

Universidad de Costa Rica
Ciudad Universitaria Rodrigo Facio
Facultad de Derecho



Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Reglamento de registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana: una restricción ilegítima a los derechos fundamentales del titular de los datos genéticos, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comparado.

Daniel Cerdas Fernández

B11706

Diana Jiménez Coto

B23435

Enero, 2021



28 de enero de 2021

FD-196-2021

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes: Daniel Cerdas Fernández, carné B11706 y Diana Jiménez Coto, carné B23435, denominado: "Reglamento de registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana: una restricción ilegítima a los derechos fundamentales del titular de los datos genéticos, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho comparado" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA".

Tribunal Examinador

Informante Dr. Gonzalo Monge Núñez
Presidente MSc. Rafael Segura Bonilla
Secretaria MSc. Ileana Palma Porras
Miembro Dra. Karla Blanco Rojas
Miembro Dr. Román Solís Zelaya

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **12 de febrero del 2021**, a las 7:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director, Área Investigación



LCV

Cc: arch.



Recepción

Tel.: 2511-4032
recepcion.fd@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos

Tel.: 2511-1521
accionsocial.fd@ucr.ac.cr

Casa de Justicia

Tel.: 2511-1558
administrativacasajusticia.fd@ucr.ac.cr

Gonzalo Monge Núñez

Montes de Oca, 10 de enero de 2021

Señor:
Dr. Ricardo Salas Porras
Director de Área de Investigación -Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como director del proyecto final de graduación, modalidad tesis, para optar por el grado de licenciatura en Derecho de los estudiantes Daniel Cerdas Fernández carné B11706 y Diana Jiménez Coto carné B23435, titulado: *"Reglamento de registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana: una restricción ilegítima a los derechos fundamentales del titular de los datos genéticos, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comparado"*.

Este trabajo cumple con los requisitos de forma y contenido exigidos por la normativa universitaria y en tal condición lo apruebo. Al mismo tiempo, ruego se sirva señalar hora y fecha para la defensa oral.

Aprovecho la oportunidad para saludarlo atentamente,



Dr. Gonzalo Monge Núñez
Director de Trabajo Final de Graduación

San José, 11 de enero del 2021

Señor:

Dr. Ricardo Salas Porras
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Reciban un cordial saludo de mi parte. Quien suscribe, Dr. Román Solís Zelaya, en mi condición de lector del trabajo final de graduación titulado **“Reglamento de registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana: una restricción ilegítima a los derechos fundamentales del titular de los datos genéticos, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comparado”**, elaborado por los estudiantes Diana Jiménez Coto portadora del carné universitario B23435 y Daniel Cerdas Fernández portador del carné universitario B11706; me permito extenderles mi aprobación de dicho proyecto de investigación, para su correspondiente defensa por parte de los postulantes.

Lo anterior, dado que he leído dicho trabajo y considero que el mismo cumple con todos los requisitos de forma y fondo requeridos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several large, overlapping loops and a horizontal line at the bottom, positioned above the printed name.

Dr. Román Solís Zelaya

Lector

San José, 20 de enero de 2021

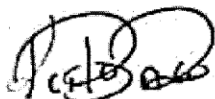
Dr. Ricardo Salas Porras
Director de Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Mediante la presente, hago constar en mi calidad de Lectora, que he leído y aprobado el trabajo de investigación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho de los estudiantes Daniel Cerdas Fernández carné B11706 y Diana Jiménez Coto carné B23435, titulada: "Reglamento de registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana: una restricción ilegítima a los derechos fundamentales del titular de los datos genéticos, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comparado".

Este trabajo de investigación cuenta con todos los requisitos formales que exige el Área de Investigación, de conformidad con el Reglamento Académico de Trabajos de Graduación de la Universidad de Costa Rica.

Con la mayor consideración y estima, se despide,



Dra. Karla Blanco Rojas

Carta de filóloga

Heredia, 25 de enero de 2021.

Señores (as)
Ciudad Universitaria Rodrigo Facio
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores (as)

La suscrita Edith Raissa Pizarro Alfaro con cédula de identidad N° 401780133, profesional en Filología, hace constar que revisó el documento que lleva por tema “ **Reglamento de registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana: una restricción ilegítima a los derechos fundamentales del titular de los datos genéticos, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comparado**”, de los estudiantes Daniel Cerdas Fernández B11706 y Diana Jiménez Coto B23435, al cual se le aplicaron las revisiones y observaciones relacionadas con aspectos de construcción gramatical, ortografía, redacción, entre otros.

Dado lo anterior, certifico que el documento contiene las observaciones y correcciones solicitadas, quedando de conformidad con lo pactado.

Atentamente,

Firmado por EDITH RAISSA PIZARRO ALFARO (FIRMA)
PERSONA FISICA, CPF-04-0178-0133. Fecha declarada: 25/01/2021 08:47 PM
Esta representación visual no es una fuente de confianza, valide siempre la firma.

Licda. Edith Raissa Pizarro Alfaro
Código 35554

Dedicatoria

A Dios mi fortaleza y mi escudo.

A mi madre Grace Fernández Ulloa quien con su amor, apoyo y trabajo me ayudó a lograr esta meta propuesta. A mis hermanos Andrés y Jessica a quienes amo.

A Diana Jiménez mi compañera en este viaje, por su amor, motivación y alegría. Te amo.

Daniel Cerdas Fernández

A Dios por ser la roca, en quien pongo mi confianza. Por darme la sabiduría y la fortaleza para salir adelante. Todo lo que soy y lo que tengo se lo debo a él.

A toda mi familia por su amor y motivación. En especial a mis padres Yolanda Coto y Manuel Jiménez, a quienes admiro por su resiliencia. Por ser mis guías en la vida, por cada uno de sus consejos y por inculcarme grandes valores; entre ellos la responsabilidad, el compromiso, el esfuerzo, la dedicación y la perseverancia para lograr cada una de las metas que me proponga. Los amo.

A mi compañero de tesis y de vida Daniel Cerdas, por ser mi ayuda incondicional en este proceso. Por creer en mí para culminar juntos y con éxito esta etapa académica y profesional. Por su cariño, compañía y ánimo.

Diana Jiménez Coto

Agradecimiento

Ambos agradecemos a nuestra Alma Mater, la Universidad de Costa Rica por darnos la oportunidad de estudiar en esta gran casa de enseñanza.

A los profesores de la carrera de Derecho y de los diversos cursos de generales que recibimos; por brindarnos una formación humanística y profesional y por todas las experiencias vividas, las cuales nos han hecho mejores seres humanos y comprometidos para brindar un trabajo de excelencia y calidad por y para las personas.

A nuestro Comité Asesor, al director de tesis Gonzalo Monge y a los lectores Karla Blanco, Román Solís y al profesor Rafael Segura Bonilla por su acompañamiento en este proyecto académico.

A cada una de las personas que a lo largo de estos años nos han alentado a seguir adelante y perseguir nuestras metas profesionales. Muchas gracias a todos y todas.

ÍNDICE GENERAL

Resumen.....	x
Ficha bibliográfica	xii
Introducción General	1
Justificación	1
Delimitación del Problema	5
Objetivo General	8
Objetivos específicos	8
Hipótesis	9
Metodología	9
Estructura.....	11
Título I: Aspectos técnicos relacionados con el estudio y utilización del ADN como prueba pericial.....	15
Capítulo I: Definición y generalidades de la molécula de ADN	15
Sección A: Aspectos básicos sobre la molécula de ADN	15
A. Antecedentes	16
B. Concepto de ADN	17
C. Estructura orgánica del ADN	19
D. Características generales	20
Sección B: Clasificación del ADN	21
A. Según su poder identificador.....	21
I. ADN mitocondrial	21
II. ADN nuclear.....	22
III. ADN del Cromosoma Y	23
B. Según su funcionalidad.....	23
I. Región codificante.....	23
II. Región no codificante.....	24
Sección C: Información obtenida de cada una de las regiones del ADN.....	25
A. Determinación de características fenotípicas y genotípicas.....	25
B. Marcadores genéticos de la región no codificante	27
I. Concepto.....	27
II. Estudio de los marcadores genéticos como técnica de identificación humana.....	28

Capítulo II: Utilización de la prueba pericial de ADN en la administración de justicia en Costa Rica	31
Sección A: Antecedentes.....	32
Sección B: Aplicaciones de la prueba científica de ADN	34
A. Materia de Familia.....	35
I. Investigación del origen biológico en los procesos de filiación	35
II. Identificación de cadáveres y personas desaparecidas	38
B. Materia penal	39
I. Identificación criminal.....	39
Sección C: Sujetos que intervienen en la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal	40
A. Sujetos activos	41
I. Autoridad judicial que solicita la prueba científica de ADN	41
I.I Organismo de Investigación Judicial:.....	41
I.II Ministerio Público:.....	43
I.III Juez de garantías	44
II. Perito competente para la toma de las muestras y la realización de la prueba de ADN	45
III. Abogado (a) defensor (a)	47
B. Sujetos pasivos	49
I. Víctima	50
II. Terceras personas	51
III. Imputado	52
Sección D: Fases de ejecución de la pericia de ADN con fines de identificación criminal	54
A. Toma de las muestras biológicas.....	54
I. Muestras dubitadas o indicios	55
II. Muestras indubitadas o de referencia	56
B. Análisis de las muestras biológicas y comparación de perfiles genéticos...60	
I. Análisis preliminar de identificación serológica	60
I.I Pruebas presuntivas u orientativas	60
I.II Pruebas confirmatorias o de certeza	61
I.III Pruebas específicas o de especie	61
II. Análisis molecular del ADN.....	61

II.I Extracción y purificación de ADN.....	62
II.II Cuantificación del ADN total	62
II.III Amplificación de marcadores genéticos (PCR).....	63
II. IV Separación y detección de los fragmentos amplificados	64
II.V Lectura e interpretación de los resultados obtenidos: asignación y comparación de perfiles genéticos.....	65
a. Pareo/no exclusión	66
b. Discriminación/exclusión	67
c. Indeterminado/no concluyente	67
II.VI Elaboración del dictamen criminalístico.....	67
Sección E: Valoración de la prueba pericial de ADN en el proceso penal.....	68
Título II: Bases de datos de perfiles de ADN forense y protección nacional e internacional de los datos genéticos	73
Capítulo I: Nociones generales de las bases de datos de perfiles de ADN de identificación forense	73
Sección A: Generalidades	75
A. Definición	76
B. Funcionamiento	78
C. Utilidades forenses	79
I. Investigaciones humanitarias: identificar personas desaparecidas o restos cadavéricos desconocidos	80
II. Investigaciones Criminales.....	81
II.I Vincular elementos de prueba de diversos delitos y generar nuevas líneas de investigación en casos pendientes.....	83
II.II Identificación personal de la evidencia para relacionar a un sospechoso conocido con una nueva investigación criminal	84
II.III Búsquedas familiares en el registro de sospechosos o condenados...85	
III. Aporte novedoso: Uso del ADN codificante para la búsqueda biogeográfica y la determinación de características físicas que orienten la investigación criminal o humanitaria	87
III.I Ascendencia biogeográfica o búsqueda genealógica	88
III.II Características físicas.....	90
Sección B: Base de datos genéticos para identificación criminal utilizada en Costa Rica (CODIS).....	90
A. Antecedentes sobre la adquisición del software CODIS	91

B. Fundamentación ideológica de la regulación actual de la base de datos de ADN utilizada por el Poder Judicial	95
C. Disposiciones reglamentarias de la Base de perfiles de ADN forense	102
I. Tipo de información del ADN que se almacena en el software CODIS.....	102
II. Ente responsable de la administración y custodia del Registro de Datos de Perfiles de ADN.....	104
III. Organización de la información.....	105
III. I Archivo de información personal.....	106
III. II Archivo de perfiles genéticos	106
a. Archivo para la identificación de personas desaparecidas y restos cadavéricos	107
b. Archivo penal.....	107
III. III Archivo de muestras biológicas	109
D. Procedimiento para incorporar y comparar perfiles genéticos en la Base de datos de ADN forense	116
Capítulo II: Tratamiento de los datos genéticos, en relación al Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	120
Sección A: Naturaleza de los Datos personales.....	122
A. Definición y surgimiento del derecho a la autodeterminación informativa.....	122
B. Clasificación de los datos personales	125
Sección B: Datos genéticos de naturaleza sensible	128
A. Concepto de datos genéticos.....	129
B. Protección de los datos genéticos en la normativa nacional.....	133
I. Ley 8968: Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales y su Reglamento ejecutivo n° 37554-JP	134
I.I Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (PRODHAB)	140
I.II Proyecto de ley 15.178: Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales	146
II. Proyecto de ley 17.486: Ley para la protección de la información de datos genéticos y proteómicos humanos.....	152
Sección C: Análisis sobre la competencia del Departamento de Ciencias Forenses para instaurar una base de datos genéticos con fines forenses.....	161
A. Ley 5524: Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial	162
I. Proyecto de ley No. 17.256: Reforma total a la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial n°5524 y sus reformas	169
B. Ley 6723: Ley del Registro y Archivos Judiciales	175

C. Ley 7202: Ley del Sistema Nacional de Archivos y su Reglamento ejecutivo N° 40554-C.....	176
Sección D: Instrumentos internacionales de Derechos Humanos relacionados con la protección de los datos personales y los datos genéticos sensibles	179
A. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.....	181
I. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos (1997).....	183
II. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003)..	184
III. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005)	186
IV. Resolución 2001/39 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre la privacidad y no discriminación (2001)	187
V. Recomendación sobre la Ciencia y los Investigadores Científicos.....	188
VI. Resolución 45/95 de la ONU sobre los principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales	188
B. Sistema Regional Interamericano	190
I. Principios y recomendaciones preliminares de la OEA sobre la protección de datos personales (2010).....	190
II. Informe del Comité Jurídico Interamericano de la OEA: Privacidad y protección de datos personales (2017)	193
C. Sistema Regional Europeo	194
I. Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la medicina y la biología	195
II. Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio 108) y su protocolo adicional relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos (1981).....	196
III. Recomendación No. 5 (97), del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre protección de datos médicos.....	197
IV. Recomendación N° 1 (92) sobre la utilización del análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la administración de justicia penal (1992).....	198
V. Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (2016)	199
D. Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL)	200
I. Red de comunicación de las Bases de datos policiales.....	200
II. Bases de datos internacional de perfiles de ADN	201

II.I Recomendaciones del Grupo de expertos en ADN	204
III. Protección especial de los datos personales almacenados en las bases de datos policiales.....	207
III.I Reglamento de INTERPOL sobre el tratamiento de datos	208
TÍTULO III: Análisis de la ilegitimidad del Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para identificación humana, con respecto a las exigencias establecidas en el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho de la Constitución	211
Capítulo I: Principios generales que las autoridades estatales deben cumplir para establecer una base de datos genéticos de uso forense	212
A. Principio de división de poderes.....	212
B. Principio de reserva de ley	215
C. Principio de legalidad	228
D. Principio de la proporcionalidad	230
E. Principio de control o reserva judicial	236
F. Principio de No uso del ADN codificante	244
Capítulo II: Derechos fundamentales relacionados con la protección de los datos genéticos y las muestras biológicas, que han sido vulnerados por la falta de una legislación para crear e implementar una base de datos de ADN forense	246
A. Derecho la dignidad humana.....	247
B. Derecho de la identidad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad	256
C. Derecho a la intimidad genética	259
D. Derecho a la protección de los datos personales.....	267
a. Derechos integrantes del derecho a la autodeterminación informativa	273
I. Limitación en el tratamiento de los datos personales.....	274
II. Consentimiento informado	277
II. I Derecho a consentir la transferencia de sus datos personales.....	287
II. II Derecho a la eliminación o revocación del consentimiento.....	290
III. Derecho a la calidad de la información	292
IV. Derecho a la seguridad de los datos personales	294
V. Derecho de Acceso a la información	299
VI. Derecho a la rectificación de los datos personales.....	302
VII. Derecho a la supresión o eliminación de los datos personales	303

Capítulo III: Requisitos que deben observar los Estados para elaborar una legislación proporcional que regule la base de datos genéticos de uso forense; en contraste con las disposiciones del Reglamento administrativo aprobado por la Corte Plena del Poder Judicial.....	307
A. Finalidad de la creación	309
B. Delimitación subjetiva.....	312
I. Sujeto activo.....	313
II. Sujetos pasivos en Investigaciones criminales.....	314
C. Delimitación objetiva: tipos de conductas delictivas que serán merecedores de inclusión en la base de datos de ADN.....	321
D. Criterios de incorporación, permanencia y eliminación de los perfiles genéticos y las muestras biológicas.....	329
E. Modelo de funcionamiento	335
I. Ente responsable de la administración, desarrollo y utilización.....	336
II. Ente supervisor del cumplimiento de las normas de protección de datos en el funcionamiento	337
F. Posibles sanciones en caso de manipulación o utilización indebida de los datos sensibles y las muestras biológicas.....	340
TÍTULO IV: Análisis de Derecho Comparado.....	342
Capítulo I: Regulación en Países Latinoamericanos.....	342
Sección A: Chile	343
Sección B: Panamá	349
Sección C: Uruguay.....	354
Capítulo II: Regulación en el país europeo	358
Sección A: España	358
Conclusiones.....	364
Bibliografía	376
Anexos	396

Resumen

La presente investigación pretende analizar el Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, emitido en el año 2011 por Corte Plena del Poder Judicial, mediante el cual se crea y regula el funcionamiento de la base de datos de perfiles genéticos implementada por el Departamento de Ciencias Forenses del OIJ. Con el fin de hacer un estudio crítico de la normativa, a la luz de los principios y criterios jurídicos establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en conjunto con la legislación nacional. En ocasión de las restricciones a derechos fundamentales de los sujetos involucrados, que conlleva la aplicación de este aporte tecnológico en la identificación forense.

Con esta investigación se pretende demostrar que dicho reglamento administrativo, es una disposición de carácter infralegal que, al limitar derechos fundamentales de los titulares de los datos genéticos, contraviene diversos principios de gran relevancia, entre ellos el Principio Constitucional de Reserva de Ley. En ocasión de lo anterior, se tiene como objetivo analizar la constitucionalidad y convencionalidad esta normativa, en razón de las limitaciones que establece al ejercicio de derechos fundamentales de las personas titulares de los datos genéticos, sujetos a un proceso penal y humanitario.

Para lo cual, se utilizará el método deductivo con la finalidad de analizar la legitimidad del Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana. Por ello, se inferirá de los conceptos doctrinarios generales, ideas particulares aplicables al objeto de estudio, a través de una técnica de tipo descriptiva al estudiar diversas fuentes doctrinarias nacionales e internacionales. Además, de disposiciones normativas de índole nacional e instrumentos internacionales de Derechos Humanos relacionados con el tratamiento de los datos genéticos humanos de carácter sensible. Así como jurisprudencia doméstica, internacional y opiniones consultivas. Se elaborará una investigación de campo en la que se procederá a entrevistar a profesionales en Microbiología y Derecho. Con la finalidad de obtener un acercamiento a la operación de la base de datos de ADN del Poder Judicial. También, mediante el método análogo-comparativo se examinará el ordenamiento jurídico de distintos países, en relación con la utilización del ADN como un medio de prueba pericial al servicio de la administración de justicia y la tutela especial de los datos genéticos tratados en las bases de perfiles de ADN forense.

Entre las conclusiones más importantes, se encuentran las siguientes:

- I. Los datos genéticos obtenidos de la región no codificante del ADN, son de carácter sensible, pues revelan la conformación del genoma humano de una persona y sus familiares, por ser parte del patrón hereditario. Siendo que, los perfiles genéticos no son meros códigos alfanuméricos, por el contrario, determinan la identidad, sexo y vínculos familiares del individuo. Por esto, su recolección, conservación y tratamiento automatizado debe gozar de tutela especial y rigurosa por el ordenamiento jurídico costarricense.
- II. El tratamiento automatizado de los perfiles de ADN en bases de datos con fines forenses debe realizarse con el consentimiento expreso e informado del titular. En caso contrario, resulta necesario que una disposición de rango legal permita que los perfiles genéticos obtenidos producto de una investigación sean ingresados y procesados posteriormente con diversos fines. Sin embargo, el Departamento de Ciencias Forenses del OIJ no cuenta con la competencia legal necesaria para administrar la base de datos genéticos en cuestión, ni para decidir sobre su finalidad y el tipo de tratamiento se aplicará sobre este tipo de datos personales.
- III. La base de datos de ADN no puede catalogarse como uno de los archivos policiales que son gestionados y custodiados por el Archivo Criminal del OIJ, en razón de la naturaleza de la información procesada. Además, debido a que los datos almacenados no pertenecen solo a imputados, también incluye información de víctimas de delitos, las personas desaparecidas, sus familiares biológicos y los funcionarios del OIJ. Siendo así, su finalidad no se limita únicamente a la identificación criminal, pues tiene diversas utilidades forenses.
- IV. El Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, no es la normativa idónea para autorizar las diligencias de recolección, almacenamiento, conservación, tratamiento y transferencia de los datos genéticos sensibles y las muestras biológicas humanas, con fines forenses. Es necesario que el ordenamiento jurídico costarricense cuente con una norma de rango legal, acorde con el Principio Constitucional de Reserva de Ley.

Ficha bibliográfica

Cerdas Fernández, Daniel y Jiménez Coto, Diana. *Reglamento de registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana: una restricción ilegítima a los derechos fundamentales del titular de los datos genéticos, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comparado*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2021. xii. 418.

Director: M. Sc. Gonzalo Monge Núñez.

Palabras claves: bases de datos de perfiles de ADN forense, sistema de índice combinado de ADN (CODIS), Poder Judicial, identificación humana, genética forense, datos personales, datos sensibles, datos genéticos, muestras biológicas, derechos humanos, derechos fundamentales, dignidad humana, autodeterminación informativa, intimidad genética, identidad personal, Reglamento de registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, Declaración internacional sobre los datos genéticos humanos.

Introducción

Justificación

En la actualidad los avances científicos y las aplicaciones tecnológicas han sido utilizadas por el ser humano para satisfacer grandes necesidades sociales y legales. En el ámbito legal una de ellas ha sido que las autoridades judiciales encargadas de la persecución e investigación criminal, puedan determinar con un grado de certeza, la identidad de los sujetos responsables de cometer un hecho delictivo, con la finalidad de sancionar las conductas que se consideran reprochables en un Estado.

Uno de los grandes avances científicos del siglo XX de la criminalística y la genética forense, que se ha utilizado en los procesos penales con la finalidad de lograr la identificación criminal, ha sido la prueba científica del ADN. Los científicos forenses lograron determinar que de las muestras o fluidos biológicos que son hallados en las escenas del crimen o en el cuerpo de la víctima (muestra dubitada), se puede extraer el ADN contenido en ellos, con la finalidad de analizar las regiones hipervariables de su estructura no codificante y obtener un código genético que es único en cada individuo (excepto en los gemelos idénticos).

Los peritos expertos realizan una comparación entre esa información y el perfil genético que se extrae de las muestras de ADN que se toman directamente del cuerpo del imputado o víctima (muestras indubitadas) y se pueden obtener dos resultados, ya sea el descarte o la coincidencia. El descarte se da cuando se determina que el perfil genético de muestra biológica dubitada no pertenece al sujeto de referencia. Mientras que la coincidencia se da cuando se logra identificar con un alto grado de fiabilidad como la persona a la cual le pertenece el fluido biológico hallado. De esta forma sirve como prueba indiciaria en el proceso penal para establecer una conexión entre distintos delitos o escenas del crimen o entre el lugar del delito y el imputado o el lugar del delito y la víctima.¹

¹ María Victoria Álvarez Buján, “Prueba de ADN, bases de datos genéticos y proceso penal: panorama normativo en España y Portugal”, Revista Derecho 24, No. 2, (2015), consultado 10 de agosto, 2019, <https://www.usc.gal/revistas/index.php/dereito/article/view/2802/3220>

Luego de constatar los beneficios de esta pericia científica, surge la necesidad de crear un sistema computacional que les permitiera a las autoridades judiciales almacenar y utilizar la información genética obtenida en el marco de un proceso penal, para realizar comparaciones sistemáticas entre esta información y la que se logre obtener en diversas investigaciones penales; con la finalidad de acelerar la tarea de la identificación criminal y la consecuente resolución de los casos. Por esta razón, es que las autoridades judiciales de grandes países como Reino Unido, Nueva Zelanda, Francia y Estados Unidos, empezaron a utilizar las llamadas bases de datos de genéticos, como un instrumento científico y objetivo al servicio de la administración de justicia, en donde se registran los perfiles genéticos obtenidos a partir de los análisis de las muestras biológicas de los sujetos que son parte en las investigaciones penales (víctima e imputado). Así, como también se almacenan los perfiles de ADN que se obtienen de las evidencias recolectadas en las diversas escenas del crimen y los perfiles genéticos de las víctimas de desastres naturales o personas desaparecidas y sus familiares biológicos.

Estas bases de datos genéticos se utilizan en gran cantidad de países y son de gran importancia en el marco de las investigaciones nacionales e internacionales, pues se puede realizar un intercambio de la información contenida en las mismas con diversas autoridades policiales de diversas localidades de un Estado e incluso puede ser compartida con autoridades judiciales de terceros países.

Pero el surgimiento de este nuevo tipo de tecnología de identificación y consecuentes actividades de manipulación y almacenamiento de las muestras biológicas y los perfiles de ADN, ha suscitado grandes cuestionamientos éticos y jurídicos. Esto pues se considera que esta técnica de investigación criminalística que se ha empezado a utilizar justificándose en la seguridad y eficiencia de un Estado; provoca una gran afectación en la esfera de los derechos fundamentales de las personas titulares de la información genética que se almacena en estas bases de datos genéticos. Al respecto María Casado señala

Dado que el ADN contiene la información genética de cada persona y permite distinguirla del resto de individuos (y, a la vez que lo distingue, esa misma información lo inserta en relaciones familiares biológicas), los análisis genéticos afectan a derechos fundamentales reconocidos

y entran en juego valores que hacen que el uso de esta información deba estar supeditado a vías de control democrático y vigilancia en la aplicación del Derecho. En este sentido, los problemas que genera la utilización de muestras de ADN trascienden la estricta órbita personal convirtiéndose en un problema de gran incidencia social, en el cual lo legal y lo ético se entremezclan, (...) pues la potencialidad de los datos asociados a muestras biológicas almacenadas en biobancos es exponencial y según el uso al que se destinen, puede conllevar problemas jurídicos y bioéticos de gran envergadura.²

Algunos derechos de gran relevancia que se ven vulnerados con la utilización de este avance tecnológico son: el derecho a la dignidad humana, el derecho a la no discriminación en razón de la información genética, el derecho a la identidad personal, el derecho a la autonomía, el derecho a la intimidad de los datos genéticos y las muestras biológicas, derecho a la protección de los datos personales o autodeterminación informativa, el derecho a no declarar contra sí mismo, la presunción de inocencia, entre otros.³

El Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho de la Constitución, han determinado que los derechos fundamentales al no ser absolutos pueden soportar limitaciones; pero es necesario que estas restricciones cumplan con una serie de principios universales para considerarse acordes con el respecto a la dignidad humana. Dos de los principios más importantes son los siguientes:

El principio de reserva de ley, puesto que se debe de establecer la justificación de la creación de una base de datos de ADN y la limitación a los derechos fundamentales de los titulares de la información genética, en el contenido de una ley formal, la cual deberá de ser adecuada y dictada por un órgano competente.

El principio de proporcionalidad, pues las regulaciones legales que se realicen respecto a las bases de datos de identificación criminal deben tratar de establecer un equilibrio proporcional entre los intereses individuales y sociales. Las personas tienen

² María Casado y Margarita Guillen, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos: Reflexiones bioética-jurídicas sobre el uso de muestras, perfiles, datos y bancos de ADN*, (Barcelona, España: Publicaciones y Editoriales de la Universidad de Barcelona, 2014), 15.

³ *Ibid.*, 13-14.

derecho a controlar el flujo de su información personal, conocer los alcances de la misma e incluso autorizar por medio del consentimiento informado la inclusión de su información genética en una base de datos de ADN. Pero estos derechos al no ser absolutos pueden ser restringidos en forma justa y proporcional mediante la creación de una ley, que establezca las razones de interés social que deben primar por sobre los intereses personales y los casos particulares en los que se aplicará esta medida de investigación, para evitar abusos de las autoridades públicas.⁴

De esta manera, a nivel internacional se han creado instrumentos internacionales específicos para regular esta materia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos (1997), la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003) y Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005). Estos instrumentos internacionales detallan que cuando los Estados con la finalidad de investigar, descubrir y enjuiciar delitos penales o con fines humanitarios, realicen actividades de la recolección, tratamiento, utilización y conservación de las muestras de ADN y los datos genéticos de las personas; están obligados a crear leyes, reglamentos y políticas proporcionales para limitar los derechos fundamentales de los titulares de los datos genéticos. Pues al considerarlos como datos sensibles y de especial protección, los Estados deben elaborar legislaciones internas compatibles a la dignidad humana y los instrumentos internacionales, ya que esas actividades generan riesgos para los derechos humanos.

En el caso de Costa Rica, desde el año 2012 se cuenta oficialmente con una base de datos de perfiles de ADN con fines de identificación criminal que fue donada por el F.B.I. y que es utilizada por Sección de Genética Forense de la Unidad de Bioquímica Forense del Organismo de Investigación Judicial. La misma está regulada por un reglamento administrativo que emitió en el año 2011 la Corte Plena del Poder Judicial (Acta N° 25-2011, artículo XXV) y en su contenido se desarrollan aspectos como la creación de la base, el órgano encargado de administrarla y la manera en la que se han de dar las tareas de recolección, inscripción, almacenamiento, conservación y tratamiento de las muestras de ADN y de los identificadores de ADN

⁴ Laura Adriana Alvarellos, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, (Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009), 73-74.

que se obtienen a partir de las pruebas periciales de ADN que se realizan a los sujetos que interviene en un proceso penal.

En este contexto surge la motivación de la presente investigación, pues se pretende analizar si la normativa con la que cuenta el país para crear, regular y utilizar este gran avance tecnológico, se puede considerar acorde con lo establecido en los instrumentos internacionales supra citados o si por el contrario es una restricción ilegítima que no es compatible con la dignidad humana, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la legislación nacional, respecto a la manera conforme a Derecho en la que deben de realizarse las limitaciones de las garantías fundamentales de los sujetos titulares de los datos genéticos.

Por ello, con la realización de este trabajo final de graduación, se pretende hacer un estudio crítico de la realidad que apremia y a la vez brindar una solución jurídica a las falencias que presenta la normativa reglamentaria que fue emitida por el Poder Judicial para crear y regular la base de datos de perfiles de ADN para la identificación criminal.

Por lo tanto, se realizará un aporte a la sociedad costarricense y al Derecho, con la finalidad de contar con una regulación dictada por el Poder Legislativo, que cumpla con los principios, criterios y los lineamientos básicos que el Derecho Internacional ha determinado que el Estado costarricense debe de cumplir para utilizar una base de datos de ADN de uso forense a escala nacional e incluso internacional. Todo ello con el propósito de aprovechar este avance científico-técnico y a la vez garantizar la protección de la información sensible que contiene el ADN y las muestras biológicas que se extraen a los sujetos que son parte en los procesos penales y humanitarios.

Delimitación del Problema

En Costa Rica a raíz de la promulgación de la Ley 8968 (Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales), se reconocieron en el ordenamiento jurídico costarricense, una serie de principios, derechos y garantías que le permiten al individuo controlar el tratamiento de los datos correspondientes a su

persona o sus bienes. Para ello, en la Ley 8968 se establecieron distintas formas de clasificar los datos personales y se le proporcionó a cada uno de ellos diversos rangos de tutela en cuanto a su tratamiento. Lo anterior, dependiendo de la incidencia que dicha información tenga en la esfera íntima de la persona física identificada o identificable.

