tribunal ad-quem, señalando diáfananamente en diversos fallos, el criterio a seguir ante la eventualidad de proceder, puntualizando y delineando su postura con relación a la extracción compulsiva de sangre a un imputado para ser utilizada como material para la realización del correspondiente estudio de A.D.N., cuando expresa que: “La realización de la prueba

de histocompatibilidad no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”. Del Voto del Dr. PETRACCHI, en causa “Guarino, Mirta Liliana s/querella” (27/12/96)

También en la Argentina, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, señaló: “La circunstancia de que la persona actúe como objeto de la prueba y no como sujeto de ella permite afirmar que en nada hubiera cambiado que al imputado se lo hubiera consultado, en ese momento, sobre si estaba o no de acuerdo en que se efectuaran radiografías y, con ello, su negativa no hubiera impedido el acto”. “La garantía constitucional sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No lo ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba” (in re “Themba, Cecil Oupa s/recurso de casación”) -26/04/00

### *3.2.8 La jurisprudencia nacional ante el conflicto entre la objeción de conciencia y la prueba de ADN*

La actual Constitución Política de la República ni contempla ni regula la objeción de conciencia en materia probatoria penal, y siendo esta una materia de Derecho Público, no debería tener aceptación.

Es más, las disposiciones procesales penales referentes a la extracción de fluidos corporales permiten la extracción de éstos mediante resolución judicial siempre que no se obre

coactivamente, cosa imposible de suceder en una simple extracción de sangre, como se expuso anteriormente.

El nuevo proyecto constitucional, se refiere en el numeral 12 del Art. 66 al derecho a la objeción de conciencia, en el sentido que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza.

La disposición redactada en términos generales requerirá de una ley complementaria, debiendo existir un amplio debate acerca de qué se entiende por “objeción de conciencia” y cuando procede, ya que como pudo observarse en el derecho comparado, la extracción de unos pocos mililitros de sangre, efectuada por orden judicial y personal médico calificado, tendiente solamente a comprobar la identidad de una persona mediante el método CODES u otro similar a la huella digital, está unánimemente consagrado a nivel mundial que no constituye una violación a los derechos humanos de la persona a quien se pretende identificar.

## **CONCLUSIONES.**

El ADN de un sistema de registros debe referirse al denominado “no codificante”, ya que el objeto del sistema es la identificación de las personas y no su herencia genética u otras características que pertenecen a la intimidad del ser humano.

Puede advertirse en los distintos ordenamientos jurídicos que la objeción de conciencia se refiere a personas virtuosas que profesan principios religiosos o morales incompatibles con una ley específica, cosa que no se permite en materia de prueba procesal penal, siendo sintomático lo que al respecto dispone el Art. de la 1 Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público de España que dispone: “Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”.

La existencia de un Registro de ADN no codificante de condenados, permitiría comparar los vestigios de un hecho criminal con los existentes en los registros, facilitándose la labor investigativa ostensiblemente, toda vez que – pese a que en nuevo proyecto constitucional obvia el pasado judicial. ello no puede constituirse en un precedente que beneficie a los delincuentes consumados y reincidentes

