



Pruebas biológicas; el contexto de los derechos humanos

Biological tests within the context of human rights

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2014.
Fecha de aceptación: 1 de junio de 2014.

Por Dra. Amalia Patricia Cobos Campos

Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Chihuahua

Resumen

El presente trabajo pretende clarificar las posturas y evidenciar las consecuencias en materia de derechos humanos, basándose en concepciones doctrinales, fallos judiciales y en la legislación nacional, esencialmente en el *Código Nacional de Procedimientos Penales* de muy reciente promulgación.

Palabras clave

Derechos víctima-imputado, pruebas genéticas, derecho penal, fuente de prueba, medio de prueba, pruebas biológicas.

Abstract

This paper aims to clarify the positions and demonstrate the consequences on human rights, based on doctrinal conceptions, failed judgments, and in terms of national legislation, and particularly in the National Code of Criminal Procedure that has been very recently put into effect.

Keywords

Victim-accused rights, genetic testing, criminal law, test source, means of evidence, biological evidence.

“ Aunque en general hay una apertura importante en el proceso penal para la aportación de las pruebas, existe un tope elemental: los derechos humanos ”

Agradezco la invitación que me hace el Corporativo CLEU. Entiendo que muchos de ustedes no son abogados. Mi charla aquí tiene un enfoque inminentemente jurídico, que es un tema que a ustedes les servirá mucho. Primero que nada tenemos que clarificar cuáles son los límites entre los derechos de la víctima y los derechos del imputado; esto es lo más difícil de hacer en el derecho penal porque esos derechos siempre van a estar en colisión.

En segundo lugar, uno de los objetivos de esta ponencia es analizar si la práctica de pruebas genéticas forzosas al imputado está dentro del campo de los derechos o está violentando sus garantías individuales, entre ellas el derecho a no autoinculparse o en la presunción de inocencia; sin embargo, el tema está en la mesa de discusiones, es decir, los tribunales constitucionales aún no se deciden, parecen péndulos que van de un lado hacia el otro y no acaban de definir su postura en cuanto a si realmente se violentan o no se violentan derechos humanos.

¿Qué pasa con las pruebas biológicas que tienen como fuente el cuerpo del imputado y sus composiciones terminológicas?, ¿cuáles son los criterios jurisdiccionales que hay en algunos tribunales del mundo?, y ¿qué pasa con esa realización compulsiva de la prueba?, ¿qué precisiones conceptuales queremos hacer? Primero que nada, ¿qué es lo que entendemos por prueba?

Derivado de una variedad de conceptos propuestos por muchísimos autores, una definición sencilla sería: es un conjunto de razones que resultan del total de elementos que se introducen en el proceso. ¿Para qué sirven esos elementos?, para suministrarle al juez el conocimiento de lo que realmente ocurrió y eso es lo que tenemos que hacer.

Tenemos que diferenciar entre 'fuente de prueba' y 'medio de prueba'. La fuente de prueba es lo que está antes, lo que los criminólogos buscan en el lugar de los hechos; si ésta es manejada adecuadamente será el medio de prueba, de lo contrario se convertiría en prueba ilícita, lo que llevará final-



EL RECONOCIMIENTO de los derechos humanos no ha pisado todavía las cárceles mexicanas.

“Tenemos que profesionalizar a nuestros policías y a nuestros Ministerios Públicos para que protejan debidamente las pruebas y no violenten los derechos humanos”

mente a romper la cadena de custodia. En otras palabras, la fuente de prueba es lo que está fuera del proceso penal pero que va a incidir en el proceso, que tiene interés en el proceso; mientras que medio de prueba es un concepto procesal cuando lo tenemos ahí ofrecido, aceptado y desahogado. Las tres fases de este tipo de prueba son el ofrecimiento, la admisión por el juez cuando estima que está ajustada a Derecho y el desahogo. Estas etapas van a incidir en la valoración del juez para que emita el fallo.