Dentro de esta clasificación de los datos personales, se establece la categoría especial de los “datos sensibles”, como aquella con mayor rango de protección. Estos se encuentran definidos en el artículo tercero de la Ley 8968, como “la información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que den el origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros”.⁵

En cuanto al tratamiento de estos datos sensibles, se establece como regla general que su tratamiento se encuentra prohibido, ya que según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 8968, ninguna persona está obligada a suministrarlos. Sin embargo, en este mismo artículo, se reconoce que excepcionalmente esta prohibición del tratamiento no aplicará en diversos supuestos, uno de los cuales es cuando estos datos sensibles se hayan hecho públicos por la persona interesada o que los mismos sean necesarios para el reconocimiento, el ejercicio o la defensa de un derecho en un procedimiento judicial. Es decir, la Ley 8968 reconoce que, en los procesos judiciales, de forma excepcional se puede realizar el tratamiento de los datos de carácter sensible relativos a la salud, incluida en esta categoría la información genética.

De igual manera, según se establece en el artículo 8 de la Ley 8968, cuando se persiga la finalidad de “la prevención, persecución, investigación, detención y represión de las infracciones penales”, se puede limitar el ejercicio de los derechos, garantías y principios protegidos en dicha ley, respecto a la disposición de los datos personales incluyendo los de carácter sensible. Lo anterior, siempre que de manera justa y razonable, tal y como lo indica el artículo 14 del Reglamento n°37554-JP (Reglamento a la ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos

⁵ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011), SINALEVI (consultado 22 de junio, 2019).

personales), se establezca mediante una ley especial aplicable a la materia, los casos y los alcances en los que se pueden dar dichas restricciones.

Sumado a lo anterior, instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, otorgan el carácter de sensibles y confidenciales a los datos genéticos y las muestras biológicas. Asimismo, manifiestan la necesidad de brindarles un nivel de tutela jurídica adecuado en cuanto a su recolección, tratamiento, utilización y conservación.

También, establecen que los Derechos Humanos reconocidos en esas disposiciones podrán ser limitados cuando se pretenda investigar, descubrir y enjuiciar delitos en un Estado y determina que dicha restricción se debe de establecer mediante una ley formal emanada de un órgano competente, la cual deberá de ser compatible con el Derecho Internacional relativo a los Derechos Humanos.

Sin embargo, a pesar de lo establecido tanto en la Ley 8968, su correspondiente reglamento y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos anteriormente indicados; la Corte Plena del Poder Judicial, en sesión número 025-11, del 1 de agosto de 2011, emitió el Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana. Con el objetivo de regular la administración y manejo del conjunto estructurado de archivos que conforman la base de datos de uso forense, en la que se permite el almacenamiento y tratamiento las muestras de ADN, los datos genéticos sensibles y la información personal de los imputados, las víctimas y los familiares de personas desaparecidas.

Por este motivo, surge la problemática de si la emisión y la puesta en práctica del acta N° 25-2011 de Corte Plena, limita de manera legítima el goce de derechos fundamentales relativos a los datos genéticos de carácter sensible de las personas intervinientes dentro del proceso penal -imputados y víctimas- y en las investigaciones humanitarias -familiares biológicos de personas desaparecidas-.

Objetivo General

- Analizar la constitucionalidad y convencionalidad del acta No. 025-2011 (Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana); con ocasión de la limitación a los derechos fundamentales que significa para los titulares de los datos genéticos y las muestras biológicas, intervinientes dentro del proceso penal y humanitario.

Objetivos específicos

- Conceptualizar los aspectos técnicos relacionados con el estudio y utilización del ADN como prueba pericial en los procesos judiciales.
- Desarrollar los antecedentes históricos y utilidades forenses de las bases de datos de perfiles de ADN con fines de identificación criminal y humanitaria.
- Detallar el sistema de índice combinado de ADN (CODIS) que utiliza la Unidad de Genética Forense de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial de Costa Rica.
- Examinar el tratamiento y la protección de los datos genéticos como datos de carácter sensible, en relación con el Derecho de la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.
- Demostrar la ilegitimidad del acta No. 025-2011 (Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana) emitida por Corte Plena, por tratarse de una norma de rango infralegal que es incompatible con los lineamientos básicos establecidos por el Derecho Internacional relativo a los Derechos Humanos.
- Indicar los derechos fundamentales de los titulares de las muestras de ADN y los datos genéticos, que se encuentran limitados de forma injusta y desproporcionada en el acta No. 025-2011 (Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana).

- Contrastar el desarrollo normativo de otros Estados en cuanto a la protección de los datos genéticos y la creación de una ley compatible con el Derecho Internacional Derechos Humanos, para regular sus Bases de Datos de perfiles ADN de índole criminal y humanitaria.

Hipótesis

- Con esta investigación se pretende demostrar que el acta N° 025-2011 emitida por la Corte Plena del Poder Judicial, mediante la cual se dicta el reglamento que crea y regula el manejo de la base de datos de perfiles genéticos, utilizada por el Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del O.I.J para la identificación humana; es una disposición de carácter infralegal, que al limitar derechos fundamentales de los titulares de los datos genéticos, contraviene el Principio de Reserva de Ley por tratarse de materia odiosa. Por lo tanto, resulta incompatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de la Constitución.

Metodología

En la presente investigación se utilizará el método deductivo con la finalidad de analizar la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales de los titulares de los datos genéticos que se han establecido por el Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana; por ello se inferirá de los conceptos doctrinarios generales, ideas particulares aplicables al objeto de estudio, es decir se realizará una técnica de tipo descriptiva al estudiar las características, evolución, aplicación y práctica forense de las bases de datos de perfiles genéticos de índole criminal; a través de diversas fuentes doctrinarias nacionales e internacionales, tales como libros, artículos de revistas jurídicas, bases de datos académicas y trabajos finales de graduación.

Además, de disposiciones normativas de índole nacional, así como tratados internacionales relativos a los Derechos Humanos y también a los datos genéticos humanos. Asimismo, se pretende estudiar jurisprudencia de la Sala Tercera y Sala

Constitucional de Corte Suprema de Justicia; al igual que jurisprudencia internacional y opiniones consultivas de distintos órganos judiciales internacionales en materia de Derechos Humanos, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

También, utilizando este método deductivo se elaborará una investigación de campo en la que se procederá a entrevistar a profesionales en Derecho y Microbiología, que laboran respectivamente en la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes y el Departamento de Ciencias Forenses del OIJ. Con la finalidad de obtener un acercamiento a la operación de la base de datos de ADN del Poder Judicial, en los procesos penales y humanitarios; así como su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales y garantías procesales de los titulares de los datos genéticos.

Asimismo, se utilizará un método de investigación análogo-comparativo, ya que se examinará la legislación especial con la que cuentan distintos países de la región latinoamericana tales como Chile, Uruguay y Panamá. Propiamente la legislación en materia de utilización del ADN como un medio de prueba en el proceso penal, la protección de los datos personales incluidos dentro de estos los datos genéticos como de carácter sensible y la legislación mediante la cual se creó y reguló la utilización de las bases de datos de ADN de identificación criminal (que utilizan el sistema de índice combinado: CODIS) que son empleadas por las autoridades policiales, fiscales y judiciales de cada país.

De igual manera, del continente europeo se estudiará el caso de España, cuyo ordenamiento jurídico cuenta con un amplio desarrollo con respecto al derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y su incidencia en los datos genéticos. Todo ello con el fin de comparar estas regulaciones foráneas con la regulación reglamentaria actual de la base de datos de ADN del Departamento de Ciencias Forenses en Costa Rica, para detectar las falencias existentes en la misma y detallar la necesidad de un cambio normativo.

Finalmente, se utilizará el método sistemático, ya que una vez obtenida la totalidad de los datos recabados de las fuentes bibliográficas, la normativa, la jurisprudencia y de las entrevistas practicadas, se ordenará la información de manera

que se pueda demostrar las relaciones y las dependencias entre las partes que forman la totalidad del objeto de estudio.

Estructura

La presente investigación se compone de cuatro títulos. Mediante los cuales se desarrollan los objetivos planteados. De esta manera, este estudio se estructura de la siguiente manera.

El Título I, denominado “Aspectos técnicos relacionados con el estudio y utilización del ADN como prueba pericial”, está compuesto por dos capítulos. El Capítulo I, “Definición y generalidades de la molécula de ADN” cuenta con tres secciones. En la primera sección titulada “Aspectos básicos sobre la molécula de ADN” se exponen antecedentes relevantes en el descubrimiento y estudio del ADN. Asimismo, se realiza una conceptualización de esta molécula y se explica de manera breve, su estructura y funcionalidades.

En la segunda sección nombrada “Clasificación del ADN”, se abordan dos clasificaciones didácticas que pretenden facilitar el estudio del ADN y las aplicaciones que tiene. Lo anterior, según su poder identificatorio y su funcionalidad. En la tercera sección, denominada “Información obtenida de cada una de las regiones del ADN”, se indica cuáles son los datos de las personas que puede extraerse de cada una de las partes del ADN enunciadas en la sección anterior.

El Capítulo II denominado “Utilización de la prueba pericial de ADN en la administración de justicia en Costa Rica”, está dividido en seis secciones. La primera sección “Antecedentes”, establece el desarrollo histórico que ha tenido la utilización de los análisis comparativos de ADN como prueba pericial, desde su implementación hasta sus aplicaciones en la actualidad. En la segunda sección nombrada “Aplicaciones de la prueba científica de ADN”, se aborda con mayor detalle cada uno de los usos forenses de esta prueba pericial, según las distintas materias del Derecho en las que resulta de utilidad.

En la tercera sección, “Sujetos que intervienen en la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal”, se exponen los distintos sujetos intervinientes

en la realización de la prueba científica. Clasificando cada uno de ellos, de conformidad con su rol activo o pasivo en la práctica de la pericia. La cuarta sección denominada “Fases de ejecución de la pericia de ADN con fines de identificación criminal”, aborda los aspectos técnicos de la realización de la prueba pericial de ADN, así como cada una de las etapas que componen este análisis. La quinta sección de este capítulo, aborda criterios mediante los cuales realizar una adecuada valoración de la prueba pericial de ADN, en el contexto de un proceso penal.

El Título II se denomina, “Bases de datos de perfiles de ADN forense y protección nacional e internacional de los datos genéticos”, el cual aborda el manejo de las bases de datos y el tratamiento de los datos genéticos allí contenidos. Se encuentra conformado por dos capítulos. El Capítulo I, “Nociones generales de las bases de datos de perfiles de ADN de identificación forense” aborda con mayor detalle la definición, funcionamiento y utilidades forenses de las bases de datos de perfiles genéticos. Para ello, en la sección primera denominada “Generalidades” se da una aproximación a las diversas utilidades humanitarias y criminales de las bases de datos de ADN. Mientras que, en la segunda sección denominada “Base de datos genéticos para identificación forense utilizada en Costa Rica (CODIS)”, se establecen los antecedentes históricos de la adquisición de la base de datos y la motivación por parte de las autoridades judiciales para su actual regulación y utilización en procesos judiciales.

El Capítulo II se denomina “Tratamiento de los datos genéticos, relación al Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Mismo que se compone de cuatro secciones. En la primera sección, se realiza una exposición de la “Naturaleza de los datos personales”. En la cual se brinda una definición de los mismos, así como una clasificación doctrinaria de los distintos tipos de datos personales.

En la segunda sección, se hace énfasis en los datos genéticos como información personal de naturaleza sensible. A partir de la doctrina y la normativa nacional en materia de protección de datos personales. Asimismo, se realiza un análisis normativo con el fin de establecer la competencia legal para la instauración de una base de datos de ADN con fines forenses, por parte del Departamento de Ciencias Forenses del OIJ. Posteriormente, se exponen las disposiciones

establecidas por los principales instrumentos internacionales y regionales en materia de Derechos Humanos, sobre el debido tratamiento de los datos genéticos por parte de las autoridades estatales.

El Título III se denomina, “Análisis de la ilegitimidad del Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para identificación humana, con respecto a las exigencias establecidas en el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho de la Constitución”, en el cual se realiza el análisis sobre la constitucionalidad de la norma de carácter administrativa que regula el uso de la base de datos de ADN forense y el tratamiento de los datos personales genéticos allí contenidos. Lo anterior, a la luz de las disposiciones abordadas en el apartado anterior.

Este título se encuentra compuesto por tres capítulos. El Capítulo I denominado “Principios generales que las autoridades gubernamentales deben cumplir para establecer una base de datos genéticos de uso forense”, aborda los principios constitucionales que deben regir la normativa en relación al uso de la base de datos de ADN objeto de estudio. El Capítulo II expone los derechos fundamentales que se ven vulnerados en ocasión de la falta de una legislación para crear e implementar la base de datos de ADN objeto de estudio y el correspondiente tratamiento automatizado de los datos personales de carácter sensible y las muestras biológicas.

El Capítulo III, “Requisitos que deben observar los Estados para elaborar una legislación proporcional que regule la base de datos genéticos de uso forense; en contraste con las disposiciones del Reglamento administrativo aprobado por la Corte Plena del Poder Judicial”, aborda los principales criterios técnicos que deben contemplarse para la confección de esta norma en forma proporcional. Lo anterior, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

El Título IV, denominado “Análisis de Derecho Comparado” realiza una exposición de la normativa sobre la protección de los datos genéticos de las personas intervinientes en el contexto de un proceso penal en distintos ordenamientos jurídicos extranjeros, que cuentan con una regulación acorde las exigencias del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Este título se compone de dos capítulos.

El Capítulo I contempla la legislación interna de tres países de la región latinoamericana -Chile, Uruguay y Panamá-. Los cuales utilizan el software CODIS

para la implementación de la base de datos de ADN forense y contemplan una ley especial para regular el manejo y tratamiento de los datos genéticos almacenados y las muestras biológicas, dentro de una investigación penal. Asimismo, el Capítulo II aborda la legislación española en materia de protección de datos y su regulación con respecto a las bases de datos de ADN con fines de identificación criminal y la disposición de los perfiles genéticos.

Finalmente, se encuentran las conclusiones a las que se llega con la presente investigación.

Título I: Aspectos técnicos relacionados con el estudio y utilización del ADN como prueba pericial

En este título se abordan aspectos teóricos y prácticos relacionados con el surgimiento y uso científico que se le ha dado a la molécula de ADN presente en las células humanas; con la finalidad de lograr la individualización humana y coadyuvar en la resolución de investigaciones judiciales.

Capítulo I: Definición y generalidades de la molécula de ADN

Este capítulo está dirigido a exponer nociones generales sobre la molécula de ADN. Se realiza un desarrollo histórico de los aportes realizados por diversos científicos, para el descubrimiento de esta técnica de análisis de ADN y su uso en las Ciencias Forenses para la identificación humana. También, se precisa sobre conceptos relevantes relacionados con esta molécula, su estructura funcional y características principales.

Asimismo, se enuncian distintas clasificaciones del ADN, según su poder identificador y su funcionalidad. Así como la información que se puede extraer de la molécula y los datos que brinda sobre los individuos.

Se hace especial hincapié en la información genética que se extrae del material biológico al momento del análisis de ADN. Indicando su relevancia y capacidad para la determinación de las características genotípicas, fenotípicas y la obtención de marcadores genéticos o zonas polimórficas, mediante las cuales se logra la individualización humana.

Sección A: Aspectos básicos sobre la molécula de ADN

En esta sección, se realiza una breve reseña histórica de las investigaciones científicas que conllevaron a la utilización del ADN como una técnica de identificación

humana. Se enfoca así, en el estudio de esta molécula para comprender su funcionalidad, estructura orgánica, así como los distintos tipos de ADN que existen dentro de las células de los seres vivos.

Una vez detallado lo anterior, se desarrollan los datos que de acuerdo con el conocimiento y tecnología actual, es posible extraer de las distintas regiones de la molécula de ADN de un individuo. Esto para entender el motivo por el cual a través del tiempo se fue utilizando de una manera cada vez más compleja, el análisis de ADN como una técnica de identificación en el ámbito forense.

A. Antecedentes

Desde el año 1853 con la obra *El Origen de las Especies* de Charles Darwin, comenzaron las investigaciones para descubrir las reglas que determinan la herencia entre los individuos de una especie. Sin embargo, en ese momento no se logró descubrir la manera en la que se regía la herencia.⁶

Fue hasta el año de 1865, con el monje austriaco Gregor Mendel, que se iniciaron las investigaciones para descubrir la manera en que se dan los fenómenos de la herencia. Para esto Mendel “cultivó plantas ornamentales, incluyendo los chícharos de color, seleccionó dos clases diferentes de chícharos o guisantes perteneciente a variedades puras, capaces de replicar los mismos rasgos después de varias autofertilizaciones y los cruzó, descubriendo así que los productos del cruzamiento no son necesariamente intermedios entre las especies paternas”.⁷ Por lo que tras sus estudios, Mendel principalmente concluyó que los caracteres hereditarios se encuentran controlados por unidades invisibles que pasan inalterados de generación en generación, denominados genes.⁸

En el año de 1869, el suizo Friedrich Miescher estudió el ADN, denominándolo nucleína. Esto debido a su participación en el núcleo celular. No obstante, se dice que

⁶ Jaime Robleto Gutiérrez, “*El A.D.N. y su importancia en la investigación criminalística*”, *Revista de Ciencias Penales*. No.18 (2000): 79

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

la genética propiamente dicha, nace con el redescubrimiento de los estudios de Gregor Mendel por parte de Hugo de Vries en Holanda, Carl Correns en Alemania y Erick Tschemark en Austria, en el año de 1900.⁹

En 1903, Walter Sutton establece en la Teoría Cromosómica de la Herencia, que los segmentos del ADN denominados cromosomas, eran los portadores físicos de las unidades de herencia. En el año de 1953, los biólogos James Watson y Francis Crick, descubrieron la estructura molecular del ácido desoxirribonucleico. Indicando que la misma constaba de dos lados formados por tiras o hélices enroscadas una alrededor de la otra, que contienen unidades de azúcar y fosfato como peldaños de por medio. Estos peldaños están formados por un par de bases, adenina y timina o citosina y guanina y estos pares se encuentran unidos a través de puentes de hidrógeno.¹⁰ Este descubrimiento les valió la obtención en ese año de los premios Nobel en Medicina y Fisiología.¹¹ Esto debido a que facilitó el entendimiento sobre el mecanismo mediante el cual se transmiten las características de los seres vivos.

Siguiendo con los antecedentes en el descubrimiento del ADN, es importante mencionar el aporte de Maurice H.F. Wilkins, el cual a través de la aplicación de rayos X a muestras de ADN logró obtener imágenes de átomos ordenados, repetidos o dispuestos en la estructura retorcida de la molécula. Revelando que el ADN es una de las moléculas conocidas más grandes y complejas.¹²

B. Concepto de ADN

Para analizar las implicaciones jurídicas de la manipulación de los datos personales derivados de la composición genética de los sujetos intervinientes dentro

⁹ Jaime Robleto Gutiérrez, “El A.D.N. y su importancia en la investigación criminalística”, Revista de Ciencias Penales. No.18 (2000): 79.

¹⁰ Ibid., 80.

¹¹ Rosaura Chinchilla Calderón y Rosaura García Aguilar, *Bases de datos de ADN y genética forense*, (San José, Costa Rica: IJSA, 2009), 37.

¹² Robleto Gutiérrez, 80.

de un proceso penal y humanitario; resulta necesario definir el concepto de ácido desoxirribonucleico (ADN).

Todos los seres vivos, están conformados por células, las cuales son la unidad tanto funcional como estructural más básica de los seres vivos. Dentro de la célula se encuentra ADN en dos organelas distintas. “La mayor parte se encuentra localizada en el núcleo. Otra fuente de ADN se encuentra en las mitocondrias ubicadas en el citoplasma”.¹³ A la primera de ellas se le denomina ADN nuclear, mientras que a la otra ADN mitocondrial.

El ADN se puede definir como “el compuesto más importante del ser vivo, ya que constituye el depósito fundamental de información genética, pues es la sustancia bioquímica encargada de transmitir las características genéticas y de regular la vida de las diferentes especies”.¹⁴ Pues el ADN contiene la información genética de la persona, así como de su ascendencia y descendencia. Siendo una función de esta molécula el regular la expresión de la información biológica para mantener las propiedades de la célula viva mediante el control de la síntesis de proteínas y la transferencia de la información genética entre generaciones.

Por este motivo, el estudio del ADN y de los genes que contiene, permite explicar cómo por medio de la reproducción de los seres humanos se transmiten las características físicas y psíquicas de los individuos.

Todo el material genético del ser humano se le denomina genoma humano. Siendo este el “conjunto de factores hereditarios de la persona contenidos en los cromosomas, entendiéndose que todas las células de dicho organismo contienen tal información genética; por lo tanto el genoma es información sobre cada individuo, sobre su familia biológica y sobre la especie a la que pertenece”.¹⁵ En ocasión de lo anterior, es que se puede establecer que la información genética de los individuos

¹³ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 535.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Álvaro Alfonso Guerrero Moreno, “La regulación de los datos genéticos y las bases de datos”. *Revista Javeriana de la Pontificia Universidad Javeriana Cali* 8, No. 2, (2008): 223-244, consultado el 06 de diciembre, 2019, <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/313/1140>

tiene un carácter tridimensional, pues expone datos personales a nivel individual, familiar y universal.

C. Estructura orgánica del ADN

Tal como se indicó anteriormente, a partir del aporte de James Watson y Francis Crick se estableció que el ADN “se trata de una macromolécula que se presenta en forma de doble hélice, conformada internamente con cuatro bases nitrogenadas que reciben el nombre de Timina (T), Guanina (G), Citosina (C) y Adenina (A), las cuales siempre se combinan de manera específica -y a modo de peldaños de esta “escalera caracol”- a saber: A-T (o T-A) y C-G (o G-C)”.¹⁶ Estas bases nitrogenadas se encuentran con laterales que les dan soporte, formados por un azúcar denominado desoxirribosa y ácido fosfórico. La estructura de doble hélice es helicoidal y el corazón de cada una está formado por bases purínicas y pirimidínicas.¹⁷

Estas bases nitrogenadas son también conocidas como nucleótidos y son de gran interés forense, ya que a pesar de que la secuencia o el orden de estos en toda la cadena de ADN es prácticamente igual en todos los seres humanos; existen unas pequeñas zonas polimórficas que difieren de unos individuos a otros y esto es lo que ocasiona la variabilidad genética.¹⁸ Así, “la cantidad total de material genético del ser humano consiste en tres mil millones de nucleótidos (base nitrogenada, azúcar y grupo fosfato)”.¹⁹

¹⁶ Laura Adriana Alvarelos, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, (Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009), 15.

¹⁷ José C. Illana, “*Biología molecular y estructura del ADN*”. *Revista Anales de Química de la Real Sociedad Española de Química*, No. 110 (3), (2014): 237, consultado el 06 de diciembre, 2019, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6072412.pdf>

¹⁸ Lourdes Prieto Solla, “*Aplicaciones forenses del ADN*”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1874, consultado el 08 de diciembre, 2019, <https://docplayer.es/46338038-Aplicaciones-forenses-del-adn.html>

¹⁹ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica: Lara Segura & Asoc, 2006), 25.

D. Características generales

El ADN presenta tres características que resultan comunes a los distintos tipos de esta molécula. Las cuales permiten describir de manera sencilla el funcionamiento de la misma y el motivo por el cual su análisis dentro de las ciencias forenses, resulta ser una herramienta útil para la identificación humana dentro de una investigación de carácter penal.

La primera de ellas es la universalidad del ADN, la cual establece que “independientemente del órgano o tejido del que se extraigamos el ADN de un mismo individuo, el perfil genético que obtengamos será el mismo”.²⁰ Por esta razón, es que resulta muy útil la técnica de identificación mediante el análisis del ADN, pues es posible con la muestra biológica de cualquier parte del cuerpo del individuo.

La segunda característica general es la diversidad del ADN. La misma establece que esta molécula presenta un código el cual tiene variaciones distintas propias de cada ser humano.²¹ Por lo que la técnica de identificación mediante el perfil genético extraído del ADN permite en principio, identificar de manera precisa al individuo al que pertenezca la muestra biológica utilizada.

El ADN se caracteriza por su estabilidad, ya que “la molécula de ADN presenta en condiciones normales una gran estabilidad, tanto en fluidos biológicos que forman manchas secas (sangre, semen, saliva,...) sobre distintos soportes como a partir de diversos tejidos humanos, incluso mucho después de la muerte”.²² Esto permite obtener un perfil genético a partir de una gran variedad posible de muestras biológicas para compararlo con el obtenido a partir de una muestra de referencia.

²⁰ Antonio Alonso Alonso, “Conceptos básicos de ADN forense”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No.2004, (2004): 1861, consultado 07 de diciembre, 2019, https://www.academia.edu/35941095/CONCEPTOS_B%C3%81SICOS_DE_ADN_FORENSE

²¹ Ibid.

²² Ibid., 1862.

Sección B: Clasificación del ADN

En este apartado se enuncian las diversas clasificaciones en las que se puede dividir el ADN para fines didácticos. También, se da una sucinta explicación de cada categoría.

A. Según su poder identificador

I. ADN mitocondrial

El ADN mitocondrial es el que se localiza en las organelas celulares llamadas mitocondrias, las cuales se encuentran en el citoplasma y este ADN se presenta en una mayor cantidad de copias que el ADN nuclear.

Es “una molécula circular con dos cadenas, llamadas H y L, que contiene dieciséis mil quinientos sesenta y nueve pares de bases, cuya secuencia completa fue publicada por Anderson en 1981”.²³ Este se hereda exclusivamente de la madre y por ende es útil para determinar los individuos relacionados por vía materna, pero no para la identificación de personas, pues no presenta gran variabilidad genética. Este tipo de ADN “es 25.000 veces más pequeño que el ADN nuclear y está funcionalmente ligado a él”.²⁴

Para la individualización mediante la utilización de este tipo de ADN, se usa su región variable denominada D-loop, que es la región no codificante del ADN mitocondrial y la de menor cantidad. Pues el noventa por ciento de esta molécula representa la región codificante de la misma y contiene treinta y siete genes.²⁵

Los seres humanos contienen miles de copias de este tipo de ADN, por lo que resulta de utilidad forense en muestras biológicas degradadas por la acción de diversos microorganismos o condiciones del ambiente o en muestras contaminadas por sustancias que tornan difícil su análisis; pues hay mayor posibilidad de encontrar

²³ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica: Lara Segura & Asoc, 2006), 42.

²⁴ Laura Adriana Alvarellos, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, (Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009), 16.

²⁵ Meléndez Bolaños, 42.

alguna molécula en buen estado. Además, su presencia es alta en los elementos pilosos que no cuentan con raíz.²⁶

II. ADN nuclear

El ADN nuclear es el tipo de ADN al que se hace referencia en la presente investigación. Esto debido a que la información obtenida de su región polimórfica, es la que se almacena en la base de datos de ADN regulada por la normativa analizada.

Se encuentra en los cromosomas ubicados en el núcleo de las células, por lo que también se le denomina ADN cromosómico. Es decir, “los cromosomas son estructuras físicas que están formadas por la molécula de ADN”.²⁷ Cada célula contiene veintidós pares de cromosomas autosómicos y un par de cromosomas sexuales. Se encuentra en el núcleo de la célula y hay dos copias del mismo, uno procedente de la madre y otro del padre, por lo que presenta gran variabilidad genética y es utilizado para lograr la identificación de los individuos.

Dentro de los cromosomas, o bien de los segmentos del ADN nuclear, se encuentran los genes. Estos son unidades de información hereditaria, presentados a su vez en pares llamados alelos.²⁸ Los genes están formados por regiones del ADN codificante, así como del ADN no codificante y son interpretados por el cuerpo humano “como un plan o patrón para la producción de una proteína específica y la información que proporciona el conjunto de todos ellos es el diseño o plan para estructurar el cuerpo humano y sus funciones”.²⁹

²⁶ Ángel Carracedo, “ADN: La genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal”, Instituto de Ciencias Forenses de la Universidad de Santiago de Compostela (2013): 05, consultado 05 de diciembre, 2019, http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/2013/PONENCIAS/Junio/1559347945_1062013102130.pdf

²⁷ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica: Lara Segura & Asoc, 2006), 18.

²⁸ Rosaura Chinchilla Calderón y Rosaura García Aguilar, *Bases de datos de ADN y genética forense*, (San José, Costa Rica: IJSA, 2009), 35-36.

²⁹ Laura Adriana Alvarellos, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, (Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009), 17.

III. ADN del Cromosoma Y

El ADN del cromosoma Y es una parte del genoma nuclear, que es exclusivo de los hombres, por lo que se transmite por vía paterna a la descendencia de los varones de forma más o menos inalterado a lo largo de las generaciones. Lo anterior, ya que “la mayor parte del cromosoma Y no se recombina durante la meiosis; es decir, no intercambia el material genético que genere nuevas combinaciones de alelos, lo que genera que todos los marcadores ubicados en esta zona se hereden en bloque de ligamiento”.³⁰

El análisis de regiones cortas de ADN repetido en este cromosoma no presenta gran variabilidad genética y es útil solo para trazar linajes paternos. Por lo que en la Ciencias Forenses se utiliza en casos sobre delitos sexuales, investigaciones de paternidad e investigaciones de identidad o sexo en desastres en masa.

B. Según su funcionalidad

Tal como se indicó anteriormente el ADN nuclear es el que va a ser abordado dentro de la presente investigación. Este se compone de “alrededor de tres billones de nucleótidos” y según la función que tenga, posee dos regiones distintas, las cuales se proceden a exponer a continuación.³¹

I. Región codificante

La región codificante del ADN constituye únicamente el tres por ciento del genoma humano.³² Es la parte expresiva del mismo, pues se trata de los “fragmentos de ADN que determina -por su orden intrínseco- a los diferentes genes que definirán las características de las personas”.³³ Estos fragmentos al conformar los genes se expresan en la síntesis de aminoácidos y proteínas que definen las características

³⁰ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 597.

³¹ *Ibid*, 538.

³² *Ibid*.

³³ Laura Adriana Alvarelos, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, (Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009), 16.

tanto fenotípicas como genotípicas principales de los seres humanos. Siendo algunos ejemplos de estas las características físicas tales como la altura, color de piel, color de ojos, tipo de cabello; así como enfermedades y síndromes a nivel genético que presente el individuo.

Por tal motivo, se conoce como ADN expresivo, pues traduce su acción en síntesis de proteína y transcripción. Variando muy poco entre individuos, pues en caso contrario, significa la presencia de mutaciones, síndromes o enfermedades a nivel genético.³⁴

Debido a la invariabilidad de esta porción del ADN entre individuos, es que la misma no es utilizada para identificación dentro de las ciencias forenses y su uso se centra meramente en el ámbito médico o de la investigación genética.

II. Región no codificante

La región no codificante de ADN constituye el noventa y siete por ciento restante de esta molécula.³⁵ Esta porción del ADN a diferencia de la anterior, posee una alta variabilidad entre cada individuo, a excepción de los gemelos univitelinos. En la región no codificante se presenta “alrededor del 95-99% de la variabilidad genética humana”.³⁶

Esta región del ADN no guarda información sobre las características físicas o fenotípicas de un individuo, pues no codifica para ningún gen en particular ni sintetiza alguna proteína, siendo su función principal la estructura de los cromosomas. Aunque, “investigaciones recientes determinaron que también cumple un rol funcional, ya que

³⁴ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 538.

³⁵ Ibid.

³⁶ María Casado y Margarita Guillén, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos: La huella genética o perfil genético: muestras biológicas de origen humano y protección de datos personales*, (Barcelona, España: Publicaciones y Editoriales de la Universidad de Barcelona, 2014), 59.

es capaz de expresar un mensaje y este aunque no siempre se traduce en proteínas, influye en que los genes se activen o desactiven”.³⁷

En ocasión de lo anterior, es que esta región del ADN es la más útil en los laboratorios forenses para lograr una individualización, pues es a partir de este que se logra obtener el perfil genético de las personas, siendo este una “colección de fragmentos de ADN ordenados de acuerdo con su tamaño que son característicos de cada individuo y que sirven para identificarlo”.³⁸ Para ello, el ADN no codificante más utilizado es el ADN repetido en tándem denominado ADN microsatélite, que es analizado mediante las técnicas que se abordarán más adelante.

Sección C: Información obtenida de cada una de las regiones del ADN nuclear

Como se indicó en el apartado anterior, el ADN nuclear se encuentra compuesto desde el punto de vista funcional, de dos regiones distintas. Cada región del ADN contiene información diferente de los seres humanos al que pertenece. Mediante técnicas propias de la genética forense, esta información se puede extraer y dichos datos pueden ser manipulados por parte de terceros, según la finalidad que se pretenda.