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. ABUELAS DE LA PLAZA DE MAYO: Abuelas de la plaza de mayo localizan a la nieta número 90. <http://www.adn.es/mundo/20080529/NWS-0849-Abuelas-Plaza-Mayo-localizaq-n-numero.htm#a>
2. ANTÓN BARBERÁ, Francisco y DE LUIS Y TURÉGANO Juan Vicente: Manual de Técnica Policial, Editorial Tirant Lo Blanch, 3ª edición, Madrid, España, 2005, citado por Manuel Carbballal en su ponencia Criminalística aplicada a la identificación de personas , sábado 12 de julio de 2008, policiasenlared. blogspot.com/.../antropologa-forense-la-ciencia-que-hace.html
3. ALONSO BOSCH, Gregorio y CARBALLAL, Manuel. “Métodos y Técnicas de Investigación Criminal en España. Criminalística aplicada a la identificación de personas”. Publicado en la Revista Ciencia Policial. Nº 85. pp. 100-102. Extracto. Editada por la DGP. (Nov-Dic 2007).
4. ALONSO ALONSO, Antonio: Conceptos básicos de ADN forense. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Servicio de Biología. Madrid. versión html del archivo: [http://www.uam.es/personal\\_pdi/ciencias/gpepe/g\\_forense/conceptos\\_basicos\\_de\\_adn\\_forense.pdf](http://www.uam.es/personal_pdi/ciencias/gpepe/g_forense/conceptos_basicos_de_adn_forense.pdf)
5. ALTISENT, Rogelio: Objeción de conciencia, un derecho fundamental empañado por la ambigüedad. Presidente de la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial de España, Madrid, 16 de junio 2008. [www.medicosypacientes.com](http://www.medicosypacientes.com)
6. AMIEIRO RODRÍGUEZ E. Curso de Postgrado “Teoría General y Teoría de la Identificación Criminalística”. MES - LCC. La Habana.Cuba. 1984.
7. APARISI MIRALLES, Ángela y LÓPEZ GUZ-

MÁN, José: El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto de la fundamentación filosófica – jurídica a su reconocimiento legal”, Revista Persona y Bioética, año/vol. 10, número 026, Universidad de la Sabana, Cundinamarca, Colombia, 2006.

8. AROUET, François Marie (Voltaire): Diccionario Filosófico, 1764. Tomo 3, Ed. Sempere, Valencia, España, 1901

9. BALLESTEROS, Jesús: La filosofía de Giuseppe Capograssi. Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma. Editorial Sucesores De Rivadeneira, Madrid, España, 1973

10. BELTRÁN NÚÑEZ, Arturo: Psiquiatría Legal y Forense, citado por los autores: José Luis González de Rivera y Revuelta (coord.), Francisco Rodríguez Pulido (coord.), Santiago Delgado Bueno (dir.), Enrique Esbec Rodríguez (coord.) Editorial Constitución y Leyes, COLEX, Madrid, España, 1994.

11. BELLO SUÁREZ, Pablo: Derecho Penal, objeción de conciencia y hecho religioso. Locus Appellationis N° 51 Junio de 2007, Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de León

12. BERNAL, Salvador: La objeción de conciencia, entre la norma y el deber moral. Las leyes positivas no pueden anular las libertades básicas 06-03-1996. <http://www.notivida.com.ar>

13. BOBBIO, Norberto: Crítica del Derecho Natural, Ediciones Taurus, Madrid, España, 1966,

14. CAFFERATA NORES, José I.: “La prueba en el proceso penal”, Depalma, Buenos Aires, 1998

15. CAFFURE DE BATTISTELLI, María Ester: Extracción compulsiva de ADN en materia judicial. Recurso de Casación 22/03/2001, Poder Judicial de Córdoba, Argen-

tina. [www.boletinoficialcba.gov.ar/archivos07/190207\\_seccion1.pdf](http://www.boletinoficialcba.gov.ar/archivos07/190207_seccion1.pdf) -

16. CARBALLAL Manuel: Criminalística aplicada a la identificación de personas, sábado 12 de julio de 2008, policiasenlared. [blogspot.com/.../antropologa-forense-la-ciencia-que-hace.html](http://blogspot.com/.../antropologa-forense-la-ciencia-que-hace.html)

17. CARRACEDO, Ángel: A xenética no século XX, Revista Galega do Ensino – ISSN: 1193-911X, Número 28, Octubre del 2000, Santiago de Compostela, España

18. CASTAÑO VALLEJO, Raúl: Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

19. CASTILLO UGARTE, Osvaldo: La identificación de criminales a través del ADN. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho, Santiago, Diciembre de 2005