El nuevo *Código Nacional de Procedimientos Penales* define el concepto de 'dato de prueba': es aquel que aún no ha sido desahogado. En esta parte es necesario poner atención, porque aunque no ha sido desahogado se considera pertinente, idóneo y suficiente para probar los hechos en materia del proceso. Lo que quiere decir es que se trata de una prueba central, de una prueba importante. Esto lo está manejando ya el nuevo *Código Nacional de Procedimientos Penales*, lo que se traduce en un aporte importante.

El imputado, por su parte, es el señalado por el Ministerio Público como autor o posible autor o partícipe de un hecho que la ley señala como delito. Simplemente es señalado, por eso anteriormente se le llamaba 'indiciado', porque se le señalaba con el dedo índice. Ahora se le llama imputado y el nuevo código nos dice que es el que ha sido señalado, pero no por cualquier persona sino por el Ministerio Público.

La pericia o pericial se considera como un medio probatorio, bueno, no todos los autores coinciden en que la pericial es un medio probatorio, algunos dicen que es un vehículo, que es un medio de llevar pruebas al proceso, y hay mucha discusión también en cuanto a si realmente es un medio de prueba o simplemente es el vehículo para llevar pruebas al proceso, pero es necesario dejar fuera esa discusión.

Las pruebas biológicas son las que se realizan con base en pruebas orgánicas del hombre, para esto se toman muestras del cuerpo del imputado. La pericial genética es un procedimiento para detectar la presencia, la ausencia o la modificación de un gen o cromosoma en particular.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando es necesario practicar pruebas biológicas en el cuerpo del imputado? Si el imputado acierta no tenemos ningún problema, pero cuando aportamos las pruebas al proceso tenemos algunas limitantes. Aunque en general hay una apertura importante en el proceso penal para la aportación de las

Foto: Al día Edomex



EL ANÁLISIS incorrecto de cualquier tipo de prueba podría dejar a personas inocentes en prisión.

pruebas, existe un tope elemental: los derechos humanos. Pese a que la Constitución establece que no puede haber afectaciones a la dignidad humana, no especifica que sea en el proceso, pero el debido proceso es un derecho humano y también está regulado por la carta magna.

Aquí se hace hincapié en la cuestión de la dignidad humana, por el artículo primero constitucional, el debido proceso fundamentalmente está establecido en los artículos 14, 16 y 20 constitucionales.

Cuando se habla de realizar de manera forzosa pruebas periciales en el cuerpo del imputado, es cuando vienen los cuestionamientos doctrinarios y jurisdiccionales en cuanto la validez de esas técnicas y en cuanto a si se afecta o no la dignidad humana, la libertad, el derecho a la intimidad y otros derechos, sobre todo la autoinculpación. Muchos autores, españoles sobre todo, consideran la autoinculpación en ese tipo de pruebas. Entonces, ¿qué tanta posibilidad o qué tanta legitimidad tiene el juez para ordenar de manera forzada estas pruebas?, ¿qué tenemos que tomar en consideración?

Un caso interesante es el presentando en un tribunal argentino. Las investigaciones que se hicieron sobre el parentesco familiar de desaparecidos en la dictadura, El Proceso 1976-1983, resultaron ser un tema tan sensible que los jueces fueron muy enérgicos en ese tipo de cuestiones y se abrió un procedimiento, pero las víctimas no querían someterse a la prueba pericial, genética, se negaban rotundamente y se pretendía obligarlas a que se aplicaran la prueba en nombre de la justicia. Ni siquiera era el imputado, era la víctima y se estaba ordenando de manera forzada la aplicación de la prueba. El tribunal constitucional de Argentina dijo: no, esta víctima ha sufrido suficiente y si se niega no podemos obligarla. Con esto ya ha habido precedentes que demuestran que no sólo obligan al imputado sino también a la víctima.

En México la corte ha dicho que si la víctima no permite que se le realice la prueba, entonces se puede presumir que el imputa-

do es inocente. Este tipo de determinaciones reflejan que en nuestro país existen resoluciones muy ilógicas. Es por eso que me ha interesado investigar más, porque he visto resoluciones muy en contra sentido, sin razonamiento jurídico, sin razonamiento lógico.