A. Determinación de características fenotípicas y genotípicas

A partir del análisis de la región codificante del ADN es posible extraer la información fenotípica y genotípica del individuo. El fenotipo se refiere a las características físicas visibles que tiene un sujeto. Tales como la estatura, tez de la piel, cabello, color de ojos, entre otros. Estos rasgos son la manifestación de las propiedades de su genotipo, el cual es la información del conjunto de genes de la persona. Por esto mediante el estudio de las características genotípicas se detecta la

³⁷ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 538.

³⁸ Antonio Alonso Alonso, “Conceptos básicos de ADN forense”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No.2004, (2004): 1867, consultado 07 de diciembre, 2019, https://www.academia.edu/35941095/CONCEPTOS_B%C3%81SICOS_DE_ADN_FORENSE

presencia de mutaciones, enfermedades y síndromes. Esta información tal como se explicará más adelante, resulta ser de carácter sensible, toda vez que ante un manejo indebido de los datos podría provocar un daño en el sujeto titular, así como eventuales tratos discriminatorios en el ámbito laboral, médico y familiar.

Los padecimientos de índole genético pueden ser defectos monogenéticos que afecta un solo gen, trastornos cromosómicos en los cuales cromosomas faltan o cambian su composición, o patologías multifactoriales donde se presentan mutaciones en dos o más genes y a su vez se presentan factores en el estilo de vida, así como en medio ambiente donde se desenvuelve el individuo.³⁹

Los defectos monogenéticos o trastornos mendelianos son aquellos que se deben a una afectación de un gen. Estas son poco comunes y su característica principal es la manera en la que se transmiten en familias. Tales como el síndrome de Marfan, neurofibrosis, fibrosis quística, raquitismo, distrofias musculares, entre otros, dependiendo del gen afectado.⁴⁰ Los trastornos cromosómicos se deben a una falta, exceso o modificación de genes contenidos en algún cromosoma. Estos incluyen el síndrome de Down, el síndrome de microdelección, el síndrome de Klinefelter y el síndrome de Turner.⁴¹

Los trastornos multifactoriales son los más comunes dentro de las enfermedades genéticas. Tal como se indicó anteriormente, se deben a interacciones de algunos genes con mutaciones, junto a factores en el ambiente del individuo. Dentro de estos se encuentran el cáncer, el asma, la cardiopatía coronaria, la diabetes, la hipertensión y el accidente cerebrovascular o ataque cerebral.⁴² También, existen trastornos que se deben exclusivamente a mutaciones ligadas al ADN mitocondrial, como la ceguera, retraso en el desarrollo, problemas gastrointestinales, hipoacusia, problemas del ritmo cardíaco, alteraciones metabólicas y baja estatura.⁴³

³⁹ Biblioteca Nacional de Medicina de los EE.UU, consultado 09 de enero, 2020, <https://medlineplus.gov/spanish/geneticdisorders.html>

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

B. Marcadores genéticos de la región no codificante

I. Concepto

Dentro de la región no codificante del ADN nuclear, se encuentran las regiones variables del ADN que son estudiadas por la disciplina de la genética con fines de identificación humana. Estas regiones son llamadas marcadores genéticos, así también denominados en singular “locus” y en plural “loci” o los alelos, los cuales finalmente son segmentos de la molécula de ADN. Estos establecen las posibilidades que tiene cada individuo de manifestar una característica tanto fenotípica, como genotípica. En otras palabras, son características que se transmite mediante la herencia, siendo estos alelos heredados uno del padre y otro de la madre.⁴⁴

Las regiones polimórficas de ADN más usadas en las Ciencias Forenses para identificación, se encuentran en el ADN repetido en tándem y de ahí se utilizan los minisatélites y microsatélites. Los cuales consisten en repeticiones de fragmentos de ADN de número variable. Las repeticiones en el ADN microsatélite son de tamaño pequeño (de 2 a 6 pares de bases) por lo que suelen denominar STRs (“short tandem repeats”).⁴⁵

Asimismo, los minisatélites y microsatélites de ADN resultan útiles, porque además de ser muy polimórficos, poseen una herencia mendeliana simple. Por lo que su análisis resulta sencillo dentro de los parámetros de la genética forense. Cada uno de los marcadores genéticos tienen un nombre que hace referencia a su ubicación dentro de la molécula de ADN y los alelos de ese marcador se presentan con números y letras. Estos números y letras se exponen en un patrón correspondiente a estos

⁴⁴ Lourdes Prieto Solla, “Aplicaciones forenses del ADN”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1874, consultado el 08 de diciembre, 2019, <https://docplayer.es/46338038-Aplicaciones-forenses-del-adn.html>

⁴⁵ Ángel Carracedo, “ADN: La genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal”, *Instituto de Ciencias Forenses de la Universidad de Santiago de Compostela* (2013): 02, consultado 12 de diciembre, 2019, http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/2013/PONENCIAS/Junio/1559347945_1062013102130.pdf

fragmentos cortos de ADN, ordenados por tamaño y a este patrón alfanumérico convertido en un código, se le denomina perfil genético.⁴⁶

Para poder realizar una identificación efectiva, se deben de analizar un alto número de marcadores genéticos. Cada país escoge la cantidad de marcadores que analizan para lograr la identificación humana, pues de esta manera existirá menor margen de error y así se evita la posibilidad de una correspondencia al azar entre individuos no relacionados.⁴⁷

Así mismo, la comunidad internacional forense ha tratado de estandarizar el uso de ciertos marcadores genéticos para lograr la identificación humana y lograr con ello que los laboratorios de todos los países, analicen las mismas regiones o fragmentos del ADN. De esta manera, el análisis de una muestra en cualquier laboratorio que utilice el proceso estandarizado, debe dar el mismo resultado de calidad, lo que facilita los contraperitajes y la cooperación internacional.⁴⁸

II. Estudio de los marcadores genéticos como técnica de identificación humana

En 1980, nace el concepto de marcadores de ADN como técnica de identificación humana por parte de Gilman y White.⁴⁹

En 1985, Alec Jeffreys en Gran Bretaña mejora el método de identificación a través de lo que él denominó como huella genética, pues dijo que se podían distinguir patrones individuales del material genético gracias a la existencia de regiones hipervariables dispersas en el genoma humano. Logrando así la primera aplicación de las tecnologías de ADN en la resolución de un caso de inmigración y

⁴⁶ Antonio Alonso Alonso, “Conceptos básicos de ADN forense”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No.2004, (2004): 1863, consultado 07 de diciembre, 2019, https://www.academia.edu/35941095/CONCEPTOS_B%C3%81SICOS_DE_ADN_FORENSE

⁴⁷ Lourdes Prieto Solla, “Aplicaciones forenses del ADN”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1874, consultado el 08 de diciembre, 2019, <https://docplayer.es/46338038-Aplicaciones-forenses-del-adn.html>

⁴⁸ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica: Lara Segura & Asoc, 2006), 59.

⁴⁹ Rosaura Chinchilla Calderón y Rosaura García Aguilar, *Bases de datos de ADN y genética forense*, (San José, Costa Rica: IJSA, 2009), 43.

posteriormente en asuntos penales para lograr la identificación criminal con mayor certeza y rapidez, en aquellos delitos en los cuales existe evidencia biológica.⁵⁰

A propósito de esta técnica de identificación, Alec Jeffreys participa en la investigación del caso de los asesinatos del sendero en Gran Bretaña, seguido contra Colin Pitchfork. Siendo este el primer caso en que se utilizó la huella genética, en las ciencias forenses. Este caso acontece en el pueblo de Narborough, Gran Bretaña. El 22 de noviembre de 1983, se encontró el cuerpo desnudo de la menor Lynda Rosemarie Mann. Quien luego de análisis forenses se determinó que fue estrangulada y posteriormente violada, toda vez que se recuperó semen del autor en el cuerpo de la víctima, del cual se extrajo que tenía sangre tipo A positivo. Posteriormente, el 31 de julio de 1986 se halló el cuerpo de la menor de edad Dawn Ashworth estrangulada y de igual manera violada con presencia de semen, que indicaba que la sangre también era de tipo A positivo. Tras los hechos, las autoridades arrestaron al principal sospechoso, Richard Buckland un joven de 17 años de edad. El mismo tras un agresivo interrogatorio aceptó parcialmente haber cometido los hechos. Por lo que la policía declaró haber capturado al autor.⁵¹

Sin embargo, tras el descubrimiento de la técnica de identificación humana por medio de los marcadores genéticos con el uso del poliformismo de la restricción de la unión de fragmentos (RFLP), por parte de Alec Jeffreys, la Comisión Investigadora de los Homicidios decidió confirmar la autoría de Richard Buckland a través de esta técnica. Siendo el resultado inesperado, toda vez que la huella genética hallada en la muestra biológica levantada de las escenas de los hechos y la perteneciente al sospechoso, no coincidieron. Conociéndose más adelante que el joven Buckland únicamente había confesado por la presión policial. Posteriormente, las autoridades policiales tomaron las muestras biológicas de todos los hombres en el pueblo de Narborough para realizar el análisis de ADN. Pero ninguno de los resultados coincidía con la huella de las muestras de la escena de los hechos. Sin embargo, una mujer que se encontraba en un bar de la localidad escuchó una conversación de un grupo de hombres, donde uno de ellos manifestó haberse pasado por un tal Colin Pitchfork

⁵⁰ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica: Lara Segura & Asoc, 2006), 15.

⁵¹ Jaime Robleto Gutiérrez, "El A.D.N. y su importancia en la investigación criminalística", *Revista de Ciencias Penales*, No.18 (noviembre:2000): 77-104.

para la toma de la muestra biológica, pues ese sujeto le indicó tener problemas con la policía. La mujer denunció la situación, la policía detuvo al señor Pitchfork, le realizó el análisis de ADN y dio positivo con el ADN hallado en el cuerpo de las víctimas.⁵²

No obstante, en esa época el mayor inconveniente de la técnica descubierta por Alec Jeffreys era que la misma necesitaba una gran cantidad de muestra biológica para extraer el ADN y posteriormente analizarlo. Por lo que a finales de la década de los 80, el bioquímico estadounidense Kary Mullins, logró solucionar dicha problemática, mediante el descubrimiento de la técnica de la reacción en cadena de la polimerasa (PCR por sus siglas en inglés). Esta técnica permite trabajar con muestras de ADN pequeñas y hasta degradadas -frecuentemente así son los indicios forenses-, logrando amplificar en forma selectiva y en un tubo de ensayo, regiones específicas de la molécula de ADN extraída, para posteriormente ser analizada. Esto significó a partir de esa fecha, un enorme avance en la identificación humana en el campo de la Ciencias Forenses.⁵³

La identificación mediante el análisis del perfil genético derivado de los marcadores genéticos de ADN, presenta enormes ventajas. En primer lugar, es posible realizar el análisis con cualquier parte del cuerpo que contenga células nucleadas del individuo. Por lo que es más sencillo conseguir la muestra biológica para el estudio, pues anteriormente se necesitaban muestras sanguíneas y en algunas ocasiones de semen o saliva. En segundo lugar, los marcadores genéticos duran más tiempo en degradarse en el ambiente y son muy polimórficos, pues presentan una mayor variabilidad en la población. En tercer lugar, esta técnica de identificación humana necesita menos cantidad de muestra biológica para realizar los análisis en el laboratorio forense, en comparación de las técnicas anteriormente utilizadas.⁵⁴

⁵² Jaime Robleto Gutiérrez, "El A.D.N. y su importancia en la investigación criminalística", *Revista de Ciencias Penales*, No.18 (noviembre:2000): 77-104.

⁵³ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica: Lara Segura & Asoc, 2006), 16.

⁵⁴ *Ibid*, 48.

Capítulo II: Utilización de la prueba pericial de ADN en la administración de justicia en Costa Rica

En este capítulo se investigan aspectos referentes al empleo del ADN como un medio de prueba científico al servicio de la justicia. Se desarrolla una breve mención histórica sobre los primeros avances científicos y legales que se suscitaron en Costa Rica para propiciar el estudio de los marcadores genéticos de ADN como técnica de identificación humana.

También, se abordan las aplicaciones de la prueba de ADN en las diversas materias del Derecho. En materia de familia, para lograr la determinación del origen biológico en los procesos de filiación y la identificación de cadáveres y personas desaparecidas; y en materia penal, para la identificación criminal en las diversas investigaciones penales.

Por su parte, sobre el empleo de la prueba pericial de ADN en el proceso penal, se señalan los sujetos que intervienen en la aplicación de esta prueba. En cuanto a los sujetos autorizados legalmente para solicitar esta prueba se detalla el papel del Organismo de Investigación Judicial, el Ministerio Público y el Juez de Garantías. Por su parte como sujetos pasivos, a los cuales se les recolecta una muestra de referencia para el análisis de su ADN, se hace mención del imputado, la víctima y terceras personas que resulten de interés para la investigación. Igualmente, se hace referencia a la Sección de Bioquímica Forense del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial como ente encargado de realizar el estudio de las muestras biológicas y de emitir los dictámenes periciales en esta materia. Así como la labor desempeñada por la Defensa del imputado durante este proceso.

De igual manera, se realiza un breve resumen de las fases de ejecución de esta prueba pericial, a saber: el proceso de la toma de las muestras biológicas dubitadas y las muestras de referencia y el análisis de los marcadores genéticos y la comparación de los mismos en el laboratorio forense. Finalmente, se hace mención sobre la valoración que el juez penal debe realizar sobre esta prueba indiciaria y probalística, para ayudar al esclarecimiento de ciertas circunstancias que rodean los hechos investigados.

Sección A: Antecedentes

En Costa Rica, el empleo de las pruebas de ADN dio inicio primero en el ámbito privado y al poco tiempo se implementó en el público con la utilización de la pericia del ADN en la administración de la justicia.⁵⁵

En el Poder Judicial y con base en la Ley Orgánica del Organismo de Investigación judicial que se dictó en el año 1974, se determinó que este organismo sería el ente auxiliar de los Tribunales Penales y del Ministerio Público en el descubrimiento y verificación científica de los delitos y sus presuntos responsables. A su vez estaría conformado por diversos departamentos, uno de los cuales es el Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses, que a su vez estaría compuesto de diversas secciones que se dedicarían a practicar pruebas científicas, rendir dictámenes periciales y evacuar consultas de las partes de los procesos judiciales.⁵⁶

Es por ello que entre el año 1993 y el año 1995 en el Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses se realizaron dos avances importantes con la finalidad de lograr la utilización de esta prueba científica de ADN en los procesos judiciales. En primer lugar, el microbiólogo Rafael Marín Rojas inició con la reestructuración física y el equipamiento de un laboratorio de ADN. En segundo lugar, se implementó el proyecto de investigación conocido como “Proyecto de ADN”, el cual tenía como objetivo principal aplicar la tecnología del ADN para lograr la identificación humana mediante las pericias, en los casos criminales y de paternidad. Esto representó un gran avance, pues se pasó de tener un laboratorio que realizaba pruebas mediante los marcadores genéticos de grupos sanguíneos y proteínas, los cuales no se podían utilizar en casos de muestras pequeñas o degradadas, además de que eran poco informativos, pues se lograba una exclusión de paternidad que daba una probabilidad del 75,0% y en los casos de identificación criminal con una probabilidad del 13,3%. A tener un laboratorio que utilizaba en forma rutinaria los marcadores genéticos de ADN, tanto en el área penal como en la de familia, lo cual

⁵⁵ Ana Isabel Morales C, Bernal Morera y Gerardo Jiménez Arce, “La implementación de la tecnología del ADN en Costa Rica: un análisis retrospectivo”, *Revista de Biología Tropical* 52, No. 3, (2004) consultado 07 de julio, 2019 https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77442004000300030

⁵⁶ Asamblea Legislativa, “Ley Orgánica 5224 del Organismo de Investigación Judicial: 07 de mayo del 1974”, artículo: 1 y 38, SINALEVI (consultado el 15 de julio, 2019).

generó en los casos de paternidad una probabilidad de exclusión del 98,8% y en casos de identificación criminal un 99,9%.⁵⁷

Este proyecto dio inicio el 16 de marzo de 1995, mediante la utilización de siete marcadores genéticos convencionales (D1S80, HLA-DQA1, LDLR, HBGG, GYPA, D7S8 y Gc), que eran utilizados en los países desarrollados en el campo de la genética forense. Abriéndose de esta manera, pasó para la acreditación de la calidad analítica del laboratorio. Es así como esta técnica se utilizó en los primeros casos penales al extraer ADN a partir de huesos, músculo, semen, hisopeados orales, anales y vaginales; en delitos de violación, homicidio simple, homicidio culposo, abandono de menor o incapaz. Para lograr una identificación humana que se traduciría en cálculos probabilidad en los dictámenes periciales, que ayudarían a los jueces en la individualización de los sospechosos al momento de emitir sus resoluciones.⁵⁸

Este proyecto finalizó el 8 de mayo del año 1997, fecha en la cual se entregaron los resultados finales de la investigación. Se determinó que se debía de dar un aumento de los marcadores genéticos analizados por otros que sean más informativos, fáciles manejar y de interpretar y es por ello que en 1998 se implementa el análisis de los marcadores STRs (D9S925, D11S2000, D14S539, D17S1290, D22S683). Pero el uso de estos marcadores cerraba las puertas para que Costa Rica lograra la acreditación internacional en estándares de calidad, puesto que estos no eran utilizados para propósitos forenses en ningún otro país y no habían sido estudiados en ninguna otra población. Por esta razón, en el año 2001 se implementan los mismos STRs, que se habían venido utilizando en el ámbito forense en el resto del mundo. Sin embargo, en cuanto a las innovaciones tecnológicas en esta materia, Costa Rica, se encuentra 5 a 10 años tarde respecto a los países desarrollados en este campo.⁵⁹

⁵⁷ Ana Isabel Morales C, Bernal Morera y Gerardo Jiménez Arce, *“La implementación de la tecnología del ADN en Costa Rica: un análisis retrospectivo”*, Revista de Biología Tropical 52, No. 3, (2004) consultado 07 de julio, 2019, https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77442004000300030

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

En el año 1998 se iniciaron las labores de la Unidad de Genética Forense de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forense del OIJ, la cual realiza a solicitud del Juez de Familia, el Juez Penal, el OIJ y la Fiscalía, las pruebas judiciales de ADN. Es así como mediante la utilización de la técnica de análisis de ADN “Reacción en cadena de polimerasa (PCR)”, logra determinar los perfiles genéticos de ADN que se utilizarán para realizar las comparaciones genéticas y con ello establecer en los casos penales la probabilidad estadística de excluir o no a un sospechoso como donador de una muestra biológica y en los casos de filiación el determinar con probabilidad estadística la exclusión o no de un sujeto como padre biológico.

Sección B: Aplicaciones de la prueba científica de ADN

La prueba pericial según Cafferata Nores es “un medio probatorio con el cual se intenta obtener para el proceso, un dictamen de un perito competente, fundado en especiales conocimiento científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba”.⁶⁰ También, Julio Maier define la prueba pericial como la que “consiste en una versión humana sobre cierto conocimiento incorporado al proceso judicial mediante una declaración o interrogatorio, esto es, en la información de un tercero respecto del juez y de los participantes en el procedimiento”.⁶¹

El objetivo principal de la prueba pericial es servir como un medio de auxilio al juez, al facilitarle máximas de experiencia y saberes especializados de los carece, pero que precisa para desarrollar correctamente su función en la administración de justicia.⁶²

⁶⁰ José Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, (Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 2003), 55.

⁶¹ Julio B. Maier, *Derecho Procesal Penal Tomo III Parte General*, (Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto, 2011), 148.

⁶² María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: Virtualidad científica y jurídica”, (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2018), 424.

La prueba pericial de ADN, es realizada por personal altamente calificado que tiene el deber de ejecutar su labor con objetividad e imparcialidad, pues no pueden tener interés alguno en la causa y deben utilizar los fundamentos científicos estandarizados en cuanto a la metodología y el desarrollo del análisis pericial de ADN. Además, se realiza en una instalación acreditada, de modo que debe cumplir con los protocolos de calidad en cuanto a los materiales y medios técnicos que son necesarios para que los peritos desarrollen sus labores. Con ello se garantiza la certeza, validez, fiabilidad y demostración de los resultados obtenidos, ya que estos deben coincidir con los obtenidos en otros laboratorios acreditados, si se siguen los rigurosos fundamentos científicos y los protocolos.⁶³

En resumen, la prueba de ADN es aquella por medio de la cual un perito de un laboratorio acreditado, analiza un número suficiente de regiones microsátélites de la molécula de ADN (marcadores genéticos de diferentes cromosomas) de diversos tipos de muestras biológicas, para finalmente comparar o cotejar los perfiles genéticos o huellas genéticas obtenidas. Logrando con ello establecer o no la identificación genética personal.

En el siguiente apartado se desarrollará con más detalle la utilización que se realiza de la prueba de ADN para la resolución de investigaciones, en las diversas materias del Derecho. Tales como las investigaciones de filiación biológica, la identificación de personas desaparecidas y las investigaciones criminales.

A. Materia de Familia

I. Investigación del origen biológico en los procesos de filiación

En el Código de Familia de Costa Rica, se establecen varios procesos especiales de filiación, mediante los cuales el Juez de Familia puede ordenar cuando

⁶³ Lourdes Prieto Solla, “Aplicaciones forenses del ADN”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1872, consultado el 02 de enero, 2020 <https://docplayer.es/46338038-Aplicaciones-forenses-del-adn.html>

las partes lo soliciten, la práctica de la prueba científica de ADN por medio de un perito judicial, con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de una relación de parentesco.

Al respecto, está el proceso de investigación o determinación de paternidad o maternidad, establecido del artículo 91 al 99 del Código de Familia, cuya pretensión es que a una persona se le atribuya la filiación biológica que le corresponde y que no ha sido determinada hasta el momento. En este proceso se reconoce el derecho de un hijo (menor o mayor de edad), su madre (en el caso del hijo por nacer) y sus descendientes, para investigar su filiación biológica materna o paterna.⁶⁴

También, el proceso de impugnación de paternidad de los artículos 72 a 74 y 85 del Código de Familia, cuya pretensión es dejar sin efecto una filiación que ha sido previamente determinada para una persona, pero que no corresponde con la verdad biológica. Este proceso reconoce el derecho del esposo de impugnar la paternidad de un hijo habido fuera del matrimonio, que se inscribió en el Registro Civil con su apellido, en virtud de una presunción de paternidad. Así mismo, este derecho le es reconocido al hijo extramatrimonial, a la madre ligada en matrimonio y a quien sospecha de su paternidad, para demostrar su vínculo con el hijo extramatrimonial.⁶⁵

En cuanto al perito competente para la práctica de la prueba pericial de ADN, según lo establecido en el artículo 98 del Código de Familia, será la Sección de Bioquímica del Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia o los laboratorios debidamente acreditados y reconocidos por la Corte Suprema de Justicia.⁶⁶

De la misma manera, existe un procedimiento administrativo establecido en la Ley de Paternidad Responsable (Ley N°8101), cuya pretensión es determinar de una manera más expedita la filiación que le corresponde a un menor de edad al momento de su nacimiento. En este procedimiento se reconoce el derecho de la madre soltera de indicar al momento de la inscripción del nacimiento de su hijo (a) en el Registro

⁶⁴ Poder Legislativo, "Ley 5476 Código de Familia: 21 de diciembre de 1973". La Gaceta No. 24 (05 feb., 1974): artículos 91-99, SINALEVI (consultado 23 de enero, 2019).

⁶⁵ Ibid., artículos 72-74 y 85.

⁶⁶ Ibid., artículos 98.

Civil, el nombre del presunto padre. Quien será citado a para reconocer su paternidad o solicitar una prueba de ADN que será practicada por el laboratorio de la Caja Costarricense del Seguro Social, con el objetivo de determinar la existencia o no de una filiación.⁶⁷

Para la realización de la prueba de ADN en materia de filiación, se requiere contar con el material biológico de personas conocidas: la madre, el (la) hijo (a) y el supuesto padre. Luego se realiza una comparación los fragmentos de ADN del (la) hijo (a) con los de la madre y con los del supuesto padre, para determinar qué parte de su perfil genético proviene de la madre biológica y que parte del padre biológico. Ello en virtud de que por las leyes mendelianas de la herencia se predice que el hijo siempre comparte en cada cromosoma un alelo con la madre y otro con el padre biológico, de forma que un 50% de su información proviene de la madre y el otro 50% del padre biológico.⁶⁸

Para lograr obtener una inclusión de la paternidad se estudian al menos quince marcadores genéticos de diferentes cromosomas (obteniéndose 2 fragmentos de ADN a partir de cada marcador, generándose un total de 30 fragmentos o alelos), de modo que si el supuesto padre comparte al menos un fragmento de ADN o alelo con el (la) hijo (a), en todos los marcadores genéticos estudiados; se concluye que estadísticamente según el Índice de Paternidad y los predicados de Hummel la paternidad está prácticamente probada, pues se alcanza un valor superior o igual al 99,9%. Los peritos utilizan estos predicados para orientar e informar al juez sobre el porcentaje de probabilidad existente respecto a que el presunto padre sea el padre biológico, a que lo sea otro individuo seleccionado al azar en la población. Es decir, una vez que se ha incluido al sospechoso como presunto padre es prácticamente imposible que el (la) hijo (a) comparta con este por azar quince fragmentos de ADN y que no exista una relación de filiación.⁶⁹

⁶⁷ Poder Legislativo, “Ley 8101 Ley de Paternidad Responsable: 16 de abril de 2001” La Gaceta N.81 (27 abr., 2001), SINALEVI (consultado 13 de enero, 2020).

⁶⁸ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 566.

⁶⁹ Ibid.

Mientras que la exclusión de paternidad se dará cuando el supuesto padre no comparte al menos tres o más fragmentos de ADN o alelos con el (la) hijo (hija). Es así como el analista presume de forma absoluta y sin realizar cálculos estadísticos que el sospechoso no es el padre biológico.⁷⁰

Después de esta tarea, los resultados y las conclusiones obtenidas se incluyen en un informe o dictamen, con la finalidad de informar a las partes. Así como para realizar una contraperia en el caso de que las partes lo soliciten. En este caso el lugar en donde se realizará este nuevo análisis de los marcadores, será el Centro de Investigaciones en Biología Molecular y Celular de la Universidad de Costa Rica.⁷¹

II. Identificación de cadáveres y personas desaparecidas

La prueba de ADN es útil para lograr obtener la identidad de un cadáver o resto óseo, de personas desaparecidas, víctimas de delitos, desastres naturales o accidentes. Pues en diversos casos debido al nivel extremo de degradación o descomposición en el que se encuentran los cadáveres, se hace imposible lograr su reconocimiento mediante la utilización de la huella dactilar, las técnicas médico-legales, antropológicas u odontológicas. Así mismo, se dan casos en los que se encuentran restos óseos solos y separados de algún cuerpo; por lo que resulta necesario la utilización del ADN para lograr determinar la identidad de los mismos.⁷²

En estos casos la prueba se realiza de la siguiente manera. Los familiares biológicos de una persona desaparecida se presentan a reportar su ausencia ante el Organismo de Investigación Judicial. Por lo que se abre una investigación e inician su búsqueda, al encontrar un cadáver o resto humano que se presume que puede ser esa persona desaparecida, el mismo es llevado al Departamento de Ciencias

⁷⁰ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 566.

⁷¹ Jaime Robleto Gutiérrez, "El ADN y su importancia en la investigación criminalística", *Revista de Ciencias Penales*, No.18 (noviembre:2000): 77-104.

⁷² Lourdes Prieto Solla, "Aplicaciones forenses del ADN". *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1872, consultado el 08 de diciembre, 2019, <https://docplayer.es/46338038-Aplicaciones-forenses-del-adn.html>

Forenses, para que los peritos procedan a recolectar ADN. Este puede ser tomado de los huesos (los más largos como el fémur o húmero), dientes (las molares ofrecen mejores resultados), tejidos blandos (hígado y músculo), uñas, la raíz del cabello o piel.

Luego realizan un estudio de sus marcadores genéticos para extraer su perfil genético y compararlo con dos posibles tipos de muestras: 1-Muestra directa: es obtenida de los artículos personales que se sospecha que son de la persona desaparecida (cepillo de dientes, cepillo de cabello, anteojos, máquinas de afeitar o de muestras médicas: como por ejemplo muestras clínicas de sangre, muestras de bancos de esperma, cordón umbilical seco, donaciones de médula ósea, etc). 2-Muestra indirecta: es una muestra de referencia que se toma a los parientes biológicos cercanos, como padres, hijos, hermanos. Generalmente se recomienda obtener muestras de más de dos familiares, previo consentimiento informado y escrito sobre los alcances y finalidad de la prueba de ADN.⁷³

La identificación de ese resto humano o cadáver encontrado, se logra si al estudiar al menos doce marcadores genéticos de diferentes cromosomas, todos coinciden con el perfil genético obtenido de la muestra directa o la muestra indirecta. Mientras que la exclusión se da si al menos uno de los marcadores genéticos del perfil genético del resto humano no coincide con el perfil genético obtenido de la muestra directa o la muestra indirecta.

B. Materia penal

I. Identificación criminal

En Costa Rica el principio de la libertad probatoria, reconocido en el artículo 182 del Código Procesal Penal, establece que es viable la utilización de los medios científicos permitidos por la ley, para probar algún hecho o circunstancia de interés

⁷³ Interpol. "DNA can play a crucial role in convicting-or clearing-suspects of a crime, and can also be used to identify missing persons", consultado 08 de enero, 2020, <https://www.interpol.int/How-we-work/Forensics/DNA>

para la averiguación de la verdad dentro del proceso. Igualmente, el artículo 213 del mismo cuerpo normativo señala que la forma en la que se manifiesta ese conocimiento especial de una ciencia, arte o técnica necesario para descubrir o valorar un elemento de prueba, es mediante la figura del peritaje; el cual será realizado por un profesional idóneo y competente que posea un título habilitante en la materia relevante.⁷⁴

En la actualidad la prueba forense de ADN es una de las pruebas más importantes al servicio de la justicia penal, razón por la cual es solicitada en forma rutinaria por las autoridades judiciales. Esta prueba se basa en el análisis completo de los perfiles genéticos (se analizan los alelos heredados del padre y la madre), tomados de una muestra biológica de un indicio recuperado a lo largo de la investigación penal y una muestra de referencia tomada de la víctima o el imputado. Para determinar el individuo al cual pertenece la muestra biológica presente en el indicio y con ello establecer asociaciones de esa persona con la escena del crimen o la víctima o los instrumentos utilizados para cometer el delito.⁷⁵

En el siguiente apartado, se explica con mayor detalle los sujetos que intervienen en la realización de esta prueba de ADN, el proceso de análisis de los marcadores genéticos y la comparación de perfiles genéticos. Así, como la valoración que el juez realiza de los resultados emitidos por el perito forense en el dictamen criminalístico.

Sección C: Sujetos que intervienen en la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal

En el Código Procesal Penal de Costa Rica, en su artículo 88 se establece la autorización legal con la que cuentan las autoridades judiciales para practicar las

⁷⁴ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículos 182 y 213, SINALEVI (consultado 12 de enero, 2019).

⁷⁵ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 567.

pruebas científicas que se consideren necesarias e importantes para descubrir la verdad y constatar circunstancias de interés en los casos investigados.⁷⁶

A. Sujetos activos

I. Autoridad judicial que solicita la prueba científica de ADN

I.I Organismo de Investigación Judicial

Según lo establecido en el artículo 285 del Código Procesal Penal, la Policía Judicial (OIJ) en la función de investigar los delitos de acción pública, en la etapa preparatoria, se encuentra autorizada para ordenar cuando lo considere necesario pruebas científicas, entre ellas los análisis de ADN, con la finalidad de contar con fundamentos necesarios para realizar en etapas posteriores una consecuente acusación o sobreseimiento definitivo.⁷⁷

En igual sentido la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial en su artículo 4, inciso 11), reconoce la potestad que tiene la Policía Judicial para practicar peritajes de toda naturaleza que sean necesarias y urgentes, así como las repetibles y sencillas; con colaboración de los técnicos que tengan conocimientos científicos especiales, quienes no podrán negar su cooperación.⁷⁸

Al respecto, el Protocolo de Actuación para la aplicación de la Dirección Funcional (en adelante llamado “Protocolo”), establece en su artículo 10 que la Policía Judicial ante una noticia criminis, estará autorizada para ejecutar actos de investigación en las diligencias preliminares; ya sea en forma oficiosa o en virtud de

⁷⁶ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 88, SINALEVI (consultado 10 de enero, 2020).