20. CAVALCANTI GOMES DA FONSECA, João Maurício: Da possibilidade da coerção ao exame de DNA na investigação de paternidade. 11.2002. Jus Navigandi: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/lista.asp?assunto=55>

21. CICERÓN: La República (III-22) El Orden Político Cap. VIII Estado y Derecho. Ed. A-Z Bs. As. 1983. Citado por el Dr. FERMÍN GARCÍA MARCOS profesor titular de Bioética de la Facultad de Medicina de la Universidad del Salvador, en su monografía: Objeción de Conciencia. <http://www.notivida.com.ar>

22. CLARIÁ OLMEDO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Ed. Ediar, Tomo I, Buenos Aires., Argentina, 1967

23. CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR: Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Registros de

ADN. Esta es la versión html del archivo <http://www3.congreso.gov.ec/sil/documentos/proyectos/27-1391.doc>

24. CORIA, Paulo Roberto: Introducción a la Criminológica de Campo y de Laboratorio. Esta es la versión html del archivo [http://www.cienciaforense.cl/csi/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=7](http://www.cienciaforense.cl/csi/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=7).

25. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, párrafo 24.

26. CORTE SUPREMA DE ARGENTINA: Caso “Bahamondez” JA 1993-IV-558)

27. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: Sentencia de 11/01/01, publicado en la colección de Fallos del Tribunal, Tomo 321, Página 5 y sigs,

28. CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo: Prueba de ADN. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001

29. DAWKINGS, Richard: O DNA: Linguagem da Vida. Health Latin America, 2008 Bibliomed, Inc

30. DEL VILLAR BRITO. Waldo. Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile, 1985

31. DIARIO EL COMERCIO DE LIMA: Sección «El Dominical» 24 de octubre de 2004.

32. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA: Madrid. 2005, contenido en CD

33. DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA: Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

34. DRAPKIN, Abraham: Relación de causalidad y delito. Editorial Cruz del Sur, 1943, Santiago de Chile.

35. EMULE.US: La policía ya puede obtener mues-

tras de ADN de los detenidos sin su consentimiento. <Http://www.emule.us/foro/newewply.php?,do=newreply&p=299313>,

36. ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco: Las intervenciones corporales. Su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Ed. Trivium, Madrid, España, 1999

37. EXCMO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS, REPÚBLICA ARGENTINA, MIEMBROS DE LA SALA N° 1 EN LO PENAL causa “Pilinger, Mario E.- Privación ilegítima de libertad y abuso sexual con acceso carnal y otros”, 2 de Agosto de 2006.-

38. EZZAT FATTAH, Abdel: “Quelques problemes poses a la justicie penale par la victimologie” en “Anales Internacionales de Criminología”, París, 1966, 2do semestre. Citado por Hilda Marchiori, en su obra Victimología. Córdoba, Argentina, 1999, pp. 74 y 183.(3) [www.uniceflac.org/español/textos/ppdfmalt2.htm](http://www.uniceflac.org/español/textos/ppdfmalt2.htm)

39. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Belén María: El ADN desde una perspectiva penal. Diciembre 2006.<http://noticias.juridicas.com/articulos>

40. FERNÁNDEZ PEREIRA, J. “Teoría General, Técnica, Táctica y Metodología Criminalísticas”. 1ra Parte. Universidad de La Habana. Facultad de Derecho. La Habana. Cuba. 1991.

41. FERRAJOLI, Luigi: Derecho y Razón, segunda edición, Edit. Trotta, Madrid, 1997.

42. GARA: Condenados por muestras de ADN tomadas sin permiso. Dirección: [www.gara.net/paperezkoa/2007931/es/condenados/muestras/ADN/tomadas/sin/permiso?inprimatu=1](http://www.gara.net/paperezkoa/2007931/es/condenados/muestras/ADN/tomadas/sin/permiso?inprimatu=1)

43. GARCÍA DÍAZ Fernando, JORQUERA GONZÁ-

LEZ Hugo y LORENTE ACOSTA, José Antonio: Base de datos genéticos de identificación criminal. Universidad de la República, 1ª edición. CYC Impresores Ltda. Santiago de Chile, Abril de 2002.