Pero no dudemos de las bondades e importancia de las pruebas genéticas, ya que en la investigación criminal son fundamentales, sobre todo en temas como los feminicidios, en todos esos delitos tan graves que se viven, por ejemplo, en Chihuahua. En estos casos las pruebas genéticas son muy importantes para identificar a las víctimas. Lo importante de este análisis es cuestionarnos cómo es que obtenemos esas pruebas, o cómo queremos obtenerlas.

Otro ejemplo es el caso que se dio en un Tribunal Argentino de Casación (extracción de sangre; robo; Sala VII; Buenos Aires, 9 de noviembre de 2010). Este tribunal dice que la prohibición de compeler (obligar) a un imputado a declarar contra sí mismo en un proceso no excluye la posibilidad de que se le considere objeto de prueba. Nótese que aquí el tribunal de casación está confundiendo 'objeto de prueba' con 'fuente de prueba'. El imputado no puede ser objeto de prueba, primero porque es un sujeto, y segundo porque objeto de prueba son los hechos en materia del proceso. El objeto de prueba son los hechos en materia del proceso, entonces aquí la confusión terminológica está afectando la resolución, y dice que entonces para el tribunal no se afecta el derecho a la no inculpación o presunción de inocencia cuando se le extrae de manera forzada sangre, en este caso.

Si comparamos la invocación de dicho tribunal argentino con la de otro país, encontramos que, por ejemplo, en 1910 la Suprema Corte de Estados Unidos estableció: "[...] La prohibición de la quinta enmienda contra obligar a un hombre a declarar contra sí mismo es una prohibición del uso de coacción física o moral para forzar sus comunicaciones y no la exclusión de su cuerpo como evidencia cuando se trata de material —y así sostuvo que el testimonio de un testigo— que el acusado puso en una prenda de vestir, es admisible, sin importar si el acusado puso en una prenda de vestir, es admisible, sin importar si el acusado lo puso voluntariamente o bajo coacción". Si el tribunal argentino invoca a lo citado anteriormente, ¿cuánto les parece que hayan avanzado los derechos humanos de 1910 a

**“Para la mayoría
de los juristas hablar
de ‘objeto de prueba’
es referirse a los
hechos que constituyen
el punto total
de la controversia”**

2010? No sólo es el avance cronológico, es la transformación que el mundo ha tenido en esta materia.

Sin embargo, sería inverosímil decir que Estados Unidos se caracteriza por ser una nación que respete los derechos humanos. La cita dice que la prohibición de la quinta enmienda contra obligar a un hombre a declarar contra sí mismo es una prohibición del uso de coacción física o moral para forzar sus comunicaciones y no de su cuerpo como evidencia. Aquí parece un poco de contra sentido lo que dice, ¿verdad?, pero se los dejo a la reflexión.

En otro caso también ocurrido en la provincia de Buenos Aires (Tribunal de Casación, causa 29.678; Tribunal en lo Criminal 3, Departamento Judicial Mar del Plata) el imputado es condenado a 22 años de prisión por ser responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado, entre otros; interpone el recurso de casación y hace valer que la prueba de ADN fue obtenida en otra investigación diferente, que ya ha sido sobreseída. Esta anécdota hace hincapié en otro punto controvertido: las bases de datos genéticos, que se están manejando y que están emitiendo las leyes respectivas en todos los países, que no voy a cuestionar mucho pero me parece interesante compartir cómo esos datos genéticos se están usando en un proceso diferente, ¿es prueba lícita, no es prueba lícita? Vale la pena hacer el cuestionamiento.