⁷⁷ Ibid., artículo 285.

⁷⁸ Poder Legislativo, “Ley 5524 Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial: 07 de mayo de 1974”: artículo 04, SINALEVI (consultado 10 de enero, 2020).

una denuncia o por orden de la autoridad competente, en los delitos de acción pública o delitos de acción pública a instancia privada.⁷⁹

Uno de los actos de investigación que realiza la Policía Judicial en materia de ejecución de las pericias de ADN es el establecido en el artículo 21 del Protocolo, en este se reconoce la facultad que tienen para la búsqueda, recolección y conservación de los elementos de interés probatorio, incluidos entre estos las muestras biológicas encontradas en el sitio del suceso, las cuales se mantienen bajo su resguardo para posteriormente ser trasladadas a los peritos forenses para el análisis de su significación probatoria.⁸⁰

Otro de los actos de investigación que está autorizado para realizar sin autorización fiscal o judicial es la inspección o revisión corporal, según lo reconocido en el artículo 18 del Protocolo, la cual “se realiza por encima de la ropa y sin afectar directamente a ninguna zona específica (cacheos), entendida como mera inspección o registro que puede realizar la policía sin necesidad de autorización judicial”.⁸¹

Pero, tal y como se detalla en el artículo 18 del Protocolo y el artículo 188 del Código Procesal Penal, si la Policía Judicial requiere hacer una intervención o examen integral sobre cuerpo de una persona, como el que se realiza para la toma de las muestras biológicas; necesitará una orden del juez o del fiscal encargado de la investigación para realizarlo y esta tarea se podrá practicar con auxilio de peritos. Asimismo, el artículo 19 del Protocolo establece que la Policía Judicial podrá realizar la toma de muestras (sangre, piel, corte de uñas o cabellos, etc) del artículo 88 del Código Procesal Penal, siempre que la persona preste su consentimiento, pero que sí existe una negativa de la persona para que estas sean tomadas, necesitará de una orden escrita del fiscal o el juez del caso, donde se le autorice al personal que tiene

⁷⁹ Ministerio Público, Fiscalía General de la República, “Protocolo de actuación para la aplicación de la Dirección Funcional: Instrucción General 01 de febrero de 2012: artículo 10, (consultado 11 de enero, 2020).

⁸⁰ Ibid., artículo 21.

⁸¹ José María Garzón Flores, “La prueba de ADN en el proceso Penal”, (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Escuela Internacional de Doctorado, 2017) 48-49.

la custodia para practicar la inmovilización de la persona y que el perito o personal técnico realice la toma forzada de la muestra.⁸²

Esto quiere decir que los dos supuestos mediante los cuales la policía judicial puede realizar la toma de las muestras biológicas sin autorización fiscal o judicial: 1- Cuando hay muestras, vestigios o restos biológicos, que han sido dejados en la escena del crimen y sobre estos tiene la tarea de asegurar su cadena de custodia para su posterior análisis. 2-Cuando el sujeto activo expresa su anuencia para que se dé la intervención corporal y se practique la toma de su muestra biológica, que será analizada por el perito forense.

I.II Ministerio Público

En el artículo 88 del Código Procesal Penal, se detalla que el Ministerio Público en la etapa preparatoria, está facultado para solicitar y autorizar las intervenciones corporales de las partes, para realizar la pruebas que considere necesarias, si se cumplen dos presupuestos: 1- Se trata de una intervención corporal leve y 2- El sujeto afectado por dicha medida no da su consentimiento para someterse a la misma.⁸³

Se considera intervención corporal leve, aquella que no ocasiona un perjuicio para la salud o integridad física, ni degraden a la persona. Al respecto José María Garzón Flores, señala que dicha intervención es “cuando a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles (...) de ocasionar sufrimientos a la persona afectada; como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre)”.⁸⁴

⁸² Ministerio Público, Fiscalía General de la República, “Protocolo de actuación para la aplicación de la Dirección Funcional: Instrucción General 01 de febrero de 2012: artículos 18-19, (consultado 11 de enero, 2020).

⁸³ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 88, SINALEVI (consultado 10 de enero, 2020).

⁸⁴ José María Garzón Flores, “La prueba de ADN en el proceso Penal”, (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia de España, Escuela Internacional de Doctorado, 2017), 55.

El fiscal encargado de la investigación penal realiza una remisión de la solicitud de dictamen criminalístico, la cual puede ser escrita o digital a los peritos competentes, en donde autoriza para que proceda a tomar la muestra biológica de la persona de interés. Esta solicitud debe de ir firmada y en ella se resalta cuáles son los tipos de análisis que se solicita y la pregunta legal que se traducirá al campo científico. Una pregunta bien planteada, se traducirá en un resultado útil e informativo.

Con base en el resultado obtenido por esta prueba la Fiscalía determinará si existe mérito para continuar la persecución penal de una persona y acusarla o por el contrario descartarla y dictar un sobreseimiento definitivo.

I.III Juez de garantías

En el artículo 88 del Código Procesal Penal, se establece que el juez penal puede solicitar o autorizar a petición del Ministerio Público o de la Policía Judicial, la práctica de la prueba pericial de ADN, en dos circunstancias: 1-Intervención corporal grave: la toma de la muestra puede provocar un perjuicio o riesgo para la salud, integridad física o degradar a la persona (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, los análisis sanguíneos, que se convierten en graves, en casos de sujetos que padecen hemofilia, etc.); razón por la cual el juez penal consultará previamente al perito sobre ese riesgo y la necesidad de practicar dicha intervención y en razón de ello decidirá si autoriza que se obtengan y se analicen las muestras biológicas. 2- Cuando el sujeto afectado por dicha medida se niega a aportar voluntariamente la muestra biológica, por lo cual el juez penal puede imponer la realización forzosa de la intervención corporal “siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias”.⁸⁵

En estos casos el juez penal deberá dar una autorización judicial donde expondrá los motivos por los cuales la prueba de ADN es idónea para esclarecer los hechos investigados y determinar porque no existen otros medios menos invasivos

⁸⁵ José María Garzón Flores, “La prueba de ADN en el proceso Penal”, (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia de España, Escuela Internacional de Doctorado, 2017), 55.

para obtener dicho resultado. Es decir, por medio de esa resolución judicial se debe demostrar que existe una proporcionalidad y razonabilidad de la intervención corporal destinada a obtener la toma de la muestra biológica indubitada para la posterior realización de la prueba de ADN, para que con ello se dé una restricción legítima y razonada de los derechos fundamentales de una persona.⁸⁶

II. Perito competente para la toma de las muestras y la realización de la prueba de ADN

En el artículo 38 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, determina que el Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses estará formado por peritos oficiales de los Tribunales de Justicia, que serán los encargados de “practicar los peritajes, realizar estudios y evacuar consultas de las partes, relativas a los conocimientos científicos que posean”.⁸⁷

En razón de ello, el Laboratorio de Ciencias Forenses cuenta con la Sección de Bioquímica Forense, la cual se encarga de realizar todos los aspectos relacionados con la ejecución de la prueba pericial de ADN. Para realizar sus labores se divide en dos unidades.

En primer lugar, la Unidad de Análisis Clínicos, en la que se realiza la identificación y caracterización de los fluidos biológicos que son recibidos como indicios de las diversas investigaciones penales (aquellos que son recolectados en el sitio del suceso, el cuerpo de la víctima u objetos que se presume que fueron utilizados para cometer el delito); para ello realiza pruebas presuntivas y confirmatorias, para detectar la presencia y el tipo de fluido biológico.⁸⁸

⁸⁶ María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: Virtualidad científica y jurídica”, (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2018), 264.

⁸⁷ Poder Legislativo, “Ley 5524 Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial: 07 de mayo de 1974”: artículo 38, SINALEVI (consultado 20 de enero, 2020).

⁸⁸ Organismo de Investigación Judicial, Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses, consultado el 14 de enero, 2020, <https://sitiooj.poder-judicial.go.cr/index.php/oficinas/departamento-de-ciencias-forenses/bioquimica>

En segundo lugar, la Unidad de Genética Forense, la cual realiza, en las investigaciones penales que se tramitan en la gran área metropolitana, la toma de las muestras biológicas de las personas que son remitidas por la Policía Judicial, el Ministerio Público y la autoridad judicial. Así mismo, recibe las muestras biológicas que figuran como indicios de las investigaciones penales tramitadas en zonas alejadas del área metropolitana, ya sea que estas fueran recolectadas por el investigador especialista de la escena en la sede regional o tomadas a la persona implicada (víctima o imputado) por el personal médico o sanitario de las Clínicas y Hospitales de la Caja Costarricense del Seguro Social, como por los médicos forenses de la Morgue Judicial; siempre que la toma de la muestra se haya practicado en presencia de alguna autoridad judicial (investigador o fiscal encargado del caso), se realice una adecuada solicitud de dictamen pericial, se sigan las reglas de la cadena de custodia y el tiempo establecido para el envío de las muestras al Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses.⁸⁹ Para posteriormente extraer el ADN contenido en estas muestras biológicas y aplicar las técnicas más avanzadas de la genética molecular para determinar su perfil genético y realizar las comparaciones con el perfil genético obtenido de indicios. Logrando con ello la identificación o exclusión de un sujeto como donador de una muestra biológica indubitada.⁹⁰

En razón de que la validez de la prueba de ADN depende de que esta sea realizada por personal calificado, la Sección de Bioquímica Forense cuenta con profesionales de diferentes áreas, entre ellos Microbiología y Química Clínica, Biología y Biotecnología. Además, tienen estudios de postgrado en diversas ramas, por lo cual hay especialistas en Inmunohematología, en Ciencias Forenses, en Genética, en Biología Molecular y Celular. También, hay técnicos o asistentes de

⁸⁹ Dirección General del Organismo de Investigación Judicial, “Reiteración de la Circular 22-DG-15: Reiteración de directrices relacionadas con la atención de víctimas de delitos sexuales y la Circular 12-DG-16: Procedimiento a seguir sobre indicios recolectados en la Morgue Judicial y Remitidos al Departamento de Ciencias Forenses”: 5 de noviembre, 2017, (consultado el 20 de enero, 2020).

⁹⁰ Dirección General del Organismo de Investigación Judicial, “Circular N° 08-DG-2013: Toma de muestras para inclusión en bases de datos de perfiles genéticos de ADN y Uso obligatorio del formulario “consentimiento Informado de casos penales”: 11 de marzo 2013, (consultado el 25 de enero, 2020).

laboratorio con formación universitaria y personal administrativo con formación en dicho campo.⁹¹

Así mismo, los peritos forenses de esta sección deben contar con una alta experiencia y entrenamiento para realizar las siguientes tareas. Formular una hipótesis a raíz de la pregunta legal realizada por el investigador o el fiscal. Ser rigurosos en la aplicación del método científico para realizar adecuadamente las tareas técnicas del análisis de ADN. Contar con habilidades para evaluar las evidencias, identificar manchas, interpretar resultados, emitir conclusiones. Cuando sea necesario, dar testimonios en los juicios para respaldar las conclusiones derivadas de los análisis que realizaron en el caso concreto.⁹²

El laboratorio de la Sección de Bioquímica Forense, para realizar dichas pericias debe de cumplir con los requerimientos y procedimientos técnicos que demanda el riguroso Sistema de gestión de calidad ISO 17025 y las normativas del proceso de acreditación, pues es así como certifica su competencia técnica para realizar las pericias genéticas.⁹³

III. Abogado (a) defensor (a)

Una vez que alguna de las autoridades judiciales ha realizado la solicitud de dictamen pericial de ADN, el abogado defensor tiene que realizar varias tareas de gran relevancia, para garantizar el cumplimiento del derecho defensa de la persona investigada en el proceso penal.

Le corresponde verificar que se hayan dado las condiciones ideales y legales respecto a la recolección, embalaje, transporte y cadena de custodia de los indicios biológicos. Debe de verificar que existe claridad sobre las personas y las fechas en

⁹¹ Organismo de Investigación Judicial, Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses, Consultado el 14 de enero, 2020, <https://sitiooij.poder-judicial.go.cr/index.php/oficinas/departamento-de-ciencias-forenses/bioquimica>

⁹² Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica, Lara Segura & Asoc., 2006), 168.

⁹³ *Ibid.*, 159-160.

las que se ha tenido acceso a las muestras biológicas, para así eliminar cualquier sospecha de manipulación o contaminación de las mismas.

Al momento de la toma de la muestra de ADN de referencia del imputado y debido a que esta puede ser tomada aún sin su consentimiento e incluso de manera forzosa. Le corresponde verificar que este proceso se realice respetando su dignidad humana y evitando cualquier trato inhumano o degradante. En caso de que el juez haya autorizado una restricción de esos derechos fundamentales, debe verificar que la resolución judicial se encuentre fundamentada. Además, de que se le haya informado al imputado en términos comprensibles, las razones por las que se ha de efectuar la diligencia y sus consecuencias.⁹⁴ Al respecto de esta asistencia letrada en esta etapa, María Victoria Álvarez Buja señala

(...) bajo nuestro punto de vista, tampoco resulta desaconsejable la presencia del abogado durante la ejecución de la medida, ya que la asistencia letrada no hace sino elevar las garantías procesales en el desarrollo de la misma, pudiendo además el/la abogado/a, advertir si se observan o no en el momento de la extracción de la muestra biológica las pautas necesarias para preservar debidamente la cadena de custodia, elemento clave (...) para que la prueba de ADN y sus resultados puedan considerarse ulteriormente válidos y desplegar eficacia probatoria.⁹⁵

Una vez que los peritos han realizado el estudio de las muestras biológicas y se ha emitido un dictamen pericial, el defensor tiene la labor de revisar el proceso realizado por el analista y cuestionar cuando sea posible los resultados obtenidos por el laboratorio. En este momento, ha de verificar que el perito ha trabajado respetado las normas internas y externas que rigen el proceso, para lo cual podrá revisar el expediente o registro que debe llevar dicho perito sobre todos los procedimientos analíticos implementados para realizar la pericia (puesto que pueden existir errores, cambios involuntarios o intencionales en las muestras analizadas), la metodología

⁹⁴ María Victoria Álvarez Buján, "Análisis crítico sobre la prueba de ADN: Virtualidad científica y jurídica" (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2018), 282.

⁹⁵ Ibid.

utilizada, los reactivos, los conteos y la lectura de los resultados. Además, que se trabajaron las muestras dubitadas y no dubitadas por separado y que los controles dieron resultados, pues se compararon los criterios por otros dos analistas.⁹⁶

Es importante que para realizar todas estas tareas el (la) defensor (a), tenga los conocimientos mínimos sobre los problemas que pueden observarse en los resultados del laboratorio, para plantearse interrogantes válidas.⁹⁷ Igualmente, en esta importante tarea y según lo reconocido en el artículo 126 del Código Procesal Penal, el abogado defensor podría contar con la asistencia de un consultor especialista en las técnicas de análisis de ADN, el cual

podrá presenciar las operaciones periciales, acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones. Podrán acompañar, en las audiencias, a la parte con quien colaboran, auxiliarla en los actos propios de su función o interrogar, directamente, a peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte a la que asisten.⁹⁸

B. Sujetos pasivos

El artículo 88 del Código Procesal Penal establece que se puede realizar una intervención corporal al “imputado aún sin su consentimiento” y a “otras personas”, para extraer muestras biológicas indubitadas necesarias para la realización de una prueba de ADN, cuyos resultados servirán para averiguar circunstancias relativas a la comisión y la autoría del hecho punible investigado.⁹⁹

Esta intervención debe de realizarse siguiendo las reglas del saber médico y no debe de afectar la salud o integridad física, ni contraponerse seriamente con las

⁹⁶ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica: Lara Segura & Asoc, 2006), 77.

⁹⁷ *Ibid.*, 79.

⁹⁸ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 126, SINALEVI (consultado 23 de enero, 2020).

⁹⁹ *Ibid.*, artículo 88.

creencias de la persona sometida a dicha medida. Es así como se permiten realizar “tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales (...)”.¹⁰⁰

I. Víctima

Por la manera en la que han sido perpetrados diversos ilícitos penales, puede ser que la víctima tenga en su cuerpo vestigios biológicos que pertenezcan al autor de los hechos. Razón por la cual resulta necesario realizar una intervención médica en el cuerpo de la víctima para extraer y analizar las muestras biológicas dubitadas, con la finalidad de identificar el perfil genético del sujeto sospechoso y así coadyuvar con el avance la investigación penal. Al mismo tiempo se pueden tomar muestras biológicas a dicha víctima, con la finalidad de descartar el aporte de su perfil genético en la muestra dubitada hallada en un indicio.

Es importante recalcar que se hace referencia a la víctima, en los términos señalados por el artículo 70 inciso a) del Código Procesal Penal, entendida esta como “la persona directamente ofendida con el hecho delictivo investigado”.¹⁰¹ En el caso de que la víctima haya fallecido la tarea de la toma de las muestras biológicas en su cuerpo, se realiza como parte de las técnicas empleadas por el patólogo forense durante la autopsia y estas son luego remitidas a la Sección de Bioquímica forense para ser analizadas. Mientras que si la víctima está viva, tiene la libertad de decidir si se somete voluntariamente a una prueba de ADN, por lo cual deberá otorgar su consentimiento en forma válida y expresa, para que le sean tomadas las muestras biológicas necesarias.¹⁰² Por ende, si rechaza dicha intervención no puede ser compelida de forma coercitiva a una intervención corporal con fines de identificación genética, pues tal y como lo señala el artículo 71.1 inciso a), la víctima tiene derecho

¹⁰⁰ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 88, SINALEVI (consultado 23 de enero, 2020).

¹⁰¹ Ibid., artículo 70 inciso a).

¹⁰² José María Garzón Flores, “La prueba de ADN en el proceso Penal”, (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia de España, Escuela Internacional de Doctorado, 2017), 82.

“a recibir un trato digno, que respete sus derechos fundamentales y que procure reducir o evitar la revictimización con motivo del proceso”.¹⁰³

II. Terceras personas

También, se da la posibilidad de practicar dicha prueba a terceras personas diferentes del imputado y la víctima. Estas personas no tienen una relación directa con la comisión del hecho punible, como, por ejemplo: testigos, transeúntes circunstanciales en el lugar de los hechos, familiares o parientes de la persona sospechosa o investigada.

En cuanto a estos sujetos, tienen la libertad de decidir voluntariamente, si facilitan sus muestras biológicas para la realización de la subsiguiente prueba de ADN, pues no existe para ellas una obligación procesal de soportar dicha medida. Por lo que, en el supuesto de negarse a someterse a una intervención de este tipo, no se les podría aplicar la utilización de medidas coactivas. Además, deben de ser informados sobre todas las particularidades de la diligencia de la toma de la muestra, sobre el consecuente análisis de su ADN y la finalidad con la que se utilizarán las muestras.¹⁰⁴ Sobre la utilidad de la realización de la prueba de ADN en terceras personas, María Victoria Álvarez Buján detalla

(...) Pensemos por ejemplo en el caso de que el sujeto encausado tenga un gemelo univitelino, pues su perfil genético podría ser identificado indirectamente gracias a una muestra de ADN facilitada por su hermano. Lo mismo ocurriría en el caso de que se analizare el ADN de un pariente materno del sujeto investigado, puesto que ambos compartirían el mismo ADN mitocondrial.¹⁰⁵

¹⁰³ Poder Legislativo, Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 71.1 inciso a), SINALEVI (consultado 12 de agosto, 2019).

¹⁰⁴ María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: Virtualidad científica y jurídica” (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2018), 364.

¹⁰⁵ Ibid., 360.

III. Imputado

El imputado es definido como aquella persona sobre la cual recaen indicios serios y racionales de haber cometido un ilícito penal objeto de investigación, por lo que con base en tales circunstancias, muy probablemente recaerá la imputación formal.¹⁰⁶ Según el ordenamiento jurídico costarricense, un individuo adquiere la calidad de imputado, a partir de la existencia de algún acto de investigación dentro de un proceso penal, que lo señala como posible autor de un hecho punible o partícipe del mismo.¹⁰⁷ Sobre el momento en el cual un sujeto dentro de una investigación penal adquiere la condición de imputado, cabe resaltar el siguiente criterio manifestado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José,

(...) En este sentido, conviene recordar que el artículo 81 del Código Procesal Penal dispone que: “Se denominará imputado a quien, mediante cualquier acto de la investigación o del procedimiento, sea señalado como posible autor de un hecho punible o partícipe en él”. Esto significa que, no es cualquier señalamiento de una persona dentro una investigación o proceso el que tiene la capacidad de definir si una persona es imputada o no, sino sólo aquel que la relacione como posible autor de un hecho punible o partícipe en él. De ahí que, exceptuando los casos de flagrancia en donde el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido, o se encuentre con objetos o rastros que hacen presumir, vehementemente, que acaba de participar de un delito (artículo 237 *ibíd.*), o en aquellos asuntos en donde la formulación de la denuncia o querrela por delito de acción pública ya trae inmersa una imputación directa contra quien se atribuye es el autor de los hechos (artículos 76 y 280 *ibíd.*), en los restantes casos tal acto procesal o de investigación no se encuentra expresamente definido, sino que será en cada situación

¹⁰⁶ María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: Virtualidad científica y jurídica” (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2018), 307.

¹⁰⁷ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 81, SINALEVI (consultado 19 de febrero, 2020).

particular en la cual se deberá individualizar por parte de los operadores del sistema de justicia penal, en especial, por la policía judicial, el Ministerio Público y las personas juzgadoras que participan en la etapa preparatoria.¹⁰⁸

El artículo 88 del Código Procesal Penal, indica que el imputado es considerado como un objeto de prueba -no rige en su favor ningún derecho de abstención- en aquellos actos en los que no se requiere de su participación activa o cooperación; es decir no se trata de un hacer, sino que, ante la obtención de la prueba, su actitud es pasiva. Por lo cual, la autoridad judicial competente puede ordenar la intervención en su cuerpo, para que un perito en salud capacitado, extraiga muestras biológicas (por lo general es toma de muestras de sangre) y se dé la consecuente prueba de ADN en el caso concreto, con el objetivo de “constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad”. En este sentido el imputado podría decidir aportar voluntariamente sus muestras biológicas y para ello sería necesario tomar su consentimiento informado. Pero si este no quisiera aportarlas, el Ministerio Público o el Juez penal -dependiendo de si es una intervención corporal leve o grave-, pueden ordenar que aun contra su voluntad y sin su consentimiento, que se utilice la coerción física sobre su cuerpo, para obligarlo a soportar dicha medida y obtener las muestras biológicas que resulten indispensables para efectuar la prueba de ADN. Siempre que dicha medida sea proporcional y razonable, y se realice empleando en todo caso la menor fuerza necesaria.¹⁰⁹

Jurisprudencialmente se ha reconocido que debido a que no es necesario el consentimiento del imputado para tal diligencia, no resulta necesaria la presencia del abogado defensor en el acto de extracción de la muestra biológica, ni el posterior análisis de ADN. Sobre ello la Sala Tercera en el voto 2004-0080 de las 09:25 horas del 13 de febrero de 2004, recalca lo siguiente

(...) De conformidad con el artículo 88 del Código Procesal Penal, las intervenciones corporales sobre el imputado (como la que se hace para

¹⁰⁸ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Recurso de apelación de sentencia: voto 00912-2018 del 12 de julio de 2018, 10:30 horas (expediente 15-021637-0042-PE).

¹⁰⁹ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 88, SINALEVI (consultado 19 de febrero, 2020).

obtener muestras de sangre para realizar el examen de ADN) pueden ordenarse aún contra su voluntad, por lo que no importa que P.S. no estuviese de acuerdo en someterse a la prueba.(...) Asimismo, debe advertirse que la intervención corporal se realiza conforme a las reglas del saber médico, sea que se trata de un trabajo científico contra el cual no cabe la oposición del acusado, por lo que no se requiere la presencia del defensor para el momento de la extracción de la muestra ni para su examen bioquímico, pues es el protocolo que se lleva del examen lo que sirve de garantía de que la prueba se haya realizado conforme lo exigen las reglas de las ciencias médicas.¹¹⁰

Sección D: Fases de ejecución de la pericia de ADN con fines de identificación criminal

La prueba pericial de ADN inicia con la recolección de los vestigios biológicos de los indicios y la toma de las muestras biológicas de referencia de las partes de la investigación penal, para luego extraer de cada tipo de muestra la región no codificante del ADN nuclear, que será estudiada para determinar el perfil de ADN y realizar los análisis genéticos comparativos. Cuyos resultados se darán a conocer a las partes mediante un dictamen criminalístico. Seguidamente se explicará con mayor detalle cada una de las fases de ejecución de esta prueba pericial.

A. Toma de las muestras biológicas

Algunos de los principales fluidos biológicos de los cuales se puede extraer ADN apto para la identificación humana, son: semen, saliva, sangre, tejidos blandos, células epiteliales, orina, elementos pilosos, uñas, restos óseos y dentarios. Estas muestras biológicas, dependiendo del lugar en el que se encuentren o de la persona de la que se tomen se clasifican en dos tipos:

¹¹⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto 00080-2004 del 13 de febrero de 2004. 09:25 horas (expediente 02-200042-0305-PE).

I. Muestras dubitadas o indicios

Son aquellos restos biológicos que son recolectados del sitio del suceso, los objetos que se presumen que fueron empleados para cometer el delito, de las ropas o el cuerpo de víctima (ya sea que se encuentre viva o muerta), los cuales serán utilizadas como indicios en las diversas investigaciones penales. Su presencia tiene su explicación en el Principio de Transferencia o Locard, el cual detalla que cuando dos cuerpos entran en contacto, se transmiten moléculas el uno al otro. Estas son de origen desconocido, pues no se sabe a qué sujeto pertenecen y es tarea de los peritos forenses determinar su identificación genética.

Algunas de las muestras dubitadas de las cuales se puede recolectar ADN son: la sangre (habitualmente en forma manchas en ropas y otros indicios o en forma líquida), semen (obtenido mediante hisopados vaginales, anales y orales o manchas sobre prendas de la víctima), saliva (en forma de manchas sobre filtros de colillas de cigarrillos, chicles, botellas, vasos, restos de comida, sobres o en prendas de vestir: zona coincidente con la boca en el caso de un pasamontañas o la ropa de la víctima u otros indicios, en la piel mordida de la víctima, etc.), la raíz de los elementos pilosos (si tienen raíz se puede encontrar ADN nuclear, de lo contrario solo ADN mitocondrial), células epiteliales (en cuellos de camisetas, gorras, pantalones, en las uñas de la víctima si medió lucha), incluso en las heces u orina encontradas en una escena del crimen.¹¹¹

El Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial ha establecido protocolos específicos que debe seguir el personal para realizar las tareas de recolección, preservación, embalaje, custodia, procesamiento y análisis de cada tipo de muestra biológica dubitada. Con la finalidad de realizar un tratamiento especializado de las muestras biológicas, pues por su composición y las condiciones ambientales pueden contaminarse, alterarse o destruirse el ADN contenido en ellas.¹¹²

¹¹¹ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 552.

¹¹² *Ibid.*, 551.

Además, estas muestras biológicas deben de ser tratadas de conformidad con la cantidad, calidad y pureza del ADN que es posible extraer de ellas. Pues ellas, se clasifican en distintas categorías según la cantidad de ADN que pueden brindar. En una primera categoría se encuentran los restos de tejidos y semen, pues son las muestras con mayor cantidad ADN. En la segunda categoría se encuentra la sangre, pues el ADN contenido en este fluido solo se encuentra en el núcleo de los glóbulos blancos, los cuales se encuentra en pequeñas cantidades, ya que la mayoría de su composición son glóbulos rojos que no tienen núcleo. En la tercera categoría la saliva, la cual posee ADN en menor cantidad debido al pequeño volumen de restos celulares que transporta este fluido corporal y a la menor área de contacto. En la cuarta categoría se encuentran las células epiteliales o trazas de ADN, que por su naturaleza física no presenta en todos los sustratos la misma adherencia para retener suficientes células y no todos los seres humanos tiene la misma capacidad de transferir sus células.¹¹³

El perfil de ADN obtenido del estudio de estos fluidos biológicos, es utilizado para ser comparado con las muestras de referencia de la víctima o del sospechoso, que serán abordadas en el siguiente apartado.

II. Muestras indubitadas o de referencia

Son restos biológicos extraídos de una persona cuya identidad es conocida dentro de la investigación penal, por ejemplo, del imputado sospechoso de cometer el delito, la víctima o terceras personas.

La Sección de Bioquímica Forense del Departamento de Ciencias Forenses, redactó un Procedimiento de Operación Normado específico (PON), que deben seguir todos los sujetos que intervienen en la toma de las muestras biológicas de las partes involucradas en un proceso penal; con la finalidad de evitar su contaminación o alteración y asegurar que se cumpla con la cadena de custodia. En este procedimiento

¹¹³ José Antonio Cano Fernández y Blanca Arce Antón, “Genética forense: crimen e identidad”, *Revista Expresión Forense*, No. 11, (2014):46-47 consultado 01 de febrero, 2020, http://www.criminalistica.mx/expresionforense.com/Archivo_coleccion_EF/expresion%20forense_no%2011_febrero_2014.pdf

se enmarca el “conjunto de pasos uniformes para la toma de muestras biológicas a personas (...) que así lo requieran en la Sección de Bioquímica y la Clínica Médico Forense (en casos de atención de víctimas de Delitos Sexuales) del Departamento de Ciencias Forenses, las Cárceles, casas de habitación, Hospitales, Circuitos Judiciales del país, entre otros”.¹¹⁴

Se detalla que para proceder a la toma de la muestra biológica, debe existir una solicitud escrita o digital, firmada por el Fiscal o Juez a cargo de la investigación. En esta solicitud se indica la persona a la que se le va a recolectar la muestra biológica y el tipo de muestra que se va a extraer. Por lo general el tipo de muestras que se recolecta son “sangre, orina, fluido seminal, saliva, células de mucosa oral, frotis de piel y residuos subungueales”.¹¹⁵

En aquellas investigaciones penales que se tramitan en el área metropolitana, la toma de la muestra la realiza la Sección de Bioquímica Forense del Departamento de Ciencias Forenses y se puede realizar de dos maneras: 1- El paciente se presenta a la recepción del edificio de Toma de muestras de la Sección de Bioquímica Forense. 2- La atención al paciente se puede realizar fuera de la Sección de Bioquímica, en este caso el personal se desplazará a la dirección indicada en la solicitud y se tomará la muestra a la persona indicada.¹¹⁶

En el caso de que la muestra sea tomada en la Sección de Bioquímica, se realiza el siguiente procedimiento, el técnico o el perito que atiende el caso debe de revisar la solicitud de dictamen criminalístico y asignarle un número interno. Luego traslada al paciente al cuarto de la toma de la muestra, se le identifica, se le solicita la cédula de identidad, se le pide que complete y firme un formulario de consentimiento informado y se llena un registro de toma de muestra (el cual depende del tipo de muestra biológica que se debe recolectar). Si es menor de edad debe

¹¹⁴ Organismo de Investigación Judicial, Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses, Sección de Bioquímica, “Procedimiento de Operación Normado Específico (P-DCF-ECT-BQM-51): Procedimiento para la toma de muestras biológicas en pacientes: 23 de junio de 2017”. 3 (consultado 20 de febrero, 2020).

¹¹⁵ Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses, Sección de Bioquímica, “Procedimiento de Operación Normado Específico (P-DCF-ECT-BQM-51): Procedimiento para la toma de muestras biológicas en pacientes: 23 de junio de 2017”. 3 (consultado 20 de febrero, 2020).