44. GASCÓN ABELLÁN, Marina: Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN. Esta es la versión html del archivo <http://www.uv.es/CEFD/15/gascon.pdf>

45. GHERSI A., Carlos: Prueba de ADN. Genoma Humano. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 2004.

46. GOMES, Luiz Flávio: Criminología – Introducción a sus Fundamentos Teóricos”, 2ª Edición, São Paulo, RT, 1997.

47. GONZÁLEZ – CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: Proporcionalidad y derechos fundamentales en el procedimiento penal, Ed. Colex, Madrid, España, 1990

48. GUTIÉRREZ DUANY, María y GIANELLA LAVARELLO, Alba: Las biopruebas de identificación y el derecho a la intimidad. Revista Jurídica del Perú, Octubre - Diciembre 1997 año xlvii n° 13

49. GUYTON C, Arthur y HALL E., John: Tratado de fisiología médica. Ed McGraw-Hill, México 2001, novena edición.

50. HERRERA BRAVO, Rodolfo: Los registros de ADN y los derechos constitucionales: ¿cómo esquivar sin despellejar?. Esta es la versión html del archivo <http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Herrera%20Bravo,%20Rodolfo.pdf>.

51. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando: La objeción de conciencia como derecho fundamental. Doctor en Derecho. Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Comunicación presentada a la jornada sobre objeción

de conciencia, organizada por la Fundación Ciudadanía y Valores. Madrid, 28 de noviembre de 2007. Esta es la versión html del archivo [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1196965120\\_la%20objecion%20de%20conciencia%20como%20derecho%20fundamentaherrerol.doc](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1196965120_la%20objecion%20de%20conciencia%20como%20derecho%20fundamentaherrerol.doc)

52. HOYOS, Arturo: El debido proceso. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996.

53. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: La ley y el delito. Editorial Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 1945

54. LEITE, Gisele: Apontamentos sobre o nexo causal. [www.uj.com.br/.../doutrinas/.../APONTAMENTOS SOBRE\\_O\\_NEXO\\_CAUSAL](http://www.uj.com.br/.../doutrinas/.../APONTAMENTOS SOBRE_O_NEXO_CAUSAL)

55. Ley N° 19.970 que creó el Sistema Nacional de Registros de ADN de la República de Chile, publicada en el Diario Oficial 6 de octubre de 2004

56. LEWIS, C.S. La abolición del hombre Ed. Fades 1983. Citado por el Dr. FERMÍN GARCÍA MARCOS profesor titular de Bioética de la Facultad de Medicina de la Universidad del Salvador, en su monografía: Objeción de Conciencia. <http://www.notivida.com.ar>

57. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: “Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN”, Revista Derecho y Salud, Volumen 3, Madrid, 1995.

58. LORENTE José Antonio y LORENTE Miguel: El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica. Editorial Comares, España, 1995., citado por los Dres. Ricardo Rodríguez Jorge, Dr. José Alberto Borges López, en su artículo La huella genética en Medicina Legal. ADN con fines forenses. Publicado: 09/3/2007. <http://www.portalesmedicos.com>

59. MAGGIORE, Giuseppe: Derecho Penal, Tomo I,

Editorial Temis, Bogotá, 1954.

60. MARCHIORI, Hilda. *Victimología*. Córdoba, Argentina, 1999, pp. 74 y 183.(3) [www.uniceflac.org/espanol/textos/ppdfmalt2.htm](http://www.uniceflac.org/espanol/textos/ppdfmalt2.htm)

61. MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORÍA, Juan G. (Coords.): *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española (2006) Madrid

62. MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, Koldo: *Medicina y objeción de conciencia*. versión html del archivo <http://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v30n2/revision1.pdf>.