En el caso recientemente citado, el tribunal dice que no tiene problema porque realmente el imputado es un objeto de prueba: "No creo que pueda revisarse en fallo en cuanto valora la peritación de ADN. Desde mi desempeño como juez de la Cámara Tercera de la Plata sostengo que es legítima la intervención con la compulsividad mínima necesaria bajo la directa supervisión judicial, para la obtención de fluidos del sujeto imputado de delito cuando está sujeto a proceso en virtud de que es objeto de prueba". Sin embargo, la confusión terminológica nuevamente se hace presente, por eso doctores como Luis A. Acosta Vázquez dicen que la apropiada terminología puede incidir en los resultados de los juicios. Si el juez no establece diferencias claras entre 'medios', 'fuente' y 'objeto de prueba' o la legislación, puede verse reflejado en las resoluciones que emite y puede afectar los derechos de las partes. La recomendación es que debemos tener cuidado con el manejo terminológico, ya éstos son problemas que se presentan en los tribunales de todo el mundo.

Otro caso internacional es el ocurrido en la Corte Constitucional de Colombia. Se ha dicho que cuando se le extraen muestras biológicas al imputado, al sujeto, puede haber problemas con varios derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad, a la intimidad o a la libertad, y dice la Corte Constitucional que éstas no pueden ser obtenidas a fuerza,

ni siquiera por la autoridad judicial en cumplimiento de sus funciones. Aquí pareciera que el tribunal colombiano no está aceptando la aplicación compulsiva de la prueba, aparentemente, hay otras jurisprudencias en las que sí la acepta: "Las muestras biológicas representan para el sujeto de quien se han extraído, ante todo un objeto contentivo de información genética [...] hace parte de

la información reservada, sometida a un régimen de protección especial, la cual por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular, dignidad, intimidad, libertad [...] se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por la autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. De modo que el acceso a las mismas por parte del Estado o de los particulares, por lo mismo que puede significar la afectación de derechos fundamentales, no sólo del incul-

pado o indigado sino también de terceras personas [...] debe estar sometido a reglas y restricciones claramente definidas [...]".

Pero, ¿cuál es la premisa central de lo que estamos analizando? La idea es: ¿lo obligamos o no lo obligamos? Imagínate lector que tomamos a dos policías, los tiramos al piso y les damos de macanazos para que se dejen aplicar las pruebas biológicas y estamos en el contexto de los derechos humanos. Entonces, este es un punto muy importante que tenemos que ponderar

En México, particularmente en el estado de Chihuahua donde el sistema adversarial tiene algunos años, en el año 2007 el juez de garantías ordena que se le aplique de manera forzada la prueba al

"No hay que dudar de los beneficios de las pruebas genéticas, sino de la forma en que éstas se obtienen"



imputado. Había fotografías de dos periódicos pero las más fuertes no las pude encontrar, por más que nos fuimos a las fuentes no las pudimos localizar. Casi no se distingue, pero en la imagen anterior se puede observar al criminólogo, atrás está la policía, y están agarrando al imputado para sacarle una muestra de saliva. Dicen que el juez se sustentó en el artículo 130 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua: "De negarse el consentimiento el agente del Ministerio Público solicitará en lo correspondiente con autorización del juez, que con audiencia renuente decidirá lo que procede". El problema es que la cita es de una reforma que se estableció en octubre de 2007 y la prueba se practicó en junio del mismo año, es decir, hay un ligerito problema: no coinciden las fechas con la legalidad de la prueba. El imputado fue condenado por homicidio, homicidio agravado, ¿se justifica?, aunque a fin de cuentas era culpable.

Esos son los dilemas que tenemos en el Derecho de hoy. ¿Hasta dónde vamos y hasta dónde topamos? La siguiente cita son las conclusiones de una observación realizada en 2009 por Cámara de Diputados de Argentina: "La aparente afectación a la integridad corporal no parece argumento suficiente para considerar que la extracción compulsiva es inválida, porque la afectación que implica la extracción es insignificante y no lesiona en modo alguno a las personas [...]". No es que quiera citar en exceso a Argentina, pero es el que tiene más riqueza jurisdiccional y más riqueza legislativa en cuanto a estos temas, además de que existe mucha bibliografía, mucha aportación. También en España los tribunales constitucionales primero se pronunciaron en el sentido de que no pasaba nada, que

era una inferencia mínima, ahora la Corte Suprema empieza a decir: estás violentando los derechos humanos.