¹¹⁶ Ibid., 6.

entrar con un acompañante, al cual se le pide la cédula y es este quien firma el formulario. Se le toma una foto al paciente, su huella dactilar y se adjuntan al registro. Luego de tomar las muestras biológicas, estas se rotulan con el número de caso, la fecha de extracción y los datos personales del donante (nombre, número de cédula y firma). Después, se ponen en una cámara de secado, y una vez que se secan, se embalan en un sobre de manila identificado, se lacran y se remiten al perito encargado del caso que las va a analizar. Cuando el perito no las puede analizar en ese momento se envían a la bodega de indicios para su custodia,¹¹⁷ en la cual serán conservadas a temperatura ambiente o en congelación a -20°C y el acceso a la bodega será controlado.¹¹⁸

En los casos en los que la muestra es tomada afuera por personal de la Sección de Bioquímica, quien esté a cargo debe tomar la muestra y luego proceder a embalar y lacrar las muestras recolectadas, adjuntar una boleta de cadena de custodia y entregar a la Sección de Inspecciones Oculares y Recolección de Indicios del Departamento de Investigaciones Criminales. Pues esta es la sección encargada de trasladar y enviar las evidencias físicas al Laboratorio de Ciencias Forenses.¹¹⁹

De acuerdo con lo establecido en este instructivo, la toma de muestras de referencia de los imputados y los ofendidos de los casos penales, se puede realizar por medio de la extracción de sangre capilar, al punzar su yema del dedo con una lanceta de metal y estampar las gotas de sangre sobre los dos círculos de la tarjeta FTA mini. Esta es una tarjeta especial de “un papel de celulosa a base de algodón que contienen sustancias químicas que queman las células, desnaturalizan las proteínas y protegen el ADN, lo cual deja las muestras aptas para la identificación molecular sin el riesgo de contaminación”.¹²⁰

¹¹⁷ Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses, Sección de Bioquímica, “Procedimiento de Operación Normado Específico (P-DCF-ECT-BQM-51): Procedimiento para la toma de muestras biológicas en pacientes: 23 de junio de 2017”. 7 (consultado 20 de febrero, 2020).

¹¹⁸ Ibid., 10-11.

¹¹⁹ Ibid., 8.

¹²⁰ AVIAGEN, ¿Cómo tomar muestras con las tarjetas FTA?. Consultado el 02 de marzo, 2020 http://en.aviagen.com/assets/Tech_Center/BB_Resources_Tools/Vet_How_Tos/AVIAVetHowTo02-TakeFTACardSamples-ES15.pdf

Pero, también pueden tomarse del epitelio oral. Esta tiene la ventaja de ser indolora y menos invasiva, pues se realiza mediante un hisopo que se frota en el interior de la boca del paciente para recoger células del interior de la mejilla. Pero tiene la desventaja de que en la boca hay gran cantidad de bacterias producto de los alimentos, que podrían provocar la contaminación o destrucción del ADN. Por ello, aunque la toma de la muestra de sangre es más invasiva y dolorosa para el paciente, es más ventajosa y recomendable, pues el ADN se preserva en mejores condiciones.¹²¹

Este PON establece que, si el imputado se niega a que se tome la muestra biológica, el técnico o perito debe de hacerlo constar en el formulario de la toma de la muestra y debe firmar junto con un testigo. Luego debe comunicarlo a la autoridad judicial que lleva el caso, para que resuelva de inmediato, por fax, vía telefónica o por correo electrónico. Si recibe respuesta, esta debe de ser por escrito y si se le autoriza para la toma de la muestra biológica en contra de la voluntad del imputado, la realizará en presencia del personal suficiente que pueda inmovilizar al paciente. Además, si se encuentra en la Sección de Bioquímica, debe solicitar la presencia de al menos un funcionario de seguridad. Pero si el perito no recibe respuesta afirmativa de la autoridad judicial, no puede proceder a tomar la muestra.¹²²

Según el microbiólogo clínico Manuel González Cordero, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses, estas muestras se van a conservar durante el proceso judicial y aún después de terminado. Esto ante una eventual revisión del asunto y ante la posible solicitud de repetición de la prueba por el mismo laboratorio o una contra pericia a cargo de otro laboratorio.¹²³ Lo anterior,

¹²¹ AVIAGEN, ¿Cómo tomar muestras con las tarjetas FTA?. Consultado el 02 de marzo, 2020 http://en.aviagen.com/assets/Tech_Center/BB_Resources_Tools/Vet_How_Tos/AVIAVetHowTo02-TakeFTACardSamples-ES15.pdf

¹²² Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses, Sección de Bioquímica, "Procedimiento de Operación Normado Específico (P-DCF-ECT-BQM-51): Procedimiento para la toma de muestras biológicas en pacientes: 23 de junio de 2017". 8-9, (consultado 20 de febrero, 2020).

¹²³ Entrevista Manuel González Cordero, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, mensaje de correo electrónico, de las 17:50 del 12 de febrero, 2020.

por el plazo de diez años, según lo estipulado en la circular 103-2014, emitida por el Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia.¹²⁴

B. Análisis de las muestras biológicas y comparación de perfiles genéticos

Los peritos forenses de la Sección de Bioquímica, del Departamento de Ciencias Forenses del OIJ, son los encargados de realizar los análisis forenses de las muestras biológicas dubitadas e indubitadas. Dicha labor la realiza de la siguiente manera:

I. Análisis preliminar de identificación serológica

En la primera etapa los peritos de la Unidad de Análisis Clínicos, se encargan de aplicar diversas técnicas para determinar la naturaleza, caracterización y el organismo de procedencia del fluido biológico hallado en el indicio recibido. Para ello utilizan tres tipos de pruebas preliminares, las cuales se realizan solo cuando se dispone de gran cantidad de muestra biológica. Pues se pretende estas no se agoten en un solo uso y se puedan realizar los análisis moleculares posteriores. Estas pruebas son las siguientes:

I.I Pruebas presuntivas u orientativas

Son pruebas cualitativas que revelan la posible naturaleza de una mancha, pero no la aseguran. Es decir, dicen si un fluido podría estar presente, pero no determina la cantidad, ni la calidad del material. Por ejemplo, se utilizan lámparas para determinar si una mancha podría o no ser sangre o semen; si el resultado es negativo no se trata de un fluido biológico y si el resultado es positivo debe de confirmarse con

¹²⁴ Poder Judicial, Acta número 34-14 de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del veintidós de abril de dos mil catorce: artículo LI, NEXUS (consultado 25 de febrero de 2020).

otra prueba.¹²⁵ Estas son sencillas de realizar, de bajo costo, rápidas, fáciles de ejecutar, consumen poca muestra y ayudan a seleccionar las manchas que se deben analizar en etapas posteriores.

I.II Pruebas confirmatorias o de certeza

Permiten determinar con seguridad el tipo de resto biológico que se encuentra en un indicio. Por ejemplo, para determinar si se trata de semen, se podría utilizar un microscopio para detectar la presencia de espermatozoides o se realizan pruebas de detección de hemoglobina, para saber si es sangre.¹²⁶ Son pruebas más sensibles, requieren de tiempo para poder ejecutarlas, tienen un mayor coste económico y logran la identificación absoluta o concluyente del fluido biológico que se encuentra en un indicio.

I.III Pruebas específicas o de especie

Luego de determinar la presencia y el tipo de muestra biológica, estas pruebas se utilizan para determinar el organismo al cual pertenece, es decir si se trata de una muestra humana o animal. Por ejemplo, se puede realizar un estudio morfológico de un elemento piloso para saber si es humano o animal.¹²⁷

II. Análisis molecular del ADN

Después, de saber la naturaleza y origen de la muestra biológica o cuando no se han podido realizar estos estudios, debido a la escasa cantidad de fluido biológico; en una segunda etapa los peritos de la Unidad de Genética Forense, proceden a extraer el ADN contenido en estas, para estudiar las zonas polimórficas (marcadores

¹²⁵ Lourdes Prieto Solla, "Aplicaciones forenses del ADN". *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1876-1877, consultado el 08 de diciembre, 2019, <https://docplayer.es/46338038-Aplicaciones-forenses-del-adn.html>

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

genéticos de ADN), con la finalidad de determinar el perfil genético e individualizar el sujeto al que pertenece la muestra biológica.

Dependiendo de la solicitud realizada por la autoridad judicial y de la muestra recibida el laboratorio, se aplican análisis moleculares con los siguientes marcadores genéticos: STRs autosómicos, STRs cromosoma Y y ADN mitocondrial región control. Este apartado se centra en el análisis realizado a los STRs autosómicos (estudio del ADN nuclear), el cual se realiza de la siguiente manera:

II.I Extracción y purificación de ADN

La Unidad de Genética Forense realiza este proceso en manchas, fluidos biológicos, pelos, tejidos blandos cadavéricos (hueso, diente). En esta fase el perito utiliza técnicas manuales y automatizadas, para separar las células del sustrato en el que están depositadas, para romper la membrana citoplasmática y la membrana nuclear y extraer el ADN contenido en estas. Luego aíslan el fragmento o región del ADN que desean estudiar.¹²⁸

Este paso es fundamental, pues de ello depende el éxito del estudio del ADN. Además, el perito no debe consumir toda la muestra, pues es necesario conservarla para futuras repeticiones (por eventos de contaminación o resultados no concluyentes) o contraperitajes solicitadas por las partes (cuando existen dudas sobre la autenticidad de la muestra, ya sea porque presumen que ha sido alterada o no se preservó la cadena de custodia).

II.II Cuantificación del ADN total

Una vez que se ha extraído el ADN, el perito forense determina la cantidad y calidad del ADN que se ha logrado aislar. Esto es de vital importancia, porque se requieren cantidades muy precisas para realizar los análisis posteriores y si no se cuenta con suficiente ADN, no se puede realizar la siguiente fase. Además, “el exceso

¹²⁸ Lourdes Prieto Solla, “Aplicaciones forenses del ADN”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1876-1877, consultado el 08 de diciembre, 2019, <https://docplayer.es/46338038-Aplicaciones-forenses-del-adn.html>

o el defecto en la cantidad de ADN utilizada para realizar el análisis, puede dar a lugar a falsos resultados negativos o a problemas en la lectura o en la interpretación”.¹²⁹

También, por medio de esta técnica se pueden determinar si existe una degradación de las muestras biológicas que pueda afectar el análisis posterior y solo en caso de que el vestigio biológico cuente con las condiciones óptimas se sigue con el siguiente procedimiento.

La tecnología empleada por los peritos de la Unidad de Genética Forense para realizar la cuantificación es el “PCR en Tiempo Real (RT-PCR)”. Este es un método cuantitativo que copia regiones específicas del ADN, monitorea el proceso y calcula la cantidad inicial de ADN con la que se cuenta. Se realiza por medio de un termociclador que detecta y cuantifica en cada ciclo, la señal fluorescente que emite el fragmento de interés.¹³⁰

II.III Amplificación de marcadores genéticos (PCR)

En esta etapa se realiza el proceso denominado reacción en cadena de polimerasa (PCR por sus siglas en inglés). En este proceso enzimático una fracción o secuencia específica del ADN es replicada una y otra vez, para generar una mayor cantidad y mejor caracterización de esa región de interés.¹³¹ Gracias a la técnica del PCR se realizan amplificaciones de las muestras biológicas que cuentan con muy poca o escasa cantidad de ADN o cuando está parcialmente degradado. Además, se evita agotar la muestra y se logra conseguir una mayor rapidez en el análisis.¹³²

La región o banda específica de la molécula de ADN (con los cuatro nucleótidos: A, T, G, C) que se desea amplificar se coloca en un tubo de ensayo junto

¹²⁹ Lourdes Prieto Solla, “Aplicaciones forenses del ADN”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1878, consultado el 08 de diciembre, 2019, <https://docplayer.es/46338038-Aplicaciones-forenses-del-adn.html>

¹³⁰ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 553.

¹³¹ Jaime Robleto Gutiérrez, “El A.D.N. y su importancia en la investigación criminalística”, *Revista de Ciencias Penales*, No.18 (noviembre:2000): 102.

¹³² Prieto Solla, 1878.

con una enzima llamada polimerasa. A su vez este tubo es colocado en un termociclador (que programa cambios de temperatura) y en cada ciclo de temperatura (calentamiento y enfriamiento) se logra obtener una nueva copia en la que se han duplicado los fragmentos de interés. Una reacción de PCR puede comprender entre 20 y 40 ciclos, por lo que se logran obtener una cantidad necesaria, suficiente y adecuada del segmento de ADN para realizar el análisis de la muestra amplificada; ya que por ejemplo durante treinta ciclos se logran obtener un millón de copias del fragmento de interés.¹³³

II. IV Separación y detección de los fragmentos amplificados

En esta fase el perito realiza una caracterización y clasificación de los fragmentos del ADN o marcadores genéticos amplificados en cada muestra biológica analizada (dubitada e indubitada), para diferenciar unas de otras, lograr su visualización y posterior estudio comparativo.¹³⁴ El método utilizado actualmente por la Unidad de Genética Forense se denomina “Separación de fragmentos mediante electroforesis capilar”, proceso automatizado mediante el cual se utilizan analizadores genéticos y reactivos con marcajes fluorescentes, para lograr la separación y visualización de los fragmentos de ADN, al detectar la emisión de fluorescencia.¹³⁵

En un tubo de ensayo se da una tinción de cada marcador genético con distintos colores fluorescentes. Cuando los fragmentos de ADN empiezan a migrar, un rayo láser los excita e induce la fluorescencia de los marcadores, que es detectada por el equipo y este almacena la información sobre el orden de los nucleótidos en ese

¹³³ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica: Lara Segura & Asoc, 2006), 56.

¹³⁴ Lourdes Prieto Solla, “Aplicaciones forenses del ADN”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1878, consultado el 08 de diciembre, 2019, <https://docplayer.es/46338038-Aplicaciones-forenses-del-adn.html>

¹³⁵ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 562.

segmento de ADN, para su posterior análisis. Es así como cada alelo se va a distinguir de los otros, de acuerdo con su tamaño y al color que resulta del colorante.¹³⁶

Luego el resultado obtenido o el electroferograma, se analiza mediante el programa de cómputo llamado “GeneScan o Genotyper” que logra obtener automáticamente la identificación de los alelos de los diferentes marcadores genéticos que constituyen el perfil de ADN en cada muestra biológica analizada.¹³⁷

II.V Lectura e interpretación de los resultados obtenidos: asignación y comparación de perfiles genéticos

Para poder asignar el perfil genético de un individuo se debe obtener por cada marcador genético o locus, al menos dos fragmentos o alelos amplificados, que se nombran de acuerdo con el número de repeticiones de nucleótidos que contengan. Estos alelos provienen uno de la madre y otro del padre, por lo que si el número de repeticiones de nucleótidos obtenidos para cada alelo coincide, el genotipo es homocigoto y si difieren será heterocigoto.¹³⁸

En esta fase el perito evalúa el poder de discriminación de los marcadores genéticos utilizados para el análisis, pues determinará si estos han sido bastante informativos y polimórficos (de alta variabilidad en cuanto a su localización y frecuencia). De modo que, si lo fueron, el perito procederá a la comparación del perfil genético obtenido de la muestra dubitada y el obtenido de la muestra de referencia.¹³⁹

Para este cotejo el perito estudia en cada perfil genético, la escalera alélica de al menos doce microsatélites (STRs) y el marcador amelogenina, el cual es útil para

¹³⁶ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 563.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid., 564.

¹³⁹ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica: Lara Segura & Asoc, 2006), 110.

confirmar o determinar el sexo del individuo al que pertenece la muestra dubitada.¹⁴⁰ Permitiendo que con ello llegue a tres posibles resultados:

a. Pareo/no exclusión

Se obtendrá un resultado de inclusión si el perito logra determinar la total coincidencia entre los marcadores genéticos del perfil genético obtenido de la muestra dubitada y el perfil genético obtenido de la muestra de referencia. Para ello los dos alelos de cada marcador genético analizado de la muestra de referencia y el indicio, deben de coincidir.¹⁴¹

De esta manera, el perito concluye que la persona que aporta el material genético usado para la comparación, no puede ser excluido como probable donador del material biológico hallado en el indicio. Este resultado se acompaña de un estudio estadístico que demuestra la capacidad de la prueba para diferenciar entre las personas. Es así como mediante un estudio poblacional el perito estima la frecuencia de ocurrencia de un determinado genotipo en la población de interés (frecuencia alélica); para decir qué tan probable es que dos individuos no emparentados y seleccionados en forma aleatoria en la población dada, puedan tener genotipos idénticos.¹⁴²

En el laboratorio de la Unidad de Genética Forense, para emitir un criterio de inclusión y con la finalidad reducir la probabilidad de coincidencia al azar y obtener resultados de calidad; se analizan al menos doce marcadores genéticos en casos simples (obteniéndose dos fragmentos de ADN a partir de cada marcador, generando un total de 24 fragmentos o alelos). Mientras que en casos complejos se analizan hasta diecisiete marcadores genéticos. Se consideran casos complejos: 1-muestras vaginales positivas por semen y en las que únicamente se detecta luego el perfil de

¹⁴⁰ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 565.

¹⁴¹ *Ibid.*, 567.

¹⁴² *Ibid.*

la víctima y 2- muestras vaginales donde existe mezcla de perfiles, ello para valorar el número de individuos que participan y su relación entre sí.¹⁴³

b. Discriminación/exclusión

El resultado de exclusión se da cuando los dos alelos de uno de los marcadores genéticos analizados de la muestra dubitada y la muestra de referencia, presentan diferencias; lo cual no permite asegurar que las muestras tengan el mismo origen. Por ende el perito concluye con toda seguridad y sin necesidad de realizar un estudio estadístico, que el material genético presente en el indicio no proviene del sujeto que aportó la muestra de comparación, sino que pertenece a una persona diferente.¹⁴⁴

c. Indeterminado/no concluyente

Este resultado se da cuando el número de marcadores genéticos analizados o los resultados obtenidos, no permiten llegar a emitir un criterio de inclusión o exclusión. En diversas ocasiones sucede esto cuando la muestra biológica analizada es escasa o se expuso a factores que provocaron su degradación o contaminación o porque los marcadores analizados no resultaron ser tan informativos o polimórficos.¹⁴⁵

II.VI Elaboración del dictamen criminalístico

Una vez que el perito de la Unidad de Genética Forense ha completado las tareas técnicas en el laboratorio y que los resultados obtenidos han pasado por un proceso de revisión, aceptación, análisis e interpretación. Procede a la confección de

¹⁴³ Marta María Espinoza Esquivel: *“El análisis de ADN aplicado en la administración de justicia”, Unidad de Genética Forense, Sección de Bioquímica, Departamento de Ciencias Forenses, Poder Judicial, presentación de power point, San José, Costa Rica, 06 de noviembre, 2010.*

¹⁴⁴ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 567.

¹⁴⁵ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica: Lara Segura & Asoc, 2006), 110.

un documento oficial denominado dictamen criminalístico, el cual deberá de ser claro, exacto y sin ambigüedades, pues tiene como tarea informar al juez y a las partes sobre el resultado de la pericia de ADN.

En este dictamen se consignan los siguientes apartados: 1-encabezado: donde pone el número de la causa, la autoridad solicitante, la fecha de recepción de la solicitud, la fecha de emisión del dictamen, 2- calidades de los tres peritos intervinientes: el perito actuante, quien revisa y quien lo refrenda; esto es de vital importancia para determinar la capacidad y experiencia de los peritos, 3- el análisis que fue solicitado por el fiscal o el juez, 4- las muestras biológicas que fueron recibidas, 5- la metodología aplicada por el perito: la cual tiene que ser validada por la comunidad científica internacional, 6- análisis realizado a las muestras biológicas, 7- resultados del perfil genético y de las comparaciones realizadas, 8- conclusiones, 9- el destino de los indicios y las muestras de referencia (si la muestra se agotó el perito debe de indicarlo), 10- las firmas de los 3 peritos, 11- se pueden incluir anexos: las tablas de los genotipos, cálculos estadísticos y el registro de la toma de la muestra (fotografía del paciente, firma y huella digital).¹⁴⁶

Los dictámenes que realizan estos peritos no tienen apelación ante el Consejo Médico Legal, solo son susceptibles de plantear una solicitud de aclaración y adición. Esto en virtud de que los expertos que integran ese Consejo no tienen relación jerárquica respecto a los peritos de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses y no poseen los conocimientos técnicos especializados necesarios para valorar estas pericias.¹⁴⁷

Sección E: Valoración de la prueba pericial de ADN en el proceso penal

En la legislación nacional el Código Procesal Penal en el artículo 213 establece la figura del peritaje como medio de prueba, indicando que se podrá ordenar “cuando,

¹⁴⁶ Marta María Espinoza Esquivel, *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*, (Heredia: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011), 568-569.

¹⁴⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación, voto 2001-00060 del 19 de enero de 2001, 09:00 horas (expediente 97-000051-0361-PE).

para descubrir o valorar un elemento de prueba, sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica”. Dicho peritaje se expresa finalmente en un dictamen pericial, el cual según el artículo 218 del mismo cuerpo normativo “será fundado y contendrá, de manera clara y precisa una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado”.¹⁴⁸ Por lo que el estudio y comparación de los perfiles genéticos es un medio de prueba pericial dentro del proceso penal, utilizado para la identificación criminal.

Es por lo anteriormente expuesto que esta prueba pericial resulta de gran valor probatorio, pues para el juez representa el acceso a conocimientos especiales y disciplinas distintas al Derecho, ya que la mayoría de los asuntos puestos en conocimiento ante la jurisdicción penal involucran aspectos sobre otras ciencias. Sin embargo, sobre el valor de la prueba pericial dentro del contexto del proceso penal, es necesario resaltar el criterio de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que indica lo siguiente,

El peritaje indudablemente representa un auxilio especial para el juez, en temas en los cuales no tiene conocimiento, para poder valorar un elemento probatorio, y deducir ciertos aspectos relevantes para la decisión, en la medida en que sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica (...). De ninguna manera tal recurso es imperativo para las partes o para el juez, pues será la utilidad, pertinencia y relevancia de tal “elemento de prueba”, la que determinen la comprobada necesidad procesal de ordenar una pericia, siempre que ello sea posible. En todo caso, el criterio pericial no vincula al juzgador, pues sus conclusiones se agregan a las demás que existan y que deben pasar por la ponderación valorativa según las reglas de la sana crítica.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 213, SINALEVI (consultado 12 de agosto, 2019).

¹⁴⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto 00733-2000 del 30 de junio de 2000, 09:50 horas (expediente 97-201890-0358-PE).

Lo anterior, deja en evidencia que en relación con la valoración de la prueba dentro del proceso penal, el criterio jurisprudencial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia es que de conformidad con el principio de libertad probatoria y el principio de la libre convicción o crítica racional del juez, no existe un sistema de prueba tasada que le otorgue un valor mayor a la prueba pericial en relación con otros medios de prueba.

Al contrario, tal y como lo establece el artículo 184 del Código Procesal Penal, cada elemento probatorio debe ser analizado y valorado libremente por el juez y de manera integral con el resto de elementos probatorios que han sido legalmente incorporados en la investigación judicial; ya que según las reglas de la sana crítica (la lógica, la psicología y la experiencia común), el juez debe de justificar y fundamentar las razones por las cuales le otorga a la prueba una determinada credibilidad.¹⁵⁰ Por ello la prueba pericial no es más que un medio de prueba científico que resulta útil para la administración de justicia, pues le brinda información y valoraciones sobre aspectos complejos de disciplinas distintas al Derecho, pero debe ser valorado críticamente por el juez.

En lo que respecta a la prueba pericial de ADN, el juez debe de verificar la fiabilidad de la prueba realizando un control de la calidad de la misma. Para ello el juez debe de formularse las siguientes interrogantes sobre las labores técnicas realizadas por el perito: 1-Si la toma de las muestras biológicas se dio siguiendo los protocolos de recolección y embalaje, 1-Si se cumplió con el mantenimiento de la cadena de custodia, 3-Si para realizar el estudio de los marcadores genéticos y la comparación de los perfiles genéticos se utilizaron los métodos y técnicas científicas validadas por la comunidad internacional, 4-Cuál fue la población o subpoblación que se escogió como referente para el análisis estadístico y si se logró establecer con qué frecuencia aparecen esos perfiles genéticos en la misma.

¹⁵⁰ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 184, SINALEVI (consultado 12 de agosto, 2019).

También, debe de valorar e interpretar el informe pericial, las conclusiones expuestas y la declaración que el perito realizará en el juicio oral, para explicar de manera comprensible el análisis practicado y sus peculiaridades.¹⁵¹

De igual manera, para que el juez pueda otorgar un valor a la prueba de ADN, ha de tomar en cuenta los siguientes aspectos: 1- el valor estadístico de la prueba: si la probabilidad de inclusión es alta o baja, 2- la existencia de otras pruebas e indicios: ya sea que puedan exculpar o dar mayor valor a la prueba de ADN (pues esta es solo indiciaria y probabilística), 3- la relación del resultado de la prueba de ADN con el hecho principal que se pretende probar: si tiene o no relación con el tema probandum.¹⁵²

Ello en virtud de que la prueba pericial de ADN no constituye una prueba directa y plena sobre los hechos delictivos, ni tampoco sobre la autoría o participación del imputado en estos. Los resultados de ADN positivos “confirman la coincidencia entre los marcadores genéticos analizados de la muestra dubitada e indubitada” y los negativos “descartan la coincidencia entre los marcadores”, lo cual en “términos absolutos niega la posibilidad de culpabilidad”. Pero los resultados positivos no pueden afirmar en forma absoluta la culpabilidad, sino que se ha de valorar el cálculo probabilístico respecto a la posibilidad de que ese perfil genético se presente en una población de una región determinada.¹⁵³

Además, esta prueba no tiene carácter absoluto e irrefutable, porque aun cuando los resultados obtenidos hayan sido practicados bajo los parámetros científicos establecidos, podría tener algún margen de error, lo que implicaría que los mismos pueden ser rebatidos.

Por todo ello la prueba genética ha de ser entendida como una prueba de carácter indiciario -prueba indirecta o circunstancial-, la cual deberá de ser valorada por el juez en el contexto con el resto de indicios y de pruebas relativas al desarrollo

¹⁵¹ María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: Virtualidad científica y jurídica” (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2018), 497.

¹⁵² Marina Gascón Abellán, Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN. Universidad de Castilla-La Mancha: 11-12, consultado 08 de enero, 2020, <https://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>

¹⁵³ Álvarez Buján, 495.

de los hechos, con la finalidad de llegar a una conclusión lógica sobre la culpabilidad o inocencia del encausado. Al respecto María Victoria Álvarez Buján señala

(...) tal indicio no configurará per se una prueba de cargo única capaz de desvirtuar la presunción de inocencia (...) debe tenerse en cuenta que la realización de una prueba de ADN —no ha de considerarse más que una medida de comprobación o de verificación de la «titularidad» de los restos orgánicos hallados, una diligencia de resultado incierto – inculpatario o exculpatario–, que en efecto sólo debe ofrecer datos identificativos y no otros, lo mismo que sucede cuando se contrastan huellas digitales.¹⁵⁴

¹⁵⁴ María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: Virtualidad científica y jurídica” (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2018), 314.

Título II: Bases de datos de perfiles de ADN forense y protección nacional e internacional de los datos genéticos

En este título se desarrollan dos capítulos de gran relevancia. El primero, referente al funcionamiento y manejo de las bases de datos que almacenan información genética en forma de perfiles de ADN humano. Las cuales han propiciado el fortalecimiento tecnológico de la investigación judicial en los casos criminales, al almacenar registros de las muestras biológicas de personas intervinientes en el proceso penal (imputados y víctimas) y de las muestras recolectadas en los escenarios del delito (indicios). Así, como en los casos de identificación de las personas desaparecidas en condición de no identificadas, al registrar las muestras biológicas tomadas a sus familiares biológicos cercanos y las muestras directas.

En el segundo capítulo se estudia la naturaleza de la información personal que se registra en el conjunto estructurado de los ficheros que forman la actual base de perfiles de ADN utilizada por el Poder Judicial. A nivel nacional, se abordan una serie de legislaciones y proyectos de ley, con el propósito fundamental de demostrar la falta de una normativa que otorgue la competencia legal al Departamento de Ciencias Forenses del Poder Judicial, para crear, administrar y utilizar una base de datos genéticos con fines forenses. En el ámbito internacional, se abarcan diversos instrumentos internacionales que reconocen la protección rigurosa y especial de la que deben gozar los datos genéticos; mismos que han sido emitidos por los diversos sistemas de protección Internacional de Derechos Humanos: el Sistema Universal, Interamericano y Europeo de Derechos Humanos.

Capítulo I: Nociones generales de las bases de datos de perfiles de ADN de identificación forense

En la actualidad, gracias al avance de las tecnologías científicas en el ámbito de la administración de la justicia, existe la posibilidad de realizar dos tipos de análisis genéticos comparativos de los perfiles genéticos que son extraídos de las muestras

biológicas pertenecientes a las partes intervinientes en una investigación criminal o humanitaria.

El primero de ellos, el cual se encuentra previsto legalmente y fue abordado en el capítulo anterior, es la posibilidad de practicar una prueba individual de ADN en una única investigación. En el ámbito criminal, se realiza la comparación de un perfil genético dubitado presente en el indicio, con el obtenido de la muestra biológica de referencia tomada al imputado, la víctima o terceros relacionados. Con la finalidad de lograr la identificación genética del donador del indicio. Mientras que, en una investigación humanitaria se compara el perfil genético obtenido de un resto humano o una persona desaparecida, con el de sus presuntos familiares biológicos o muestras directas, para lograr determinar su identidad personal.

El segundo análisis surge de la necesidad de que los perfiles genéticos que fueron obtenidos de las pruebas de ADN, practicadas a las personas intervinientes en la investigación penal o humanitaria de un caso concreto; sean conservados y ordenados de forma independiente en un sistema informático. Con el propósito de que puedan ser utilizados posteriormente en el marco de otras investigaciones criminales y humanitarias. Es por ello que, a principios de la década de los 90, producto de la conjunción de las ciencias computacionales y la biología surgen las bases de datos genéticos con fines de investigación forense.¹⁵⁵ En el caso de Costa Rica, esta posibilidad aún no se encuentra regulada legalmente, situación que será abordada ampliamente en el segundo capítulo de este título.

De modo que, el perfil genético obtenido de la región no codificante del ADN celular, se transforma en un código alfanumérico y se registra -previo consentimiento informado de su titular o representante legal- temporalmente en este sistema computacional, el cual es administrado por un ente de gobierno.¹⁵⁶ Este código se utiliza para identificar el perfil genético de una persona y al registrarlo en la base debe ser dissociado de la información personal de su titular (nombre, apellidos, dirección,

¹⁵⁵ Margarita Guillen Vasquez, *Bases de datos de ADN con fines de investigación penal: Especial referencia al derecho comparado*, (Madrid, España: Centro de Estudios Jurídicos, 2004), 1990.

¹⁵⁶ Manuel José García Mansilla, *Bases de datos de ADN y derecho a la privacidad genética*, (Argentina, Instituto de Política Constitucional, 2010), 4-5.

señas particulares, fotografía, información referente a la investigación, etc.), ya que esta es almacenada en otro archivo de la base de datos de uso forense.¹⁵⁷

Posteriormente, el sistema realiza en forma automática e independiente las comparaciones entre los identificadores de ADN ya inscritos previamente en la base de datos, con los nuevos perfiles genéticos que se ingresen y que pertenezcan a las muestras biológicas dubitadas de los diversos procesos penales o investigaciones humanitarias. Con lo cual, se logra en el ámbito penal, obtener asociaciones entre escenarios del delito o víctimas, ligar o descartar a sujetos como sospechosos de haber cometido un hecho delictivo y dirigir una investigación penal en su contra. Mientras que, en el ámbito humanitario, se logra la pronta identificación de las personas desaparecidas o los restos humanos cuya identidad se desconoce y no es posible obtenerla mediante la aplicación de métodos convencionales.

En el desarrollo de este capítulo se explica con mayor detalle la definición, el funcionamiento y las utilidades forenses de las bases de perfiles de ADN forense. Así como las primeras bases de datos de índole criminal y humanitario que fueron creadas y reguladas legalmente por diversos países desarrollados.

Respecto al caso particular de Costa Rica se indaga sobre la adquisición del software utilizado para operar la base de datos que utiliza actualmente la Sección de Bioquímica Forense del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial del Poder Judicial. Además, sobre el proceso de almacenamiento y comparación la información genética, su asociación con los datos de identificación personal y la custodia de las muestras biológicas. También, sobre la regulación realizada por el Poder Judicial para determinar especificaciones sobre la base de datos y el archivo de las muestras biológicas.