63. MENDELSON, Benjamín: *La victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea*. Revista *Ilanud*, año 4, San José de Costa Rica, 1981. Citado por Hilda Marchiori, en su obra *Victimología*. Córdoba, Argentina, 1999, pp. 74 y 183.(3) [www.uniceflac.org/espanol/textos/ppdfmalt2.htm](http://www.uniceflac.org/espanol/textos/ppdfmalt2.htm)

64. MICROSOFT ENCARTA 2008. Microsoft Corporation.

65. MIGLIETTA, G., *Evangelium vitae tra coscienza professionale e obiezione di coscienza*. Il tema dell'obiezione di coscienza nel Magistero recente, en LÓPEZ TRUJILLO, A., HERRANZ, J., SGRECCIA, E. (Cur.), "Evangelium Vitae" e Diritto (Acta Symposii Internationalis in Civitate Vaticana celebrati 23-25 maii 1996), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1997, p. 409. versión html del archivo [http://www.eticaepolitica.net/bioetica/pa\\_02\\_naturaleza\\_objec\\_conc\(es\).pdf](http://www.eticaepolitica.net/bioetica/pa_02_naturaleza_objec_conc(es).pdf)

66. MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio: *Diccionario de Ciencias Penales*, Editorial Ad – Hoc, 1ª Ed., Buenos Aires, Argentina, 2001, acepción "víctima del delito"

67. MORENO VERDEJO, Jaime: *ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la ley orgánica*

---

15/2003, de 25 de noviembre. El Dr. Jaime Moreno Verdejo es Fiscal del Tribunal Supremo de España. versión html del archivo <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL33.pdf>

68. MUÑOZ CONDE, Francisco: *La Objeción de Conciencia en Derecho Penal*, artículo contenido en el libro *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Editorial: José María Bosch, Madrid, España, 2003

69. NAVARRO FLORÍA, Juan G.: *Objeción de conciencia en la Argentina*. Publicado en: MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro y NAVARRO FLORÍA, Juan G. (Coords.): *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española (2006) Madrid

70. NAVARRO WALLS, Rafael: *La objeción de conciencia, derecho fundamental*. Entrevista publicada en la Revista *Alfa Omega* N° 268. Madrid, España, año 2001.

71. NEUMAN, Elías: *Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Universitaria, 2ª edición, 1994. Citado por Hilda Marchiori, en su obra *Victimología*. Córdoba, Argentina, 1999, pp. 74 y 183.(3) [www.uniceflac.org/espanol/textos/ppdfmalt2.htm](http://www.uniceflac.org/espanol/textos/ppdfmalt2.htm)

72. NIETO ALONSO, Julio: *Apuntes de criminalística*, 3ª Ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, citado por Manuel Carballeda en su ponencia *Criminalística aplicada a la identificación de personas*, sábado 12 de julio de 2008, [policiasenlared.blogspot.com/.../antropologa-forense-la-ciencia-que-hace.html](http://policiasenlared.blogspot.com/.../antropologa-forense-la-ciencia-que-hace.html)

73. OLLÉ SESÉ, Manuel: *La nueva Ley del ADN en España*. Director de la Cátedra de Derechos Humanos y Profesor de Derecho Penal de la Universidad Antonio de

Nebrija Esta es la versión html del archivo <http://www.nebrija.com/nebrija-santander-derechos-humanos/pdf/articulo%20ley%20ADN%20Espa%C3%B1a.pdf>

74. ORTÍZ RODRÍGUEZ, A. “Investigación e Instrucción en los Decretos 2699 y 2700 de 1991”. Rev. Actualidad Penal. N°1. Universidad de Cali. Facultad de Derecho. Colombia. 1992.