La Cámara de Senadores le dice a la Cámara de Diputados de Argentina que la integridad corporal no parece argumento suficiente para considerar que la extracción compulsiva es inválida, porque la afectación que implica la extracción es insignificante y no lesiona a las personas, o sea, un piquete de ojo, un jalón, arrancarle un cabello... y esa es la opinión mundial, casi la totalidad de los tribunales en el mundo opinan de la misma manera bajo el criterio de honor a la verdad.

Éste es un comentario doctrinario, pero se basa en algunas aportaciones de la corte española, la cual decía que no hay lesión a la garantía de no declarar contra sí mismo, que es lo que más cuestiona la doctrina jurídica, es decir, se está violentando el principio de no autoinculpación.

Alejandro Carrió dice que lo que hay que entender es que tenemos que realizar las pruebas, que sí se hagan, pero sólo cuando existan sospechas fundadas: "[...] Lo central es entender que estamos ante medidas que proceden sólo en casos en que se tengan sospechas fundadas de que corresponde llevarlas a cabo en el caso concreto y respecto de una persona concreta. [...] La policía no puede andar extrayendo sangre a cualquiera porque sí [...] Es necesario que en el caso concreto se tengan razones para pensar que un determinado imputado está conectado con un delito, y que la inspección corporal de que se trate ayudará al esclarecimiento de los hechos."

Entonces, si existen sospechas fundadas realizo la prueba en caso concreto y respecto de una persona concreta. ¿Qué quiere decir?, que ya no se presume inocente en ese momento. En este sentido, Julio Chiappini dice que "la negativa a la extracción de sangre es una libertad que reconoce la Constitución, a punto tal que el rechazo a la prueba tampoco puede considerarse un abuso del Derecho", argumento con el que se basan los defensores de las pruebas genéticas forzadas.

Pero el *Código Nacional de Procedimientos Penales* mexicano nos viene a enredar más el asunto, quiero aclararlo porque la fracción VI del numeral 113 dice que el sujeto no puede ser sometido en lo conducente, en ningún momento el procedimiento a técnicas o métodos que atenuen contra su dignidad y buscan su libre voluntad, pero en el 270 autoriza la toma forzada: "Si la persona a la que se le hubiere solicitado la aportación

PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Ciudad de México, 4 de marzo de 2014.



EL CÓDIGO ya entró en vigor, sólo el tiempo demostrará su eficacia.

**“Sólo puedes proteger
tus libertades protegiendo
las de los demás;
sólo puedes ser libre
si yo lo soy”**



EL CÓDIGO ya entró en vigor, sólo el tiempo demostrará su eficacia.

voluntaria de las muestras referidas en el artículo anterior se negara a hacerlo, el Ministerio Público por sí o a solicitud de la Policía podrá solicitar al órgano jurisdiccional, por cualquier medio, la inmediata autorización de la práctica de dicho acto de investigación, justificando la necesidad de la medida y expresando la persona o personas en quienes haya de practicarse, el tipo y extensión de muestra o imagen a obtener.”

¿A cuál precepto le vamos a hacer caso?, todavía el sistema adversarial no entra en vigor y ya estamos encontrando antinomia legislativa en el código. A mi juicio no hay manera de compaginar esos dos, la libre voluntad contra la imposición. Aquí hay un binomio legislativo porque por un lado le dicen que no lo pueden compeler, que sea contra su voluntad o libre de derecho y por otro lado es el juez quien puede ordenar que se realice, entonces hay antinomio legislativo.

Solamente habla de la imposición forzosa en la fase de

investigación, cuando aún nada más es imputado. En México limitamos las intervenciones telefónicas, por la constitución, protegemos los datos personales, en la vías data, ¿qué no tendríamos también que proteger la dignidad humana, a través de la auto determinación del imputado? Reflexionando profundamente, ¿cuál es la diferencia entre obligarlo a declarar por la vía de la fuerza, unos pequeños coscorriones que le da la policía, y extraerle los fluidos corporales a la fuerza, forzándolo? Eso es algo que hay que reflexionar porque no vaya a ser que pasemos de un derecho penal en evolución a un derecho penal en involución.