Sección A: Generalidades

Esta sección está dirigida a la investigación de nociones básicas de la definición de las bases de datos de datos genéticos y el archivo de las muestras

¹⁵⁷ Laura Adriana Alvarellós, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, (Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009), 48-50.

biológicas. También, se explica el análisis relacional de perfiles genéticos con la información que se encuentra almacenada en la base de datos. Así como las principales utilidades forenses de los resultados obtenidos de dicho estudio.

A. Definición

Una base de datos es “un banco de información que contienen datos relativos a diversas temáticas y categorizados de distinta manera, pero que comparten entre sí algún tipo de vínculo o relación que busca ordenarlos y clasificarlos en conjunto”.¹⁵⁸ Propiamente respecto a las bases de datos de ADN, las mismas se pueden definir como “la colección de perfiles genéticos obtenidos del análisis de ADN no codificante, registrados o codificados estructuralmente en un soporte informático para proporcionar información para la identificación de sujetos en una investigación de índole penal o civil”.¹⁵⁹

Una de las clasificaciones de las bases de datos genéticos, establecidas por la doctrina es la categorización según su contenido y su finalidad.¹⁶⁰

Respecto a su contenido, las bases de datos se pueden clasificar en tres categorías. En primer lugar, se encuentran las bases de datos para identificación genética: recopila una serie combinada de números y letras asociados al código de identificación de una persona en un soporte informático. Luego se encuentran los archivos de ADN: se refiere a los acopios o agrupaciones de las muestras de ADN o material genético descifrado, es decir los perfiles genéticos extraídos de los vestigios biológicos encontrados. Por último, los archivos de muestras biológicas: son

¹⁵⁸ Diccionario Definición ABC. Consultado el 08 de agosto, 2019, <https://www.definicionabc.com/tecnologia/base-de-datos.php>

¹⁵⁹ Ana Garriga Domínguez et al., “*Base de datos policiales de ADN con fines de investigación criminal: Recomendaciones y propuestas en torno a la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, de Base de datos policiales de identificadores obtenidos a partir del ADN*”, Informe elaborado dentro del programa “El tiempo de los derechos”, No. 4 (2009): 09 consultado 03 de marzo, 2020, <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun10/i4.pdf>

¹⁶⁰ Laura Adriana Alvarelos, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, (Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009).

los acopios del material biológico que contiene el ADN de interés. Este está formado por los vestigios biológicos encontrados: sangre, saliva, semen, etc.

Respecto a su finalidad, las bases de datos se dividen en bases de datos generales, profesionales y judiciales. Las generales: se refieren a las que almacenan los datos de una globalidad poblacional. Mientras tanto, las profesionales: recopilan datos de muestras biológicas y de ADN de personas que desempeñen labores de alto riesgo (fuerzas de policía o fuerzas armadas). Finalmente, las bases de datos judiciales: son las que se utilizan en la administración de justicia, ya sea para fines civiles -investigación de paternidad, identificación de personas desaparecidas-, o criminales que tienen como fin el almacenamiento de datos obtenidos de muestras biológicas de personas que han sido procesadas o condenadas por un delito, así como las halladas en escenas del crimen.¹⁶¹

Otra clasificación distinta que se encuentra en doctrina sobre las bases de datos, está basada en la finalidad de las mismas. En primer lugar, agrupa aquellas cuyo objeto es obtener y almacenar información genética que facilite la solución de conflictos relativos a la filiación. En segundo lugar, las bases de datos de perfiles de ADN para la identificación de individuos que han fallecido en atentados, catástrofes o accidentes masivos. Por último, se encuentran las bases de datos de perfiles de ADN con fines de investigación criminal, las cuales permiten identificar imputados y desaparecidos para la identificación de cuerpos.¹⁶²

Esta investigación se centra en cuestionar la legitimidad de la normativa existente en Costa Rica para regular dos tipos de archivos al servicio de la administración de la justicia: 1- La base de datos de perfiles de ADN, como un archivo informático que registra o recopila la información genética (patrón de alelos por marcador genético) y la información personal de diversos individuos, con propósitos

¹⁶¹ Laura Adriana Alvarelos, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, (Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009), 47-52.

¹⁶² Álvaro Alfonso Guerrero Moreno, “La regulación de los datos genéticos y las bases de datos”. *Revista Javeriana de la Pontificia Universidad Javeriana Cali*, Vol. 8, No. 2, (2008): 223-244, consultado el 09 de marzo, 2020, <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/313/1140>

criminales y humanitarios. 2- El archivo que almacena las muestras biológicas de las cuales se extrae el ADN de interés para la comparación forense.

B. Funcionamiento

La base de datos genéticos de uso forense funciona de la siguiente manera, cuando se encuentra una muestra biológica en la escena del crimen o cuerpo de la víctima (indicio), o cuando la misma es extraída de un resto humano o un cuerpo desaparecido sin identificar, esta es analizada por un perito de un laboratorio certificado y autorizado para obtener su perfil genético. Luego el perito procede a realizar un primer cotejo informático en la base de datos genéticos criminal, para determinar si existe en la base un perfil genético igual (en el ámbito penal) o similar (en el ámbito humanitario) al que está en estudio.

Se dan entonces dos posibles resultados: 1- resultado negativo (exclusión): el código alfanumérico no se encuentra en la base de datos y por ende no se cuenta con la identidad del sujeto al que pertenece. 2- resultado positivo (inclusión): se procede a realizar un sistema de doble comparación. En primer lugar, el perito consulta el código alfanumérico en el archivo de la base de datos que almacena los perfiles genéticos y si coincide con uno ya registrado, se puede deducir que podría proceder de la misma fuente. Por lo que, luego procede a realizar un segundo cotejo, al ingresar el código en la base que almacena los de datos de identidad personal, con la finalidad de vincular el perfil genético con su dato nominal y así atribuir la pertenencia de la muestra a un sujeto determinado. Una vez que, se obtiene esta información se procede a comunicar a los funcionarios encargados de la investigación criminal o humanitaria, con la finalidad de que realicen las diligencias necesarias.¹⁶³

En el ámbito de las investigaciones criminales, en algunos países existe la posibilidad de que el sistema informático realice búsquedas de perfiles parciales, con la finalidad de determinar si en la base de datos hay un perfil genético que comparta algunos marcadores genéticos con el perfil que está en estudio y con ello pensar que, un familiar directo o cercano de la persona cuyo perfil se encuentra en la base, puede

¹⁶³ Laura Adriana Alvarellós, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, (Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009), 71-72.

ser el donante de la muestra biológica y así tenerlo como posible sospechoso en un proceso penal.¹⁶⁴

También, existe la posibilidad de que los países puedan realizar un intercambio de los perfiles genéticos criminales y humanitarios almacenados de manera electrónica. Esto se puede dar entre laboratorios regionales de un mismo país e inclusive entre laboratorios acreditados o cuerpos de policía de otros países que utilizan bases de datos genéticos. Lo cual da la posibilidad de que esos laboratorios puedan convertirse en usuarios y partícipes de la base de datos, ya sea para incluir o buscar perfiles genéticos.¹⁶⁵ Dicha posibilidad tiene que estar estipulada en un tratado internacional, que dicte las normas sobre el procesamiento de esos datos por parte de los países.

Un ejemplo de ello, es la base de datos genéticos internacional de la Interpol, conocida como “Pasarela en materia de ADN”, que fue creada en el año 2002 y que actualmente contiene más de 242.000 perfiles genéticos. Los cuales han sido aportados por más de 85 países miembros, que suscribieron con la Organización una Carta o memorando de entendimiento para incorporar perfiles procedentes de sus bases de datos nacionales o regionales y compararlos con los que han sido suministrados por otros Estados miembros de la Interpol. La base de datos de esta Organización Policial y los estándares de su regulación, se encuentran explicados con mayor detalle en el capítulo dos de este título.

C. Utilidades forenses

Las bases de datos de perfiles de ADN han sido utilizadas con diversas finalidades en las investigaciones judiciales. Las cuales van a depender de la rama del Derecho y a la jurisdicción que se encuentren sirviendo. En este apartado se desarrollan las diferentes utilidades que aportan la disciplina de la genética y estas bases de datos, a la administración de justicia.

¹⁶⁴ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica, Lara Segura & Asoc., 2006), 155.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 61.

I. Investigaciones humanitarias: identificar personas desaparecidas o restos cadavéricos desconocidos

Estas bases de datos de carácter humanitario son utilizadas con la finalidad de lograr la identificación de restos óseos o cadáveres desconocidos de personas que han sido víctimas de delitos, catástrofes naturales o conflictos armados, cuyos cuerpos se ven afectados por el grado de descomposición al que han estado expuesto por la acción de los microorganismos o las condiciones ambientales; situación que no permite un reconocimiento de los mismos por los métodos convencionales.

El perito extrae de este cuerpo humano o resto óseo una muestra biológica que contiene ADN y la analiza con la finalidad de extraer su perfil genético. Luego esta huella genética es buscada en la base de datos nacional de perfiles de ADN. Propiamente en tres tipos de índices que han sido ingresados previamente, con la finalidad de lograr su asociación. Estos son: 1-Índice de Personas desaparecidas: que contiene los perfiles de ADN que fueron obtenidos de las muestras biológicas recolectadas de artículos personales que se presumen que pertenecían a la víctima desaparecida, 2-Índice de familiares biológicos de personas desaparecidas: contiene los perfiles de ADN obtenidos de muestras biológicas aportadas por familiares biológicos cercanos que tienen un familiar desaparecido (padres, hermanos, hijos).¹⁶⁶ Estas personas firman un consentimiento informado, aceptando voluntariamente que se le tomen muestras biológicas, estas sean analizadas y que su información genética se ingrese en este índice de la base de datos, para buscar vínculos biológicos con los perfiles de personas desaparecidas y restos humanos no identificados ya existentes en la base de datos o con los que se encuentren con posterioridad. Estos perfiles permanecen en la base de datos hasta que el familiar revoque por escrito el consentimiento, se logre la identificación del familiar desaparecido o se demuestre que no está relacionado en forma biológica con la persona desaparecida. 3-Índice de cadáveres o restos humanos no identificados: contiene los perfiles genéticos que han sido extraídos de diversos restos humanos que se han encontrado, pero de los cuales aún no se conoce su identidad, pues no se han podido ligar con un familiar biológico

¹⁶⁶ Antonio Alonso Alonso, *Conceptos básicos del ADN forense*, (Madrid, España: Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Servicio de Biología, 2004), 1870.

o una muestra directa, por lo que si se asocian con este nuevo perfil genético se determina que los restos pertenecen a una misma persona.¹⁶⁷

Si se logra una asociación total (entre el perfil genético del resto humano dubitado y el de la muestra directa) o parcial (entre la huella genética del resto humano dubitado y la de su familiar biológico), el perito procede a realizar una revisión de los hallazgos genéticos en el laboratorio forense. Si se confirman los resultados, se buscan los datos nominales asociados a los perfiles genéticos: 1- la información personal de la muestra directa o de los familiares biológicos y 2- la información del caso en investigación: para buscar en el resumen de los hechos de la desaparición, coincidencias respecto al sitio de desaparición, sexo del individuo desaparecido y otros datos adicionales. Luego ese resultado del estudio genético se comunica a la autoridad médico-legal (patología) para que declare la identificación definitiva de la persona o el resto humano, se emita un certificado de defunción y se entreguen los restos o el cuerpo a la familia correspondiente.¹⁶⁸

Pero si no se logra la asociación y el perfil genético del resto óseo o cuerpo humano sin identificar, no se encuentra en el índice de “cadáveres o restos humanos no identificados”, este se ingresa en el mismo, para que pueda ser comparado en forma sistemática o esporádica con los nuevos perfiles genéticos que se ingresen, hasta que se logre su vinculación.¹⁶⁹

II. Investigaciones Criminales

Las bases de datos con fines forenses representan un valioso aporte en este tipo de investigaciones, ya que gracias al tratamiento automatizado de los perfiles de

¹⁶⁷ Federal Bureau of Investigation, “Frequently asked questions on CODIS and NDIS”, consultado 25 de marzo, 2020, <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>

¹⁶⁸ Ruth Marlén Figueroa Franco y Gloria Carolina Vicuña Giraldo, “Identificación de personas desaparecidas mediante búsqueda en la base nacional de perfiles genéticos de aplicación en investigación judicial -codis-: reporte de dos casos”, Revista Case Reports de la Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá, Vol. 1, N°2, (2015): 147, consultado 25 de marzo, 2020, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560959301007>

¹⁶⁹ Interpol, “DNA”, consultado 27 de marzo, 2020, <https://www.interpol.int/How-we-work/Forensics/DNA>

ADN estructurados en este soporte informático se ha logrado perseguir las conductas delictivas, para reducir el índice de criminalidad de determinados delitos sin autor conocido o de aquellos delitos en los que existe una alta reincidencia y así proteger derechos de la ciudadanía en general.¹⁷⁰ Es así como “los análisis de ADN han dejado de ser un mero testigo a posteriori de los hechos criminales para convertirse potencialmente en una herramienta preventiva de la criminalidad”.¹⁷¹

Con estas bases de datos se pone en práctica la coerción jurídica, pues es posible realizar cotejos de los perfiles dubitados, con aquellos perfiles de ADN que se encuentran ya inscritos previamente en la base de datos genéticos. Por lo que se deja de lado el tener que recurrir a la coerción física de las personas involucradas, para la obtención de las muestras biológicas y el posterior análisis sus marcadores genéticos. Situación que implica que el proceso penal avance en forma más ágil y se invierten menos recursos económicos en la administración de justicia.¹⁷²

En la mayoría de los países estas bases de datos penales se encuentran estructuradas principalmente dos tipos de índices de búsqueda: 1-El índice de perfiles anónimos obtenidos de las muestras biológicas halladas en la escena del delito y 2- El índice de perfiles de ADN obtenido de las muestras biológicas de los individuos sospechosos, condenados y convictos. Dependiendo de la legislación de cada país se puede llegar a incluir las huellas genéticas de las personas arrestados o detenidos por las autoridades policiales.

También, se puede incluir un índice que contenga el perfil genético obtenido de las muestras biológicas que son aportadas voluntariamente por las víctimas directas de los hechos delictivos. Así, como un índice que contenga los perfiles genéticos del personal judicial y policial que interviene en las etapas de recolección y análisis de material biológico.

¹⁷⁰ Antonio Alonso Alonso, “Conceptos básicos de ADN forense”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No.2004, (2004): 1869, consultado 18 de marzo, 2020, https://www.academia.edu/35941095/CONCEPTOS_B%C3%81SICOS_DE_ADN_FORENSE

¹⁷¹ Óscar García Fernández, *Bases de datos de ADN para investigación criminal*, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, consultado el 20 de marzo, 2020, <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/24>

¹⁷² María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: Virtualidad científica y jurídica” (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2018), 534.

La búsqueda de conexiones de un perfil genético en estos registros de la base de datos, puede revelar la siguiente información:

II.I Vincular elementos de prueba de diversos delitos y generar nuevas líneas de investigación en casos pendientes

La premisa de la creación de las bases de datos de ADN se da en razón que dos o más escenarios del delito pueden estar vinculados entre sí. De modo que, al encontrar en una nueva investigación penal vestigios biológicos en una escena del crimen, objetos o cuerpo de la víctima, se procede a recolectarlos y analizarlos para extraer el perfil de ADN; con la finalidad de cotejar ese perfil dubitado (indicio) en el índice de la base de datos denominado “índice de perfiles de anónimos”, el cual contiene los perfiles de ADN de las investigaciones penales sin resolver, debido a que no se ha podido averiguar identidad de la persona a la que pertenece la huella genética.¹⁷³

La coincidencia del perfil dubitado extraído con uno de los almacenados en ese Índice de perfiles anónimos, puede revelar que la misma persona ha estado presente en la escena de distintos hechos delictivos o que ha mantenido contacto con diferentes víctimas (conexión delito-delito).

Situación que puede suponer una nueva pista o evidencia de gran relevancia para efectos de la investigación policial. Pues permite a la Policía Judicial establecer una relación entre estas escenas del crimen o las víctimas, para así conectar elementos de prueba y dirigir estas investigaciones penales en la búsqueda de un mismo sujeto sospechoso, ya que se presumirá que es la fuente del perfil genético desconocido y que, por ende ha cometido en diversos momentos esos hechos delictivos.¹⁷⁴

¹⁷³ María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: Virtualidad científica y jurídica” (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2018), 291.

¹⁷⁴ Federal Bureau of Investigation, “Frequently asked questions on CODIS and NDIS”, consultado 25 de marzo, 2020, <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>

Esto ha sido de gran utilidad para relacionar diversos delitos cometidos en serie (ejm: secuestros, homicidios, violaciones, robos), pues se encuentran respuestas indiciarias durante la fase de investigación que los conectan y las cuales hubieran sido difíciles de encontrar por otros medios; lo cual evidencia su gran aporte en la administración de la justicia.¹⁷⁵

II.II Identificación personal de la evidencia para relacionar a un sospechoso conocido con una nueva investigación criminal

En la etapa preliminar de una investigación penal, las bases de datos de ADN, resultan ser útiles para orientar, agilizar y reducir los recursos empleados por los órganos judiciales, para lograr el descarte o la vinculación de una persona como posible sospechoso en un proceso judicial.

Cuando no existen pruebas que permitan contar con la identidad de una persona sospechosa de haber cometido un delito; pero en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima es encontrado algún fluido biológico dubitado, su perfil genético es buscado en el índice de la base de datos llamado “índice de perfiles de personas sospechosas o condenadas”, el cual contiene los perfiles indubitados de los sujetos señalados como imputados y condenados, en otras investigaciones penales.

De modo que, si hay una coincidencia exacta de todos los alelos de cada loci del perfil anónimo consultado, con los del perfil genético de un sujeto investigado en un asunto penal anterior; se logra obtener un dato primario de la procedencia individual del vestigio biológico hallado, pues se puede deducir -aunque no concluir- que los perfiles de ADN podrían proceder de la misma fuente. Luego el código alfanumérico es cotejado en el archivo que almacena la información personal del donante del perfil genético, para lograr así una prueba de cargo que vincula a una persona como posible sospechoso en una nueva investigación penal y de esa manera avanzar en el proceso penal para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la autoría (conexión delito-sospechoso).

¹⁷⁵ INTERPOL, “ADN”, consultado 26 de marzo, 2020, <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Policia-cientifica/ADN>

Con ello se logra identificar a posibles delincuentes reincidentes o detectar investigaciones en que los sujetos no se han podido identificar porque usan diferentes sobrenombres o alias. También, le permite a la Policía Judicial efectuar su labor investigativa en menos tiempo y centrarse en la búsqueda de ciertos sospechosos. Asimismo, esta investigación sirve de auxilio al ente Fiscal para saber contra cuál (cuáles) sujeto (s) formular acusación y determinar los delitos por imputar, así como para saber cuáles deben de ser sobreseídos, porque no se cuentan con indicios biológicos para relacionarlos a un hecho delictivo.

II.III Búsquedas familiares en el registro de sospechosos o condenados

El Reino Unido y 10 estados de los Estados Unidos (Arkansas, California, Colorado, Florida, Michigan, Texas, Utah, Virginia, Wisconsin y Wyoming), cuentan autorización legal para realizar en el “índice de perfiles de personas detenidas, sospechosas y condenadas” de las bases de datos genéticos, un segundo cotejo con un nivel de exigencia menor. Este es llamado “búsqueda familiar”, la cual se da cuando al realizar la búsqueda de rutina no se ha logrado encontrar una coincidencia total de los perfiles de ADN consultados y se han agotado las pistas de la investigación.¹⁷⁶

Se basa en la relación genética que existe entre los miembros de la familia biológica, según la cual un alelo de cada loci se hereda de la madre y otro del padre, razón por la cual tendrán más datos genéticos en común que los individuos no relacionados. Por lo que si al consultar un perfil anónimo de la escena del crimen en el registro de delincuentes o condenados, este no coincide en forma completa con algún perfil de ADN, pero coincide en un alelo por cada loci, el perito forense podría deducir que “la fuente de la muestra biológica dubitada corresponde a un familiar biológico de primer grado (por ejemplo, los hermanos o las relaciones de padre/hijo)

¹⁷⁶ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 76.

del delincuente o condenado, con cuyo perfil genético se ha hallado una coincidencia parcial”.¹⁷⁷

Esta información podría ser de utilidad para que los investigadores tengan a un pariente biológico del delincuente o condenado, como posible sospechoso de cometer un hecho delictivo o de estar relacionado con la prueba. Pues se ha logrado identificar “la presencia de un gran número de alelos compartidos entre perfiles no coincidentes (porque no se ha producido una coincidencia idéntica)”.¹⁷⁸

De esta manera, queda reflejado que las bases de datos de ADN no solo son de utilidad para identificar a la persona sospechoso o condenada, sino también a sus familiares biológicos cercanos. Es decir, su uso se extiende

a los parientes que no han cometido ningún delito y es evidente que esto plantea graves problemas en el ámbito de la privacidad y la justicia (...) no es conveniente efectuar búsquedas de esa índole. (...) Tanto el programa informático de búsqueda, como las garantías legales de la privacidad deben incorporar restricciones para evitar esas prácticas. (...) Además, se han formulado objeciones sobre la base de que la búsqueda familiar constituye un uso no autorizado de las muestras de ADN tomadas a los delincuentes y detenidos, habida cuenta de que inicialmente tenía por objeto su identificación. También se han formulado objeciones en relación con la posible injusticia racial que la ampliación de las búsquedas en bases de datos sobre ADN, que no son proporcionales a la composición racial de la población de un país, supondría para las familias de las personas que figuran en la base de datos.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2º ed. (Lyon, Francia, 2009), 77.

¹⁷⁸ Ibid., 76.

¹⁷⁹ Ibid., 76-78.

III. Aporte novedoso: Uso del ADN codificante para la búsqueda biogeográfica y la determinación de características físicas que orienten la investigación criminal o humanitaria

En los últimos años, el ámbito de la biología molecular ha ampliado el número de marcadores genéticos de ADN que se pueden utilizar con fines forenses. Lo que quiere decir que los laboratorios forenses han avanzado en el análisis de marcadores asociativos presentes en la región codificante del ADN, con la finalidad de obtener información de interés que oriente las investigaciones penales o humanitarias.

De modo que, cuando en un escenario del delito o en el cuerpo de la víctima o en los objetos utilizados para cometer el delito, se encuentran muestras biológicas dubitadas, estas pueden ser analizadas para obtener un perfil de ADN a partir de este tipo marcadores genéticos asociativos. Algunos de estos son los presentes en la región no combinante del cromosoma Y, el ADN mitocondrial (conocidos como no autosómicos) y los nuevos marcadores como los polimorfismos de nucleótido único (SNP).¹⁸⁰

Su estudio forense es de gran apoyo en la etapa preliminar de las investigaciones delictivas, pues si bien no dan lugar a la identificación específica del sujeto donante de la muestra biológica dubitada, brindan antecedentes biogeográficos y otros datos relativos a las características individuales o físicas del mismo. Lo cual puede ser de gran utilidad para guiar las investigaciones contra un cierto número de potenciales sospechosos.¹⁸¹

Esta utilidad forense del ADN ha sido implementada en muchos países, los cuales han creado bases para almacenar este tipo de información genética. Pues la fusión o uso simultáneo de este tipo de bases de datos predictivas con las bases de marcadores no codificantes, pueden llegar a generar un impacto positivo en la resolución de los casos. Así, por ejemplo “la primera de ellas nos indicará el aspecto

¹⁸⁰ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 80.

¹⁸¹ Ibid.

físico del sospechoso y la segunda determinará si la sangre hallada en el lugar del delito pertenece al sospechoso”.¹⁸²

A continuación, se explica la información de carácter predictiva que se puede obtener del estudio de estos marcadores genéticos asociativos:

III.I Ascendencia biogeográfica o búsqueda genealógica

En el caso del cromosoma Y y el ADN mitocondrial, estos “tiene regiones haploides del genoma, pues se tramiten por vía uniparental, sin recombinación”. Esto significa que muestran mayores niveles de la filiación geográfica, que los perfiles obtenidos del ADN nuclear.¹⁸³

El ADN mitocondrial ha sido utilizado por los científicos con las siguientes finalidades: 1- Estudiar la evolución humana, ya que se hereda por línea materna, por lo que las secuencias del ADN-mt del hijo (a) son similares a las de la madre, 2- Lograr la identificación humana en los casos forenses en los que no se logra determinar mediante el análisis del ADN nuclear (pues se extrae del pelo telógeno o sin raíz, las uñas y huesos de personas desaparecidas) 3- En las investigaciones civiles cuando la única fuente biológica disponible para tomar muestras de referencia son los familiares lejanos, 4- Se han realizado estudios científicos a escala continental y comunitaria para determinar por medio de ese patrón de sucesión materna (haplotipo del ADN-mt) el origen étnico y la pertenencia del donante de la muestra biológica a un grupo geográfico específico.¹⁸⁴

Por su parte, el estudio del cromosoma Y al ser un haplotipo de especificidad masculina, a nivel forense ha logrado: 1- Resolver casos de mezclas complejas en agresiones sexuales contra mujeres, pues identifica el aporte genético masculino, 2- Lograr la determinación de la paternidad, 3- Representa el linaje masculino, por lo

¹⁸² Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 85.

¹⁸³ *Ibid.*, 80.

¹⁸⁴ *Ibid.*, 81.

cual puede usarse para determinar la población de origen del donante de la muestra biológica.¹⁸⁵

En cuanto a los polimorfismos del nucleótido único (SNP) estos son “regiones polimórficas del ADN que consisten en la variación de una única base”¹⁸⁶ y proporcionan mayor información para determinar el origen biogeográfico de una persona. Se encuentran en las regiones codificantes del genoma, por lo que “es probable que se transmita un genotipo de SNP igual o similar entre generaciones”. Estos marcadores son informativos de la ascendencia biogeografía del donante con una precisión del 98% y 99%, por ende muestran su filiación con el origen de una población.¹⁸⁷

El estudio de estos marcadores asociativos ayuda a que se utilicen de una mejor manera los recursos policiales y forenses tanto en las investigaciones criminales como en las humanitarias. En los asuntos penales su análisis desde las primeras etapas de la investigación policial (antes de contar con sospechoso identificado) ayuda a reducir el número de potenciales sospechosos. Mientras que en los asuntos humanitarios puede usarse en la identificación de víctimas de desastres naturales, catástrofes o delitos a gran escala, en específico en casos donde no hay listas de personas desaparecidas.

Esta novedosa utilidad ha propiciado que muchos países implementen “bases de datos demográficas en las que los usuarios pueden buscar el haplotipo de las muestras biológicas y observar la frecuencia de su presencia en otros grupos de población de todo el mundo”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 82.

¹⁸⁶ Ibid., 111.

¹⁸⁷ Ibid., 83.

¹⁸⁸ Ibid., 82.

III.II Características físicas

En este caso las muestras biológicas dubitadas serán estudiadas con la finalidad de extraer de su ADN marcadores genéticos vinculados a los rasgos físicos o personales de su donante, para proporcionarle a los investigadores una descripción física del sospechoso o de la persona desaparecida.

En el ámbito forense los análisis se hacen principalmente sobre los marcadores fenotípicos “que determinan las características observables de un organismo vivo, como consecuencia de su constitución genética y su interacción con el ambiente: el color de cabello, la pigmentación de la piel y el color de ojos”.¹⁸⁹ En el campo de la medicina y la genética se han logrado determinantes genéticos como la estatura y rasgos de personalidad (temperamento, hábito de fumar, etc).¹⁹⁰

Sección B: Base de datos genéticos para identificación forense utilizada en Costa Rica (CODIS)

En 1990 en Estados Unidos se creó el software denominado “Combined DNA Index System (CODIS)”, con la finalidad de implementar una base de datos nacional que utilizará la tecnología de ADN para ayudar a resolver investigaciones criminales. Aunado a ello en el año 1994 dictaron la DNA Identification Act” (Ley Federal de Identificación de ADN), mediante la cual se autorizó la operación del N-DIS: National DNA Index System (Índice Nacional de ADN), la cual es administrada y manejada por el Buró Federal de Investigaciones de los Estados Unidos (F.B.I., por sus siglas en inglés), concretamente por la Unidad Federal de Bases de datos de ADN. Además, esta ley especifica las categorías de datos que pueden mantenerse en la base y los requisitos generales que los laboratorios (locales, estatales y federales de justicia penal) deben cumplir para participar en esta base de datos y garantizar la calidad,

¹⁸⁹ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 109.

¹⁹⁰ Ibid, 84.

privacidad y eliminación de antecedentes.¹⁹¹ Por lo que a través de este sistema todos los estados norteamericanos que suscriben una Carta de entendimiento y elaboran una Ley que regule sus bases de datos de ADN estatales; pueden colaborar e intercambiar la información almacenada con el Laboratorio Federal y a su vez realizar comparaciones electrónicas con todos los perfiles genéticos registrados, para lograr la identificación criminal y humanitaria. Ello ha convertido a esta base de datos de ADN en una de las más extensas del mundo.¹⁹²

A nivel internacional más de 50 países utilizan el software CODIS para operar sus bases de datos de identificadores de ADN a nivel nacional. El gobierno de Costa Rica es uno de estos, por lo cual en esta sección se abordan aspectos relacionados con la adquisición de este software y la normativa nacional formulada por parte del Poder Judicial, para autorizar la creación y funcionamiento de esta base de datos genéticos de uso forense. Así, como algunas de las disposiciones reglamentarias referidas al ente encargado de la administración del fichero, el tipo de información que puede almacenarse y la forma en la que se organizan los perfiles genéticos, el archivo de muestras biológicas y demás información personal del donante.

A. Antecedentes sobre la adquisición del software CODIS

Como se indicó anteriormente, el F.B.I ha donado el software CODIS a otros países, con la finalidad de que puedan instaurar una base de datos de índole forense a nivel nacional, para auxiliar en la administración de la justicia.

En el año 2004 por iniciativa del Jefe del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, el Msc. Marvin Salas Zúñiga, con apoyo del Director del Organismo de Investigación Judicial, el Lic. Jorge Rojas Vargas; surge el proyecto para implementar en el Poder Judicial de Costa Rica, un software capaz de

¹⁹¹ Federal Bureau of Investigation, "CODIS Brochure", consultado 25 de marzo, 2020, https://www.fbi.gov/file-repository/about-us-cjis-fingerprints_biometrics-biometric-center-of%20excellences-btf_codis_0808_one-pager.pdf/view

¹⁹² Federal Bureau of Investigation, "Codis-NDIS Statistics", consultado 28 de marzo, 2020, <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>

operar una base de datos automatizada y codificada de perfiles de ADN con fines de investigación criminal y humanitaria.¹⁹³

Debido a las limitaciones presupuestarias de la institución estatal, no se contaba con el dinero suficiente para adquirir este equipo tecnológico de suma trascendencia para la labor científica. Por lo que, en el año 2007 el Msc. Marvin Salas Zúñiga en su participación en el VI Encuentro de Directores de la Academia Iberoamericana de Criminalística y Estudios Forenses (AICEF), realizado por la Policía Científica de Uruguay; inició negociaciones preliminares con Thomas F. Callaghan, Jefe de la Unidad de CODIS del F.B.I. para obtener la donación del software CODIS. El cual resultaba indispensable para implementar una base de datos de perfiles de ADN que fuera compatible con los sistemas informáticos de la mayoría de los países del mundo y con ello poder facilitar el intercambio de información. Asimismo, en dicho encuentro sostuvo conversaciones con el señor Werner Schuller, Jefe de servicios de identificación de Interpol, para lograr un acuerdo de colaboración internacional que facilitara la implementación de la base de datos genética.¹⁹⁴

En el año 2008, la entidad gubernamental estadounidense accedió a realizar la donación del equipo necesario, para la operación del fichero. Pero uno de los requisitos principales que impusieron al gobierno de Costa Rica, fue que debían de contar con una normativa legal idónea para autorizar la creación y funcionamiento de este Archivo de perfiles genéticos con fines de identificación humana.¹⁹⁵ Por esta razón, diversos funcionarios del Departamento de Ciencias Forenses realizaron un proyecto reglamentario para regular aspectos específicos sobre el funcionamiento de este fichero y se consultó a la Comisión de la Jurisdicción Penal de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, si el mismo resultaba adecuado. Esta Comisión efectuó diversos estudios legales y concluyó que no era necesaria una ley, puesto

¹⁹³ Poder Judicial, Acta número 099-2012, Artículo XLI, de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del trece de noviembre del dos mil doce, NEXUS (consultado 23 de diciembre, 2019).