75. PEREIRA MELÉNDEZ, Leonardo: ¿Es posible la extracción de sangre al imputado sin su autorización? Febrero 19, 2008, 2:59 pm en Legislación. Artículo de : <http://www.vozalmundo.com/index.php>

76. PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER GLI OPERATORI SANITARI, Carta degli operatori sanitari, Città del Vaticano 1994, págs 107 a 143, citado por José T. MARTÍN DE AGAR en su obra “Problemas jurídicos de la objeción de conciencia”.

77. PRIMER SIMPOSIO DE VICTIMOLOGÍA (JERUSALÉN 1973) Citado por Hilda Marchiori, en su obra Victimología. Córdoba, Argentina, 1999, pp. 74 y 183.(3) [www.uniceflac.org/espanol/textos/ppdfmalt2.htm](http://www.uniceflac.org/espanol/textos/ppdfmalt2.htm)

78. ROXIN, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Munich, 1992, pág. 643.

79. ROXIN Claus.: Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

80. RUIZ MIGUEL, Alfonso: La objeción de conciencia a deberes cívicos. Texto de la ponencia titulada «La objeción de conciencia, en general y en deberes cívicos», que inició el curso sobre:«Libertad ideológica, objeción de conciencia y derecho a no ser discriminado» (febrero de 1996), del Plan de formación de Jueces y Magistrados de 1996 del consejo General del Poder Judicial de España. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, Núm. 47, Mayo / Agosto, 1996, pág. 109.

81. SÁNCHEZ, Eduardo: Asamblea por los Derechos Humanos Chile. Diario de la Cámara de Diputados de la República de Chile, Miércoles 14 de Junio de 2006. <http://www.camara.cl/diario/noticia.asp?vid=19474>

82. SANTIAGO, Wanda L.: Fluidos corporales en la investigación criminal. Dirección web: policiasenlared.blogspot.com/.../fluidos-corporales-en-la-investigacin.html -

83. SEGUNDA JORNADA UNIVERSITARIA SOBRE MALA PRAXIS MÉDICA: Mesa n°2 Conclusiones, Historia Clínica y Consentimiento Informado. Revista Fundación Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, Vol 6, n° 23, Pág. 23-24, 1996.

84. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL N° 8/1992 de 16 de enero de 1992. (Revista del Tribunal Constitucional 1992, 8) F. 2. Citado por Muñoz Arnau, Juan. Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español. Ed. Aranzadi, Pamplona.. España, 1998.

85. SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Tomo II, Editorial Tea, Buenos Aires, Argentina, 1992

86. SPILOTTI, Diego: “El concepto de objeción de conciencia en el ámbito laboral: el fallo Armella Miguel Angel c/ Aerolíneas Argentinas”. <http://cervantesvirtual.com/porta/DOXA/bibliografia/1994/p0000015.htm>

87. THOREAU, Henry David: Desobediencia Civil. Traducido por Hernando Jiménez . <http://www.thoreau.eserver.org/civil.htm>

88. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: Sentencia 207/1.996

89. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA: Sentencia de fecha 11 de junio de 2002, caso

Kelvin Enrique Herrera y José Antonio Velásquez Rivas, Sent.279, Magistrado Ponente: Dr. Rafael Pérez Perdonó. Versión html: <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/sep/Junio/279-110602-C010541.htm>

90. UNIVERSIDAD DE PIURA: Objeción de conciencia. Octubre 2007. <http://www.capellania.udep.edu.pe>

91. VELOSO DE FRANÇA, Genival: O vínculo genético da filiação pelo DNA: sua aplicação nos Tribunais. Jus Navigandi, n. 28.2002 [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=537>.

92. VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique, LORENTE ACOSTA, José Antonio y LORENTE ACOSTA, Miguel: La Tecnología del ADN en Medicina Forense: Importancia del indicio y del lugar de los hechos. Cuadernos de Medicina Forense, nº 3, 1996. Dirección: <http://www.educa.rcanaria.es/usr/ibjoa/lorente.html>.

93. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal. Parte General, 2ª Edición, Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina, 2006.