¹⁹⁴ Poder Judicial, Acta número 042-2007, Artículo L, de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del siete de junio del dos mil siete, NEXUS (consultado 05 de abril, 2020).

¹⁹⁵ Entrevista Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

que el Organismo de Investigación Judicial estaba facultado legalmente para implementar este tipo de registros, por lo cual esta normativa reglamentaria pretendida era la adecuada.¹⁹⁶ Por lo cual nombraron a dos funcionarias expertas para realizar un proyecto reglamentario con las recomendaciones dadas por el Departamento de Ciencias Forenses y en agosto del año 2011 la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial conoció y aprobó el texto final del “Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para identificación humana”.¹⁹⁷

Una vez que se emitió el respectivo reglamento, ambos países formalizaron la donación por medio de la suscripción de un convenio de entendimiento, el cual fue firmado por el Dr. Luis Paulino Mora en su calidad de Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el representante del F.B.I.¹⁹⁸ Lo cual, incorporó a la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, en la red internacional de usuarios del CODIS, permitiendo así un intercambio de información entre Costa Rica y los diferentes países usuarios del software, esto donde exista un convenio para esta finalidad.¹⁹⁹

En fecha 10 de abril de 2012, se llevó a cabo el acto entrega del software CODIS al Departamento de Ciencias Forenses del O.I.J. En este evento el Organismo de Investigación Judicial estuvo representado por Director General el Lic. Jorge Rojas Vargas y el Subdirector General el Lic. Francisco Segura Montero, mientras que el gobierno de los Estados Unidos estuvo representado por la Embajadora Ann Andrew y el Director Federal de los laboratorios forenses del F.B.I, Dr. Christian Hassell.²⁰⁰

¹⁹⁶ Poder Judicial, Sala Tercera, Comisión de la Jurisdicción Penal, Oficio enviado por el presidente José Manuel Arroyo Gutiérrez al Director del Departamento de Ciencias Forenses en fecha 26 de enero del 2011, facilitado por el técnico judicial Fabián Freyeán Mora, mediante mensaje de correo electrónico, 19 de agosto, 2020.

¹⁹⁷ Entrevista Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

¹⁹⁸ Poder Judicial, Acta número 053-2012, Artículo LIII, Documento número 9885-11, 5442-2012, de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del veintinueve de mayo de dos mil doce, NEXUS (consultado 07 de septiembre, 2019).

¹⁹⁹ Poder Judicial, Acta número 101-2016, Artículo XXXVII, Documento número 9885-11, 12374-16 de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas del tres de noviembre del dos mil dieciséis, NEXUS (consultado 06 de abril, 2020).

²⁰⁰ Poder Judicial, Acta número 053-2012.

El 07 de mayo de 2012 se concluyó con la donación del hardware necesario para operar la base de datos en cuestión, consistiendo en un servidor y tres computadoras.²⁰¹ En el mes diciembre de ese mismo año, los peritos judiciales de la Sección de Bioquímica Forense a los cuales se les encargó de la administración y funcionamiento de la base de datos de perfiles de ADN, fueron capacitados por funcionarios expertos del F.B.I. en el uso del software CODIS.²⁰² Por lo cual a partir del mes de enero del año 2013 dicha Sección, inició con las labores de registro y comparación de los perfiles genéticos en esta herramienta forense.²⁰³

Para el año 2016 la Sección de Bioquímica Forense, recibió la visita de los expertos de la ICITAP (International Criminal Investigative Training Assistance Program), quienes orientaron a los peritos para buscar la acreditación del laboratorio forense, por medio del ente acreditador norteamericano ANAB (ANSI-ASQ National Accreditation Board). Además, les recomendaron participar en las reuniones internacionales que el F.B.I celebra una vez al año con los usuarios del sistema CODIS, pues este sería el punto clave para propiciar el intercambio de información de la base de datos nacional con los demás países usuarios.²⁰⁴

Desde ese año, un representante de la Sección Bioquímica participa en dichas conferencias anuales y de ello presenta un informe al Consejo Superior del Poder Judicial. Algunos de los principales temas que se abordan son: la demostración de las funcionalidades del CODIS, la seguridad y estándares de calidad en el manejo de la base de datos, intercambio de experiencias de los países al implementar el software, así como sus regulaciones especiales, se informa sobre las nuevas actualizaciones y tendencias del software, dan a conocer el estado actual del CODIS en el Costa Rica, entre otros. Luego este conocimiento es replicado a los demás

²⁰¹ Poder Judicial, Acta número 053-2012, Artículo LIII, Documento número 9885-11, 5442-2012, de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del veintinueve de mayo de dos mil doce, NEXUS (consultado 07 de septiembre, 2019).

²⁰² Entrevista Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Poder Judicial, Acta número 101 - 2016, Artículo XXXVII, Documento número 9885-11, 12374-16 de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del tres de noviembre de dos mil dieciséis, NEXUS (consultado 06 de abril, 2020).

peritos de la Sección por medio de charlas informativas, lo cual señalan que les permite contar con la competencia técnica y administrativa sobre el manejo de la base de datos de perfiles genéticos.²⁰⁵

B. Fundamentación ideológica de la regulación actual de la base de datos de ADN utilizada por el Poder Judicial

Tal como se indicó en el apartado anterior la regulación, creación y funcionamiento de la Base de datos de perfiles de ADN que es utilizada como una herramienta auxiliar en la administración de justicia; encuentra su fundamento en el desarrollo del Reglamento administrativo que fue aprobado por la Corte Plena del Poder Judicial en la sesión ordinaria N° 25-2011, artículo XXV, del 1° de agosto del año 2011.

La iniciativa del proyecto denominado “Reglamento para el funcionamiento en Costa Rica del archivo de huellas genéticas para la identificación de personas (módulo civil y módulo criminal)”, fue propuesto a la Comisión de la Jurisdicción Penal de la Sala Tercera, en el año 2010 por parte del Msc. Marvin Salas Zúñiga, Jefe del Departamento de Ciencias Forenses, Marta Espinoza Esquivel y Fabiola Herrera Rodríguez peritos de la Sección de Bioquímica Forense. En razón de la necesidad del Departamento de contar con una normativa que propiciará la donación del sistema CODIS por parte del gobierno estadounidense.

A finales del año 2010 dicha Comisión inicia una serie de estudios jurídicos para determinar la viabilidad de la regulación. El 26 de enero del 2011 el presidente de la Comisión José Manuel Arroyo Gutiérrez, remite respuesta al Director del Departamento de Ciencias Forenses, indicando que con base en el estudio de las resoluciones erga omnes de la Sala Constitucional números “1490-90; 1958-90; 476-91; 1438-92; 2256-95; 2257-95; 2805-98; 8218-98; 1999-05802; 2004-00625 y 2004-

²⁰⁵ Poder Judicial, Acta número 113 - 2016, Artículo LXXXVIII, Documento N° 9885-11, 14065-16, de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas veinte de diciembre de dos mil dieciséis, NEXUS (consultado 08 de abril, 2020).

9255, entre otras”; se consideraba que era posible avanzar en la reglamentación administrativa del fichero de perfiles de ADN, siempre que dicha normativa fuera

comprehensiva de todas las restricciones y recomendaciones sobre acceso y seguridad de la información que fueron presentadas ante esta Comisión, en particular, pero no exclusivamente, el proyecto presentado por el Departamento de Ciencias Forenses y las recomendaciones presentadas por la Doctora Erna Meléndez Bolaños. (...) Así como aquellas otras recomendaciones de organismos especializados de las Naciones Unidas y del Derecho internacional de los Derechos Humanos sobre la materia, en la medida en que resulten aplicables según nuestro ordenamiento jurídico.²⁰⁶

Sin embargo, recalco que “convendría darle mayor solidez a través de un proyecto de ley que lo respalde, en consideración de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Política y en la doctrina especializada sobre la materia”. Además, recomendó que este archivo debía de estar referido solamente a información genética perteneciente a “personas mayores de dieciocho años de edad vinculadas a una investigación penal y de ninguna manera podrían incluirse a personas menores de edad”.²⁰⁷

Luego la Comisión solicitó al Consejo Superior del Poder Judicial el nombramiento de la Licenciada Isabel Porras Porras (experta en el área jurídica) y la Doctora Magali Segura Castillo (experta en biología forense) para que se encargarán de redactar el proyecto final de reglamento “conforme con el conocimiento científico y respetuosa de los derechos fundamentales conforme con lo establecido por la Sala Constitucional para la creación de archivos criminales”.²⁰⁸ Una vez que dichas

²⁰⁶ Poder Judicial, Sala Tercera, Comisión de la Jurisdicción Penal, Oficio enviado por el presidente José Manuel Arroyo Gutiérrez al Director del Departamento de Ciencias Forenses en fecha 26 de enero del 2011, facilitado por el técnico judicial Fabián Freyeán Mora, mediante mensaje de correo electrónico, 19 de agosto, 2020.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Poder Judicial, Sala Tercera, Comisión de la Jurisdicción Penal, Minuta de la reunión CAP 13-5-2011, facilitada por el técnico judicial Fabián Freyeán Mora, mediante mensaje de correo electrónico, 19 de agosto, 2020.

profesionales elaboraron el documento final, este fue sometido al conocimiento de todos los miembros de la Comisión, los cuales lo aprobaron.

El día 13 de mayo del 2011, la Comisión organizó una reunión en la cual las profesionales Isabel Porras y Magali Segura expusieron el proyecto reglamentario a los representantes de diversos sectores del Poder Judicial, entre estos a la Defensa Pública, el Ministerio Público, la Dirección General del Organismo de Investigación Judicial, el Departamento de Ciencia Forenses, el Tribunal Penal y Juzgado Penal Juvenil del I Circuito Judicial de San José. El Lic. Alejandro Rojas subjefe de la Defensa Pública, manifestó su preocupación con respecto a esta regulación, pues indicó que al afectarse derechos fundamentales, se debía de seguir el principio de reserva de ley, por lo cual la creación de un fichero de este tipo no podía ser regulado en forma reglamentaria. Además, que en temas de derechos fundamentales las interpretaciones normativas deben ser muy restrictivas y le preocupaba que “el registro pueda ser utilizado más allá de la letra del reglamento (...) por cuanto estiman que las personas que sean incluidas en el registro pasarían a ser “sospechosas permanentes”.²⁰⁹

Sin embargo, la Licda. Isabel Porras -quien estuvo a cargo del estudio jurídico- señaló que la Sala Constitucional se había pronunciado en diversas ocasiones sobre la base normativa y jurídica de los archivos criminales; por lo cual los principios establecidos en esos fallos y las normas del Código Procesal Penal, facultaban para la elaboración del proyecto de reglamento. Pero de forma contraria con dicho argumento, al final de su exposición informó que la Asamblea Legislativa ya se encontraba tramitando “la aprobación de un proyecto de Ley sobre la creación de bases de datos de ADN en el que se contemplan una serie de sanciones para quienes den mal uso al registro”.²¹⁰

Por su parte, el Lic. Francisco Fonseca Ramos en representación del Ministerio Público, manifestó que “el registro es para identificar personas, pero que no tendrán información que las relacione con delitos”, por lo cual no existía vulneración alguna

²⁰⁹ Poder Judicial, Sala Tercera, Comisión de la Jurisdicción Penal, Minuta de la reunión CAP 13-5-2011, facilitada por el técnico judicial Fabián Freyeán Mora, mediante mensaje de correo electrónico, 19 de agosto, 2020.

²¹⁰ Ibid.

de los derechos fundamentales y debía de aprobarse.²¹¹ Con este argumento se pretendía recalcar que el perfil de ADN -información derivada de la región no codificante del ADN- se ingresa en el fichero como código alfanumérico y el mismo es meramente informativo sobre la identidad de la persona a la que pertenece, razón por la cual lo asemejan a las huellas dactilares -nótese que lo denominan huella genética-. Por lo cual lo catalogan como un dato personal puro y simple, pero no se reconoce su naturaleza sensible, pues detallan que no aporta mayor información; lo cual implica que, al no tener una naturaleza especialmente delicada, no consideran que deba de ser regulado en forma restrictiva.

El proyecto reglamentario es puesto en conocimiento de la Corte Plena, la cual lo aprueba el 1° de agosto del año 2011 y lo envía a comunicar por medio de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, mediante Circular N° 90-11 que fue publicada en el Boletín Judicial N° 165 del 25 de agosto del 2011.²¹² Dentro del Acta de Corte Plena, se encuentran algunos de los siguientes fundamentos ideológicos que propiciaron la creación de dicha base de datos:

Resulta necesario “dotar a la Administración de Justicia de un instrumento científico y objetivo para la investigación y prosecución de hechos delictivos”. Que cumpla con el propósito de “minimizar la sensación de impunidad”, pues este es un medio de prueba que ayuda al “esclarecimiento” de gran cantidad de investigaciones penales.²¹³

Se hace mención al voto de la Sala Constitucional n°05802-1999 de las quince horas treinta y seis minutos del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y nueve, mediante el cual se pronunció “sobre la importancia de la existencia de los registros

²¹¹ Poder Judicial, Sala Tercera, Comisión de la Jurisdicción Penal, Minuta de la reunión CAP 13-5-2011, facilitada por el técnico judicial Fabián Freyeán Mora, mediante mensaje de correo electrónico, 19 de agosto, 2020.

²¹² Poder Judicial, Acta número 053-2012, Artículo LIII, Documento N° 9885-11, 5442-2012, de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del veintinueve de mayo de dos mil doce, NEXUS (consultado 07 de septiembre de 2019).

²¹³ Poder Judicial. Acta número 25-11, Artículo XXV, de la sesión ordinaria del Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas del primero de agosto de dos mil once, NEXUS (consultado 15 de mayo, 2020).

judiciales y policiales”.²¹⁴ Así mismo, el voto 08218-98 de las dieciséis horas del dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, que indica

(...) que los cuerpos policiales tengan archivos de datos y antecedentes policiales lejos de constituir una lesión a derechos fundamentales, constituye una garantía en la lucha para combatir el crimen, en tanto es un hecho incuestionable que una de las bases fundamentales de eficiencia de todo cuerpo de policía, descansa precisamente en sus archivos, donde se registran los nombres, alias, seudónimos, modus operandi, defectos, especialidades delictivas, etc., así como las impresiones dactilares, fotografías y principales medidas antropométricas de los delincuentes, tanto nacionales como extranjeros que en una u otra forma han tenido que ver con las autoridades policiales en relación con la investigación de hechos delictivos (...).²¹⁵

Por lo que al dictar un reglamento que regule la creación una base de datos y “adoptar los análisis del código genético como identificador personal”, se reconoce la gran importancia que tiene la prueba científica del ADN en la lucha contra el crimen, “en especial, para delitos considerados graves y aquellos de crimen organizado que afectan directamente a la colectividad”.²¹⁶

Se indica que esta “regulación de la base de datos debe de procurar un equilibrio proporcional entre los intereses individuales y los sociales”, tomando en cuenta los principios constitucionales de una sociedad democrática. Por ello, si bien es cierto las personas tienen el derecho de administrar y controlar su información personal, por lo cual solo puede circular e ingresar en una base de datos, si lo ha autorizado mediante un consentimiento informado y expreso. Para que realmente se pueda garantizar el cumplimiento del “principio constitucional de tutela judicial efectiva”, el Estado puede utilizar -con base en el principio de la libertad probatoria establecido en el Código Procesal Penal- el análisis del ADN y los datos almacenados

²¹⁴ Poder Judicial. Acta número 25-11, Artículo XXV, de la sesión ordinaria del Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas del primero de agosto de dos mil once, NEXUS (consultado 15 de mayo, 2020).

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Ibid.

en las bases de datos de ADN, para “identificar al responsable de un hecho punible”. Siendo así el Estado tiene la potestad de “ordenar y administrar la información en protección de los intereses no solo de las víctimas, sino también de los imputados dentro de un proceso penal”.²¹⁷

Asimismo, se resalta que aparte de los principios constitucionales y demás normativa nacional, “las leyes, reglamentos y políticas relativas a las Bases de Datos de ADN”, deben de respetar y tener en cuenta

(...) los instrumentos internacionales que tutelan los principios democráticos de dignidad, igualdad, intimidad, humanidad y respeto mutuo de las personas. De ahí, la importancia de la regulación que sobre esta materia hacen referencia distintos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos (1997), la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003) y Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).²¹⁸

En concreto, la Comisión de la Jurisdicción Penal y la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial, al interpretar los votos de la Sala Constitucional, determinan que la fundamentación legal de la creación y manejo de una base de datos forense de ADN para las investigaciones criminales y humanitarias, se encuentra amparada en los numerales 40 y 41 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial y en el Código Procesal Penal. Pues explican que mediante ese articulado se le otorga la facultad legal al Organismo de Investigación Judicial para crear los archivos o registros criminales que estime pertinentes para realizar su función investigativa e incluir en ellos “a las personas que hayan comparecido ante las autoridades en condición de presuntos responsables de la comisión de delitos”.²¹⁹

²¹⁷ Poder Judicial. Acta número 25-11, Artículo XXV, de la sesión ordinaria del Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas del primero de agosto de dos mil once, NEXUS (consultado 15 de mayo, 2020).

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Poder Judicial, Sala Tercera, Comisión de la Jurisdicción Penal, Oficio CAP-033-14, facilitado por el técnico judicial Fabián Freyeán Mora, mediante mensaje de correo electrónico, 19 de agosto, 2020.

Por lo cual solo era necesario un reglamento interno para regular aspectos específicos sobre este fichero criminal. De modo que, no se consideran lesionados los derechos fundamentales relacionados con la protección especial de la que deben gozar los datos personales sensibles, conforme al artículo 24 de la Constitución Política.

Dicha fundamentación será abordada de manera crítica en el desarrollo de este proyecto de investigación. Porque el Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, no es competente con arreglo de la ley para establecer y administrar una base de datos sensibles. Concretamente los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial hacen referencia expresa a la creación y competencia legal del Archivo Criminal como una dependencia del Organismo de Investigación Judicial, capaz de contar con ficheros confidenciales que almacenan información de los imputados -personas que han comparecido en calidad de presuntos responsables de hechos punibles-. Pero dicha normativa no le otorga la potestad al Departamento de Ciencias Forenses para crear un registro que almacena información sensible de los imputados, condenados, las víctimas de los hechos delictivos, las personas desaparecidas y sus familiares biológicos, así como del personal judicial para descartarlos como fuentes de ADN exógeno. Tampoco, se le da la facultad para decidir la finalidad de dicho registro, ni el tipo de procesamiento al que pueden someter el conjunto de información almacenada; es decir los casos específicos mediante los cuales se permitirá la recolección, almacenamiento, conservación, utilización y eliminación de los perfiles de ADN, las muestras biológicas y los demás datos personales que se almacenan en el conjunto de ficheros que integran esta base de datos utilizada por este Departamento.

Por lo que tal como se expondrá en este proyecto de investigación, este fichero de información sensible y confidencial, así como su consecuente regulación reglamentaria constituyen una restricción ilegítima de los derechos fundamentales de los titulares de los datos genéticos. Pues no se ajusta a las exigencias y obligaciones establecidas en la Constitución Política, la Ley 8968 y la normativa internacional referente a la protección especial de los datos genéticos de carácter sensible.

C. Disposiciones reglamentarias de la Base de perfiles de ADN forense

En esta sección se indican algunas de las disposiciones de mayor importancia que se señalan en el “Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana”, referentes al funcionamiento, manejo y organización de la información personal en la base de datos de perfiles de ADN.

I. Tipo de información del ADN que se almacena en el software CODIS

El Sistema de Índice Combinado de ADN (CODIS) es un software que combina la ciencia forense y la tecnología informática, para auxiliar a la policía judicial en sus investigaciones, ya sea generando información científica y eficaz sobre la identidad de un posible sospechoso, la vinculación de distintas investigaciones criminales o la identificación de personas desaparecidas. También, este sistema permite que un laboratorio forense pueda intercambiar y comparar perfiles genéticos de manera electrónica.²²⁰

En este programa se almacenan los códigos alfanuméricos de los perfiles genéticos obtenidos a partir del análisis de marcadores genéticos STR (Short Tandem Repeats o repeticiones pequeñas en tandem) del ADN nuclear, ya que la información genética obtenida de este ADN es única del individuo estudiado, excepto en los casos de gemelos idénticos. Este software desde el año 2017 establece el ingreso obligatorio de mínimo 20 y hasta 28 marcadores genéticos centrales que contienen uno o dos alelos, lo cual aumenta el poder de exclusión al momento de cargar y buscar perfiles de ADN en la base de datos. Además, los perfiles genéticos codificados se dividen en índices basados en las categorías de muestras biológicas obtenidas de los diversos individuos.²²¹

Las regiones polimórficas del ADN nuclear que son objeto de análisis y que se registran en forma de códigos alfanuméricos en esta base de datos de uso criminal,

²²⁰ Federal Bureau of Investigation, “Combined DNA Index System (CODIS)”, consultado el 20 de marzo, 2020, <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>

²²¹ Federal Bureau of Investigation, “Frequently asked questions on CODIS and NDIS”, consultado el 27 de marzo, 2020, <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>

son pertenecientes a la región no codificante y de su estudio se obtiene información reveladora de la identidad de una persona, su sexo, así como de sus vínculos familiares.²²² Pero no sobre las características físicas o fenotípicas del individuo “tales como la predisposición individual a padecer enfermedades de base genética, etc.”.²²³

En este sistema no se permite el ingreso de la información obtenida del ADN mitocondrial, puesto que corresponde a la línea matrilineal de una persona y por ende varios individuos podrían tener el mismo tipo de ADN mitocondrial, lo cual no permite una identificación única. Lo mismo sucede con la información del cromosoma Y, ya que esta es reveladora de la línea patrilineal de una persona.²²⁴

Otro aspecto de importancia, es que en este software no almacenan datos nominales de los perfiles genéticos, pues estos son almacenados en el archivo de datos personales que está asociado a dicho fichero.²²⁵ Por esta razón, hasta que surja una coincidencia entre dos perfiles genéticos, el código alfanumérico se busca en dicho archivo para ligarlo con la identidad y demás datos del donante de la muestra biológica.²²⁶ En el programa se almacena la siguiente información:

- El perfil de ADN: cadena de caracteres alfanuméricos que indica el número exacto de repeticiones en cada uno de los loci analizados y la información sobre el género (identificador personal).
- El número de identificación de la muestra: generalmente un número asignado secuencialmente en el momento de la recolección de la muestra.

²²² Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo: 07, NEXUS (consultado 30 de diciembre, 2019).

²²³ Óscar García Fernández, *Bases de datos de adn para investigación criminal*, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, consultado el 06 de junio, 2020, <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/24>

²²⁴ Federal Bureau of Investigation, “CODIS Brochure”, consultado 07 de septiembre, 2019, https://www.fbi.gov/file-repository/about-us-cjis-fingerprints_biometrics-biometric-center-of-excellences-btf_codis_0808_one-pager.pdf/view

²²⁵ Poder Judicial, Circular número 90-2011.

²²⁶ Federal Bureau of Investigation, Frequently asked questions on CODIS and NDIS.

- El personal del laboratorio forense que realizó ADN el análisis del perfil de ADN y la fecha en la que lo ingresó en la base de datos.²²⁷

La base de datos de identificadores ADN del Poder Judicial que se encuentra regulada y autorizada por medio del reglamento administrativo dictado por Corte Plena; debe de ser entendida como la unión o conjunto estructurado del archivo de perfiles de ADN (que se almacenan en el software CODIS), el archivo que contiene los datos personales del titular del perfil de ADN y el archivo que almacena las muestras biológicas humanas utilizadas para realizar los análisis genéticos y obtener el identificador de ADN.

II. Ente responsable de la administración y custodia del Registro de Datos de Perfiles de ADN

El artículo 38 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial dentro de su organigrama establece que el Departamento de Ciencias Forenses es un órgano auxiliar en la administración de justicia. Este se encarga de practicar los peritajes científicos, llevar a cabo los estudios y evacuar las consultas relativas a las ciencias forenses en todos aquellos asuntos que competan al O.I.J. Dentro de las cuales, se encuentra la disciplina de la Genética Forense, que se encarga del análisis de los perfiles de ADN.²²⁸ Como se explicará más adelante con mayor detalle esta ley le da la potestad a este Departamento para realizar las pruebas científicas, pero no le otorga la facultad para establecer un archivo de identificadores genéticos.

Por su parte, la disposición establecida en el numeral 6 del Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana que propició la creación y utilización de la Base de Datos de ADN de uso forense, da la autoridad al Departamento de Ciencias Forenses del OIJ, propiamente a la Sección de Bioquímica Forense; para custodiar “el archivo de huellas genéticas”, el Archivo de datos

²²⁷ Federal Bureau of Investigation, “Frequently asked questions on CODIS and NDIS”, consultado el 27 de marzo, 2020, <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>

²²⁸ Asamblea Legislativa, “Ley Orgánica 5224 del Organismo de Investigación Judicial: 07 de mayo del 1974”, artículo: 38, SINALEVI (consultado el 10 enero, 2020).

personales y el Archivo de las muestras biológicas humanas dubitadas e indubitadas.²²⁹

En este reglamento se establece que el Departamento de Ciencias Forenses, es el encargado de la “administración y supervisión del Registro de la base de datos, donde se van a mantener de manera centralizada el conjunto de los perfiles genéticos”.²³⁰ Asimismo, le corresponde de conformidad con la solicitud de la autoridad judicial, la toma de las muestras biológicas, análisis del ADN para la determinación y comparación de los perfiles genéticos (dubitados e indubitados), la elaboración de un informe pericial que dé a conocer a la autoridad judicial el resultado de la prueba de ADN y la conservación de las muestras biológicas; todo ello siguiendo los Procedimientos de Operación Normados aprobados por el Departamento y validados a nivel internacional.²³¹

El artículo 27 del Reglamento indica que el Poder Judicial deberá de dotar al Departamento de Ciencias Forenses de los mecanismos y equipo necesario, para garantizar la veracidad y precisión de la información almacenada en la Base de datos de ADN, pues es necesario que esta se encuentre actualizada, completa y se garantice su confidencialidad.²³²

III. Organización de la información

Los datos que se registran en la base de automatizada de perfiles de ADN del Departamento de Ciencias Forenses del OIJ, están organizadas en archivos distintos, los cuales se almacenan en forma independiente y tienen un tratamiento automatizado, con la finalidad de lograr la identificación humana.²³³

²²⁹ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago, 2011): artículo: 6, NEXUS (consultado 30 de diciembre, 2019).

²³⁰ Ibid.

²³¹ Ibid., artículos: 16-17.

²³² Ibid, artículo: 27.

²³³ Ibid., artículo: 20.

III. I Archivo de información personal

Contiene los datos de identificación personal del sujeto donante de las muestras biológicas, cuyo perfil genético se encuentra almacenado en el base de datos. En este se incluye el nombre, apellidos, la fecha de nacimiento, el número de identificación personal, el sexo, la nacionalidad, el domicilio y demás documentación sobre las características físicas individualizantes de la persona (por ejemplo: fotografías, huella dactilar, su firma, etc.). También, se puede incluir la información relacionada con la causa en investigación, el número único del expediente, el delito, autoridad que solicita la prueba de ADN, así como un pequeño resumen de los hechos que motivan el análisis de ADN, etc.²³⁴

III. II Archivo de perfiles genéticos

Contiene cada uno de los perfiles genéticos que se obtuvieron de una investigación penal y de los procesos de identificación de cadáveres o personas desaparecidas; los cuales se ingresan asociados con un código alfanumérico único y personal.²³⁵ Ese perfil genético codificado es el utilizado para realizar las comparaciones sistemáticas y periódicas con los nuevos perfiles genéticos y una vez que se ha logrado una coincidencia, ese código sirve para encontrar el dato nominal asociado a esa huella genética.²³⁶

A su vez, los identificadores codificados del archivo de los perfiles genéticos se organizan en dos registros distintos, los cuales son independientes entre sí. De modo que, solo pueden ser comparados entre sí los perfiles genéticos pertenecientes a un mismo archivo y no se pueden realizar análisis relacionales de datos si pertenecen a otro archivo.²³⁷ Estos son los siguientes:

²³⁴ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo: 20. NEXUS (consultado 30 de diciembre, 2019).

²³⁵ Ibid., artículo: 21.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid.

a. Archivo para la identificación de personas desaparecidas y restos cadavéricos

Este es utilizado en las investigaciones de carácter humanitario que se realizan para lograr identificar personas desaparecidas, cadáveres u osamentas, cuya identidad se desconoce. Se registran las siguientes categorías que se comparan entre sí para buscar coincidencias: 1-perfiles genéticos de cadáveres o restos humanos no identificados, 2-perfiles genéticos de personas desaparecidas, 3-material biológico que se presume proviene de personas desaparecidas y 4-perfiles genéticos que son aportados voluntariamente bajo consentimiento informado, por familiares biológicos interesados en la identificación de cadáveres o personas desaparecidas.²³⁸

b. Archivo penal

Es utilizado exclusivamente para fines de individualización forense dentro de investigaciones de carácter penal. En este archivo se encuentran las siguientes categorías de perfiles de ADN:

1- El registro de muestras dubitadas o pendientes de asociación: incluye los perfiles genéticos obtenidos del material biológico recolectado de las escenas de crimen, el cuerpo de las víctimas, los instrumentos utilizados para cometer los delitos o demás indicios de una investigación penal, que no se han podido relacionar con una persona (no han sido identificados).

2- El registro de muestras indubitadas, incluye dos categorías de perfiles genéticos:

a. Imputados individualizados: 1-imputados sometidos a una investigación penal, 2-imputados sobre los que recae sentencia condenatoria (condenados); en ambos casos por delitos dolosos sancionados con pena de prisión de 5 o más años, o delitos de crimen organizado (artículos 1 y 16 de la Ley de Crimen Organizado), 3-todo imputado que en un proceso penal usurpe la identidad de otra persona.

²³⁸ Poder Judicial, "Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011". Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo: 23. NEXUS (consultado 30 de diciembre, 2019).

b. Víctimas directas de un delito: cuando estas voluntariamente y bajo consentimiento informado, admiten que su perfil genético se ha incluido dentro de la base de datos de ADN.

3- El registro de los perfiles genéticos de las personas desaparecidas y restos cadavéricos: el cual es el mismo registro que se encuentra en el Archivo de fines humanitarios.²³⁹

4- El registro de los perfiles genéticos de los funcionarios y servidores judiciales que participan en los procesos de recolección y análisis del material biológico: Según lo detallado en la circular N°27-DG-2012 los funcionarios judiciales que intervienen en el proceso de levantamiento, embalaje, procesamiento y análisis de evidencias obtenidas a partir de las escenas del crimen, de las víctimas o de los sospechosos; deben de aportar sus perfiles genéticos, con el fin de descartarlos como posibles fuentes de ADN exógeno producto del contacto y manipulación de las evidencias. Estos funcionarios están en la obligación de acceder a que se les tomen muestras de ADN para alimentar este registro, puesto que de esta forma se cumple con los lineamientos forenses internacionales de acreditación de las pruebas de ADN y se evita el uso de hipótesis falsas que puedan surgir durante la Investigación Criminal, producto de una contaminación involuntaria de la evidencia.²⁴⁰

En el año 2016, la Interpol realizó una encuesta global en sus países miembros para monitorear el uso de las pruebas de ADN y las bases de datos de datos que almacenan, gestionan, comparan e intercambian identificadores de ADN. En esta oportunidad la Oficina Central Nacional de la Interpol en Costa Rica reportó que el Registro de Datos de perfiles de ADN administrado por el Departamento de Ciencias Forenses del OIJ, contaba con un total de 10.685 perfiles genéticos almacenados, los cuales se clasifican de la siguiente manera: 1.980 perfiles de referencia, 8.223 perfiles

²³⁹ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículos: 2 y 24, NEXUS (consultado 30 de diciembre, 2019).

²⁴⁰ Dirección General del Organismo de Investigación Judicial, “Circular 27-DG-2012 Toma de muestra para ADN humano: 20 de julio de 2012”, consultado el 12 de mayo, 2020, <https://sitiooij.poder-judicial.go.cr/index.php/component/phocadownload/category/161-circularesdirecciongeneraloj2012>

de la escena del crimen, 1 perfil de persona desaparecida, 313 perfiles de familiares de personas desaparecidas y 168 perfiles de restos humanos sin identificar.²⁴¹

III. III Archivo de muestras biológicas

Adicional a estos dos archivos de la base de datos, se encuentra el espacio físico que almacena las muestras biológicas de carácter humano, que han sido analizadas para extraer el ADN de una persona y obtener su perfil genético, el cual se registra en la base de datos automatizada de ADN no codificante. Estos vestigios biológicos pueden ser de origen conocido, cuando provienen de los imputados, condenados, víctimas y familiares de personas desaparecidas y serán de origen desconocido si provienen de indicios o restos humanos pendientes de identificación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, en todo peritaje, siempre que sea posible, se deja una muestra testigo de los indicios que fueron objeto de estudio, con el propósito de que, si las partes o el juez lo soliciten, la prueba pueda repetirse. También, este artículo señala que si con motivo del examen pericial fuere necesario destruir o alterar los indicios que deben analizarse, antes de proceder a ello, se solicitará la respectiva autorización a la autoridad judicial que ordenó el peritaje.²⁴² Sobre este aspecto el Consejo Superior del Poder Judicial en sesión N° 44-2000 celebrada el 08 de junio del 2000, artículo LXXXII, dispuso que se autoriza a los peritos para que cuando hayan concluido con el análisis criminalístico de las evidencias y no exista un pronunciamiento de su destrucción por parte de la autoridad judicial “le pidan a dicha autoridad ese pronunciamiento, y en caso de no darse éste dentro del plazo de 15 días, procedan a la destrucción de aquéllas, bajo responsabilidad del funcionario judicial que gestionó el estudio de las pruebas”.²⁴³

²⁴¹ Interpol, “Global DNA Profiling Survey 2016”, consultado el 10 de marzo, 2020, <https://www.interpol.int/How-we-work/Forensics/DNA>

²⁴² Poder Legislativo, “Ley 5524 Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial: 07 de mayo de 1974”: artículo 56, SINALEVI (consultado 10 de julio, 2020), artículo 56.

²⁴³ Poder Judicial, Acta número 44-2000, artículo LXXXII, de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del ocho de junio del dos mil, NEXUS (consultado 11 de julio, 2020).

Según lo indicado en el artículo 18 del Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana, el perito durante la fase de análisis deberá de conservar material biológico suficiente para una eventual contraperiria la cual es una “repetición de un análisis que tiene como objetivo dar una segunda opinión tanto a nivel experimental como a nivel de un dictamen emitido”²⁴⁴ y de ello deberá de dejar constancia escrita e informar a la autoridad judicial en el dictamen pericial. En el artículo 19 se establece que la muestra biológica recolectada para los fines del reglamento, será conservada por un periodo máximo de 10 años contados desde su recolección o recepción por el Departamento de Ciencias Forenses y pasado este tiempo las mismas deben ser destruidas, previa comunicación al Juez o Ministerio Público.²⁴⁵

La Dirección General del Organismo de Investigación Judicial realizó la fórmula institucional F-083-i que corresponde a la Solicitud de dictamen pericial para el Departamento Laboratorio de Ciencias Forenses, la cual fue aprobada por el Consejo Superior del Poder Judicial y en la que se indica lo siguiente

Esta solicitud autoriza la destrucción y/o alteración de los indicios dubitados e indubitados y sus embalajes para realizar la pericia y su destrucción posterior, salvo que en el apartado de “Observaciones” se indique lo contrario. Si el laboratorio está imposibilitado para destruir los indicios, estos se devuelven a la autoridad judicial. Cuando sea posible, **en el laboratorio se mantendrá una muestra testigo**, para comparaciones posteriores, según la especialidad de cada pericia.²⁴⁶ (El resaltado no es del original).

Por ello el Departamento Laboratorio de Ciencias Forenses elaboró el Procedimiento de Operación normado denominado “Gestión de solicitudes y manejo

²⁴⁴ Poder Judicial, Organismo de Investigación Judicial, Departamento de Ciencias forenses, “Procedimiento de Operación normando General (P-DCF-GCT-JEF-08): Gestión de solicitudes y manejo de indicios, versión n°10: 29 de noviembre de 2019”, 52.

²⁴⁵ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 agto., 2011): artículos: 18-19, NEXUS (consultado 30 de diciembre, 2019).

²⁴⁶ Poder Judicial, Dirección General del Organismo de Investigación Judicial, Formula institucional F-083-i: Solicitud de Dictamen Pericial para el Departamento Laboratorio de Ciencias Forenses.

de indicios”, en el cual se le indica a cada Sección del Departamento las formas de “tramitar las solicitudes con o sin indicios, incluyendo: la recepción, emisión y despacho del dictamen pericial, manejo de la muestra testigo y la disposición final de indicios mediante la devolución o entrega para la destrucción”.²⁴⁷

En este se refiere que la Jefatura de cada Sección debe acondicionar una bodega de indicios para el almacenamiento y resguardo exclusivo de los indicios, patrones, materiales de referencia o elementos de comparación recibidos, tomados, levantados, analizados, para devolución o para destrucción, muestras testigos, etc. El cual debe de ser un espacio cerrado, con condiciones frescas, para la preservación y custodia de los indicios, y contar con congeladores y refrigeradores que permitan ordenar los indicios en forma clasificada y ordenada, para que resulte ágil localizarlos. Además, debe contar con medidas de seguridad, como llave o acceso restringido por tarjeta electrónica y código de uso personal, cámaras de circuito cerrado, alarma, entre otros.²⁴⁸

Cada Jefe de Sección designa un funcionario responsable de la bodega de indicios, el cual deberá de conocer los procedimientos y directrices de manejo. Además, llevará el “libro de control de ingreso a la bodega de indicios”, en el cual debe de anotar todos los movimientos de los indicios ingresados o retirados de la bodega, así como la fecha y hora de entrada, las actividades realizadas y la hora de salida; esto también tiene que realizarlo cualquier otro funcionario que ingrese a dicha bodega.²⁴⁹

El funcionario encargado de la bodega al momento de recibir los indicios, tiene que verificar que cuenten con la solicitud de dictamen pericial y en el caso de que sea un objeto generado fuera de las instalaciones (investigaciones de campo) estos se encuentran embalados, lacrados, sellados y que se hayan adjuntado el formulario “F712-boleta única de cadena de custodia de indicios” y el “libro de registro y cadena de custodia”; esto no aplica para los indicios levantados en procesos de inspección o

²⁴⁷ Organismo de Investigación Judicial, Departamento de Ciencias forenses, “Procedimiento de Operación normando General (P-DCF-GCT-JEF-08): Gestión de solicitudes y manejo de indicios, versión n°10: 29 de noviembre de 2019”, 3.

²⁴⁸ Ibid., 15.

²⁴⁹ Ibid., 15-16.

toma de muestra dentro del Departamento de Ciencias Forenses.²⁵⁰ Luego de recibirlos los traslada al espacio correspondiente, en el caso de las muestras biológicas de referencia o de indicios con muestras biológicas estas se colocan en cámaras de secado. Después, el encargado remite al jefe de la Sección el “libro de registro y cadena de custodia” para su respectiva revisión y cotejo con lo que está almacenado en la bodega. El jefe se encarga de ingresar toda la información relativa al mismo en el “libro digital de inventario de indicios” y en el sistema informatizado del Departamento de Ciencias Forenses (SADCF): número consecutivo, número de libro, fecha de ingreso del indicio, departamento responsable del Indicio, encargado de bodega que lo recibe, descripción del indicio, ubicación.²⁵¹ El responsable de la bodega cada 6 meses hará un inventario de los indicios pendientes de análisis, verificando su estado, ubicación y perito competente asignado mediante el rol para su análisis y los resultados los reportará al jefe de la Sección.²⁵²

En el momento en el que deban de salir de la bodega de indicios para su análisis o inspección pericial, el responsable de la bodega localiza en el sistema SADCF el indicio asignado al personal pericial y consigna sus datos de salida (fecha de salida, oficina de destino, perito custodio y el documento al que se refiere, por ejemplo: acta de entrega, solicitud de dictamen, un informe) y lo entrega junto con la boleta de cadena de custodia. El perito custodio responderá por su ubicación física y deberá de dar una trazabilidad a los mismos, desde su recepción, apertura, análisis y destino final, por medio de los registros en el sistema SADCF; pero no es necesario que conste cada movimiento en la boleta de cadena de custodia. Mientras los indicios permanezcan en su custodia, deberá de hacer inventarios, para informar sobre su estado y ubicación en el área de trabajo, y reportes mensuales de las labores efectuadas sobre estos indicios; los cuales enviará a la secretaria y el jefe de la Sección.²⁵³

²⁵⁰ Organismo de Investigación Judicial, Departamento de Ciencias forenses, “Procedimiento de Operación normando General (P-DCF-GCT-JEF-08): Gestión de solicitudes y manejo de indicios, versión n°10: 29 de noviembre de 2019”, 30.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid., 20.

²⁵³ Ibid., 18.

Una vez finalizados los análisis, el perito asignado al caso toma o aparta una cantidad suficiente de la muestra biológica para estudios posteriores o una contrapericia futura -esto si no se ha consumido en su totalidad y no se ha comprometido su integridad- y consignará en el sistema SADCF su destino como “conservado como muestra testigo”. Estas muestras testigo o patrón de referencia pueden corresponder al indicio original, una pequeña cantidad tomada de la totalidad de la muestra o una muestra adicional que se toma a una persona como muestra testigo. Se le colocará una etiqueta de identificación que genera el sistema SADCF y que las relaciona de manera única con la identificación del objeto o indicio del que se tomaron. Luego se enlista y se entrega embalada, lacrada y con cadena de custodia al responsable de la bodega de indicios o área de almacenamiento, cambiando su ubicación en el sistema SADCF. El responsable de la bodega de indicios será el encargado de revisar que se haya cambiado la ubicación de la muestra testigo, colocarla en el mueble y espacio que corresponda -en el caso de las muestras biológicas son preservadas en congelación- para conservarla en las condiciones que permitan la preservación de su integridad, por los plazos establecidos institucionalmente.²⁵⁴

Para que se pueda destruir el indicio original posterior a su análisis, el perito debe de contar con la respectiva autorización, de otro modo no podrá prepararse para la destrucción. En cuanto a las boletas, etiquetas o cualquier registro de cadena de custodia de indicios, estas no pueden ser destruidas, se devuelven a la autoridad judicial si lo indicó en la solicitud de dictamen pericial y en caso de no indicarse, se almacenan y conservan en la bodega de documentación, por el lapso de tiempo establecido por el Consejo Superior; de ello el perito debe dejar constancia en el dictamen pericial y en el sistema SADCF.²⁵⁵

Cuando los indicios o la información obtenida de los mismos, requiere ser registrada en alguna base de datos como el CODIS, el perito debe de informar en el

²⁵⁴ Organismo de Investigación Judicial, Departamento de Ciencias forenses, “Procedimiento de Operación normando General (P-DCF-GCT-JEF-08): Gestión de solicitudes y manejo de indicios, versión n°10: 29 de noviembre de 2019”, 35-38

²⁵⁵ Ibid., 36.

dictamen criminalístico sobre su ingreso o la posibilidad de ingreso en etapas posteriores y el tipo de base de datos en la cual se registran.²⁵⁶

Según la entrevista realizada al perito Manuel González Cordero de la Sección de Bioquímica, la razón por la cual se conservan las muestras biológicas se conservan por el plazo de 10 años tiene su justificación en el Acta 34-2014 del Consejo Superior del Poder Judicial, cuyo tema descriptor es “Actualización de la tabla de plazos de Conservación del Organismo de Investigación Judicial”.²⁵⁷ En esta acta se detalla que el libro de registro y cadena de custodia de los indicios (incluidos dentro de estos las muestras biológicas), resulta de gran importancia para la investigación penal y el eventual juicio, por lo que el período de conservación debe de variar de 4 años a 10 años, pues este representa el periodo máximo de prescripción de los delitos de acción pública.²⁵⁸ En lo que interesa, se realizan las siguientes consideraciones

Libro de Registro y Cadena de Custodia de Indicios (F-421): (...) Dada la importancia que reviste este libro se hace la observación de que eventualmente podría utilizarse en un juicio para verificar la cadena de custodia que se le dio a determinado indicio, siendo que esta es vital en los procesos penales (...) y en vista de que la cadena de custodia de los indicios, no se conserva en el legajo principal, ni en ningún otro documento (...) se recomienda mantener este control por el período máximo que indica la ley en cuanto a la prescripción.²⁵⁹

Este registro escrito y documental contiene la siguiente información, la cual es de relevancia para garantizar, asegurar y sustentar la integridad y autenticidad de las evidencias analizadas como parte de una investigación criminal,

²⁵⁶ Organismo de Investigación Judicial, Departamento de Ciencias forenses, “Procedimiento de Operación normando General (P-DCF-GCT-JEF-08): Gestión de solicitudes y manejo de indicios, versión n°10: 29 de noviembre de 2019”, 42.

²⁵⁷ Entrevista Manuel González Cordero, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, mensaje de correo electrónico, de las 17:50 del 12 de febrero, 2020.

²⁵⁸ Poder Judicial. Acta número 34-14, Artículo LI, de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del veintidós de abril de dos mil catorce, NEXUS (consultado 26 abril, 2020).

²⁵⁹ Ibid.

Registro de todas las evidencias recolectadas en un escenario del crimen, en donde se anota fecha de ingreso, número de consecutivo de la evidencia recolectada, número único de denuncia, tipo de caso, ofendido, imputado si lo hay, medio de recolección (inspección ocular, acta de secuestro), descripción de la evidencia, lugar donde fue recolectada, nombre y apellidos de quien recolectó, fecha de recolección, donde se ubicará la evidencia (lugar de custodia), y su respectiva cadena de custodia, para ser remitido al laboratorio de Ciencias Forenses.²⁶⁰

Pero, si bien es cierto mediante esta acta administrativa se autoriza al Departamento de Ciencias Forenses para que pueda conservar por un período de 10 años los registros de custodia de los indicios en la bodega de documentación; en la misma no se hace mención sobre las muestras testigo o patrón de referencia, ni se autoriza para que las mismas sean almacenadas en la bodega de indicios por el mismo período que sus registros documentales. Aunque así lo han interpretado institucionalmente y así se autorizó en el reglamento administrativo aprobado por Corte Plena y en la fórmula de solicitud de dictamen pericial (F-083-i)

A raíz del almacenamiento de estas muestras biológicas existe el riesgo inminente de que, ante un manejo indebido y no autorizado, los laboratorios puedan llegar a disponer de las mismas para realizar estudios científicos en regiones codificantes del ADN, con la finalidad de obtener otros datos de identificación personal del donante del material biológico.

Un aspecto de relevancia que fue informado en la entrevista realizada a la perito judicial Anayanci Rodríguez Quesada de la Sección de Bioquímica Forense, es que en el laboratorio forense actualmente “se están realizando pruebas con una nueva tecnología para analizar marcadores genéticos de “predisposición fenotípica” (aquellos que indican características acerca del color de ojos, pelo, origen étnico, ancestralidad, etc), de las muestras biológicas halladas en la escena del crimen (indicios), ya que esto es de gran utilidad para las investigaciones penales y ligar a

²⁶⁰ Poder Judicial. Acta número 34-14, Artículo LI, de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del veintidós de abril de dos mil catorce, NEXUS (consultado 26 abril, 2020).

los sospechosos”. La perito judicial manifestó que aún estos datos no están incluidos en la base de datos de perfiles de ADN, pero que en muchos países se utilizan y en Costa Rica se están realizando estudios poblacionales, para que en poco tiempo se pueda llegar a utilizar esa información fenotípica. Además, detalló que ya existe en la Sección de Bioquímica el equipo necesario para implementar esta una nueva base de datos, que tendrá la capacidad para almacenar este tipo de información obtenida de marcadores de ADN de la región codificante.²⁶¹ Al respecto la Interpol ha señalado,

se debe ser prudente en relación con la aplicación de nuevas técnicas, como el análisis del origen étnico (...) para evitar situaciones en las que se pongan en entredicho las pruebas obtenidas y las bases de datos utilizadas en un país, debido a conflictos, sean o no deliberados, con los derechos humanos y el derecho a la intimidad consagrados en el ordenamiento jurídico del país.²⁶²

D. Procedimiento para incorporar y comparar perfiles genéticos en la Base de datos de ADN forense

Inicialmente tal como fue desarrollado ampliamente en el capítulo dos, del título uno de este trabajo de investigación, ante la solicitud de dictamen criminalístico realizado por alguna de las autoridades autorizadas, el personal judicial o de salud intervienen para lograr la obtención del material biológico dubitado e indubitado de una investigación penal.

El técnico o perito asignado al caso analiza si este se encuentra dentro de uno de los supuestos establecidos en el reglamento para ingresar el perfil genético en la base de datos forense, se le toman todos sus datos de identificación, su huella dactilar, una fotografía y se procede a leer, llenar y firmar la fórmula del consentimiento informado -se les explica los alcances del mismo- y esta hoja se anexa

²⁶¹ Entrevista Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

²⁶² Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 65.

al legajo digital interno del caso, pero no se adjunta al dictamen pericial, ni al expediente judicial -se preserva ahí por 5 años²⁶³-. Según el criterio de la Comisión de Asuntos Penales y Asesoría del OIJ en el caso de los imputados no es necesario su consentimiento informado -a pesar de que en el reglamento lo establece-, ya que es un sujeto en investigación y por tanto están obligados por ley a suministrar su ADN y para que su perfil genético sea ingresado y procesado en una base informática.²⁶⁴

Una vez que, se ha cumplido con todo el proceso previo y la muestra biológica ya se encuentra en el laboratorio forense, el perito judicial la estudia y aplica una serie de técnicas para extraer de las regiones hipervariables del ADN nuclear no codificante, el perfil genético único para fines de identificación. Luego dicho resultado es cotejado para verificar que se cumplió con todos los parámetros de calidad y procedimientos validados a nivel internacional.

Posteriormente, el perito judicial asigna al perfil genético un código alfanumérico personal (combinación de letras y números), lo clasifica (determina si pertenece a un imputado, persona desaparecida, familiares de personas desaparecidas, a un indicio forense normal o indicio forense con mezcla) y lo envía desde el analizador genético al software CODIS, para que se almacene en una categoría específica de la base y sea utilizado como indicador para la búsqueda de coincidencias.²⁶⁵ El sistema CODIS registra el nombre del perito judicial que realiza el análisis de ADN y que ingresa el código, la fecha en la que lo envió, el número de identificación de la muestra y el perfil de ADN.²⁶⁶

El último día de cada mes el software automáticamente va a realizar una búsqueda de manera independiente en cada uno de los Archivos de la Base de datos de ADN, con la finalidad de comparar los perfiles genéticos ingresados recientemente

²⁶³ Poder Judicial. Acta número 34-14, Artículo LI, de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del veintidós de abril de dos mil catorce, NEXUS (consultado 26 abril, 2020).

²⁶⁴ Entrevista Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Federal Bureau of Investigation, "Privacy Impact Assessment National DNA Index System", consultado el 02 de abril, 2020, <https://www.fbi.gov/services/information-management/foipa/privacy-impact-assessments/ndis>

con los registros de ADN contenidos en la base, para buscar asociaciones. El sistema detalla qué perfiles genéticos se están comparando y contra qué tipo de información y al final da una lista de las coincidencias.

En el caso de que se encuentre una asociación, el perito judicial realiza un procedimiento para validar o refutar las coincidencias, el cual será de alta rigurosidad, pues para que se pueda deducir que las huellas genéticas analizadas provienen de una fuente única, en cada loci todos los alelos deben coincidir. Si la coincidencia resulta ser cierta el sistema habrá vinculado dos o más escenarios del delito (se relacionaron los índices forenses desconocidos) o habrá dado el dato primario de la identidad del presunto autor del delito (se relacionó un índice forense desconocido con el índice de los imputados), en cuyo caso el técnico administrativo busca los datos nominales asociados a ese perfil genético en el Archivo de Información personal.²⁶⁷

Posteriormente, de la información obtenida en cada uno de los casos (categoría del perfil genético, con sus datos personales, el número único del caso y la autoridad judicial de donde vino la solicitud de dictamen pericial) el perito judicial realiza un informe pericial que es enviado a la Unidad de Análisis Criminal (UAC) de la Oficina de Planes y Operaciones de la Dirección General del Organismo de Investigación Judicial.²⁶⁸

Esta Unidad que fue creada en el año 2003, se encargará de dirigir y ejecutar las labores profesionales relacionadas con los análisis comparativos de los hechos punibles que se relacionaron a través del sistema CODIS. Específicamente coordinan las respectivas investigaciones criminales y comparten las pistas que desarrollaron de forma independiente: personas, lugares y modus operandi; para apoyar la acción policial del Organismo de Investigación Judicial. Posteriormente, realizan la inclusión y graficación de la información y la suministran mediante un informe -con o sin un

²⁶⁷ Entrevista Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

²⁶⁸ Ibid.

sospechoso conocido- a los investigadores de la Unidad de Vínculos Criminales (UVIC).²⁶⁹

Dicha Unidad fue creada en el año 2014 y sus investigadores se encargan de valorar las coincidencias reportadas por la UAC y ejecutar diversas técnicas de investigación, para recabar nuevos indicios que ayuden a vincular al sujeto sospechoso o bien que permitan identificar al presunto responsable de cometer los hechos punibles relacionados. Una vez que se tienen bastantes indicios y que el sujeto sospechoso ha sido plenamente identificado, envían un informe comunicando los vínculos positivos entre las causas al Ministerio Público, para continuar con la investigación de fondo en forma conjunta y bajo su dirección jurídica. Al finalizar la investigación conjunta de las causas, los investigadores de la UVIC comunican los resultados de las mismas a la UAC, para que se proceda a actualizar la información en la base de datos, por ejemplo para que un perfil anónimo deje de serlo y se pase al índice de sospechosos o condenados.²⁷⁰

Gracias a los resultados arrojados por las coincidencias encontradas en la base de datos CODIS se han logrado investigar de manera más adecuada y ágil delitos de homicidios, violaciones y robos agravados que desde el año 2008 estaban en archivo fiscal, habían sido desestimados o estaban en etapa intermedia con acusación y se les logró acumular las nuevas causas criminales relacionadas con un mismo sospechoso.²⁷¹

²⁶⁹ Poder Judicial, Organismo de Investigación Judicial, “Unidad de Análisis Criminal”, consultado el 05 de mayo, 2020, <https://sitiooj.poder-judicial.go.cr/index.php/oficinas/oficina-de-planos-y-operaciones/unidad-de-analisis-criminal>

²⁷⁰ Poder Judicial, Acta número 032-2014, Artículo XIV, de Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas treinta minutos del treinta de junio del dos mil catorce, NEXUS (consultado 30 de mayo, 2020).

²⁷¹ Ibid.

Capítulo II: Tratamiento de los datos genéticos, en relación con el Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La utilización forense de las bases de datos de identificadores de ADN plantea dos cuestionamientos jurídicos, los cuales se enmarcan en forma general como un conflicto entre los intereses públicos y los intereses de los particulares. Por un lado, existe una necesidad incesante por parte de las autoridades policiales y judiciales de utilizar este avance científico y tecnológico para prevenir y reducir la criminalidad. Pero, por otra parte, se encuentra la exigencia normativa de que toda intromisión gubernamental en la esfera de la intimidad, debe ser limitada de forma rigurosa y precisa en el marco de una ley. Pues si no se hace de esta manera se afectan gravemente los derechos fundamentales y la dignidad humana de la persona titular de los datos genéticos. Así lo señala la Sala Constitucional en el voto 05802-1999

En el caso particular del estado (...) si esa recolección de información excede los límites de lo razonable, se convierte en una forma de sojuzgar al individuo y de acrecentar el dominio sobre los particulares, convirtiéndose en un atentado contra las bases de un Estado Democrático y acercándolo a los regímenes totalitarios, en que el manejo de información detallada sobre la existencia de las personas ha facilitado su control en todas las facetas de sus vidas. (...) A pesar de la existencia de estos intereses sociales en la investigación y persecución de los delitos, en un Estado Social y Democrático de Derecho, **donde los ciudadanos controlan al Estado y no a la inversa, (...) la simple constatación de intereses superiores a los individuales no puede justificar el tratamiento de datos de las personas, sin que se le aseguren condiciones mínimas para que este tratamiento se adecue a las prescripciones establecidas en el orden constitucional.** Quiere esto decir que no se niega ni la necesidad, ni la legitimidad de conservar información (...) sino que, como lo ha indicado en otras ocasiones esta Sala, **debe asegurarse que su creación se**

ajusta a parámetros legales y constitucionales.²⁷² (El resaltado no es del original).

Por esta razón, en este capítulo se analiza la naturaleza especial de la información personal que es almacenada en el conjunto estructurado de los archivos que forman la base de registros de ADN utilizada por el Poder Judicial. Siendo estos el archivo de perfiles de ADN con fines de identificación humana, el archivo de datos personales y el archivo que almacena las muestras biológicas. Con el propósito de demostrar que debido a su confidencialidad, deben de gozar del más alto nivel de protección, pues “en el caso de los denominados "datos sensibles" la tutela del individuo debe extenderse a establecer la prohibición de su registro o el cumplimiento de medidas extremas de seguridad, en caso de que los datos sean realmente necesarios”; lo cual se logra al establecer los límites específicos para su tratamiento en el marco de una ley especial.²⁷³

Además, en el ámbito nacional se hace referencia a la escasa producción normativa, en materia de protección de datos genéticos sensibles y la nula normativa legal sobre los archivos de perfiles de ADN. Así como a un proyecto de ley, que pretendía regular de forma especial el objeto de estudio. No obstante, debido al cumplimiento del plazo cuatrienal para su trámite y estudio, se archivó sin llegar a convertirse en ley de la república. También, se estudian de una serie de leyes nacionales que regulan bases de datos específicas del Poder Judicial, para demostrar que, de las mismas, no se deduce la competencia legal y formal del Departamento de Ciencias Forenses del OIJ para establecer y administrar una base de datos de identificadores de ADN con fines forenses. Por lo cual, la regulación reglamentaria dictada que permite el tratamiento de datos sensibles y limita derechos fundamentales de los titulares de la información genética, devendría en ilegítima.

Mientras que, en el ámbito internacional se hace referencia a los principales instrumentos internacionales que han dotado de una protección más rigurosa y particular a este tipo de información personal sensible. Los cuales deben servir como fundamento a los estados democráticos, para desarrollar las leyes, reglamentos y

²⁷² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 5802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas (expediente 95-006047-007-CO).

²⁷³ Ibid.

políticas que pretenden autorizar con fines forenses, el tratamiento de los datos genéticos y las muestras biológicas humanas.

También, se hace referencia a la experiencia de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) en el manejo de las bases de perfiles de ADN, que almacenan información personal de carácter confidencial. Así como una serie de reglas y recomendaciones que han emitido a sus países miembros -Costa Rica es uno de ellos-, para que realicen un adecuado tratamiento -incluidos dentro de esta categoría las actividades de recolección, registro, consulta, envío, utilización, divulgación y eliminación- de los datos personales contenidos en las bases de índole criminal y humanitaria. De modo que se facilite la eficiencia y calidad de la cooperación policial internacional, siempre dentro del respeto a los derechos fundamentales de las personas objeto de tal cooperación.

Sección A: Naturaleza de los Datos personales

En la presente sección se realiza una conceptualización del dato de carácter personal. Además, se exponen brevemente los antecedentes históricos que demuestran el avance en la tutela del tratamiento de los datos personales de las personas y el respeto de su intimidad a nivel internacional. Los cuales dieron pie al desarrollo normativo interno en materia de protección de información personal.

También, se abordan las distintas categorías en las que se pueden clasificar los datos personales, tanto a nivel doctrinario como normativo. Pues ello resulta de gran utilidad para determinar la categoría en la que se ubican los datos genéticos y el nivel de resguardo que merecen. Lo cual facilita una mayor comprensión de la problemática que presenta la regulación actual del Poder Judicial que autoriza el tratamiento automatizado de información genética con fines forenses.

A. Definición y surgimiento del derecho a la autodeterminación informativa

El dato personal es definido como “un elemento conceptual aislado que refleja, con vocación de información, un hecho externo referido a una persona física

determinada o determinable”.²⁷⁴ Según la Real Academia Española la palabra “dato” es el antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho. Por lo que un dato como tal, debe ir acompañado de una referencia hacia algo. Siendo un dato de carácter personal, cuando el mismo tenga una referencia dada por un elemento que permita individualizar a una persona física determinada o al menos determinable.²⁷⁵ De manera, que será cualquier información concerniente a una persona física, que brinda su identidad, la describe, precisa su origen, edad, lugar de residencia, trayectoria académica, profesional; así como aspectos más sensibles como su forma de pensar, estado de salud, características físicas, ideología, orientación sexual, origen racial, entre otros.²⁷⁶

Este derecho a protección de datos personales y la conceptualización de los mismos de manera normativa, se fue gestando desde la década de los sesenta. En 1967 el Consejo de Europa dispuso estudiar el desarrollo de las tecnologías de la información y su impacto en los derechos de las personas con relación a su intimidad. Emitiéndose en 1968 la Recomendación 509 de la Asamblea General del Consejo de Europa, la cual es considerada como el origen del movimiento a la protección de los datos personales, pues fomentó los primeros desarrollos normativos que regulan de manera expresa, la protección de la intimidad del individuo frente a los medios tecnológicos de la época.²⁷⁷

En la década de 1970, se reguló en diversos instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, el derecho a la intimidad. Principalmente con la “Privacy Act” de 1974 en los Estados Unidos que dispuso el núcleo fundamental de este derecho. No obstante, los avances tecnológicos gestaron que cada vez más se

²⁷⁴ Cristian Bahamonde Guasch. “Los Datos Personales en Chile: Concepto, Clasificación y Naturaleza Jurídica. (Spanish)” *Revista de Estudios Ius Novum*, No. 1 (ene., 2008): 53, *VLex* (consultado 20 de marzo, 2020), https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/content_type:4/clasificaci%C3%B3n+datos+personales/WW/vid/51364866

²⁷⁵ Dante Mauricio Negro Alvarado, “Hacia un marco normativo en las Américas en materia de protección de datos personales”. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. No. IX-1, (2014): 11, consultado 25 de abril, 2020, https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/*/%22datos+sensibles%22/WW/vid/550006518

²⁷⁶ *Ibid.*, 11.

²⁷⁷ *Ibid.*, 4-5.

tengan que procesar los datos personales de los individuos de manera electrónica. Por ende, nació la necesidad de evolucionar en la noción de intimidad para establecer un derecho de las personas a la protección de sus datos personales, cuando estos vayan a ser tratados y procesados en algún formato electrónico o físico.²⁷⁸

En el año 1981 se dicta el Convenio 108 del Consejo de Europa que tenía la novedad de tutelar los datos personales ante el procesamiento automático en los sectores público y privado. En 1995 se dictó la directiva 95/466/CE del Parlamento Europeo de la Unión Europea, misma que dispuso que los Estados miembros debían contar con leyes que regularan el tratamiento y circulación de datos personales.²⁷⁹

Mientras tanto, en la República Federal Alemana durante la década de los setenta también se iba desarrollando el derecho de las personas a la protección de los datos personales. Pues hasta esa fecha era poca la información a la que el Estado podía acceder, pero con el avance de las tecnologías de la información y el crecimiento del aparato estatal, se fue gestando una visión social e intervencionista, que propino un movimiento tendiente a restringir el tratamiento que realizaban de la información personal.²⁸⁰ Lo anterior, debido a que en ese momento principalmente por las ideas de la Ilustración y las experiencias pasadas con las actividades estatales, permanecía la concepción de que los derechos fundamentales resultaban ser derechos de defensa frente al funcionamiento del Estado. Por ello, las leyes y la jurisprudencia incipiente sobre protección de datos, se enfocó en limitar las actuaciones de la Administración Pública.

Es así, como nace en la República Federal de Alemania derecho a la autodeterminación informativa, en vista de que en la modernidad el Estado no se presenta con un carácter amenazante por lesionar la integridad física de los ciudadanos, sino que las eventuales lesiones se producirían mediante el tratamiento de los datos personales afectando la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad

²⁷⁸ Dante Mauricio Negro Alvarado, "Hacia un marco normativo en las Américas en materia de protección de datos personales". *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. No. IX-1, (2014): 4, consultado 25 de abril, 2020, https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/*/%22datos+sensibles%22/WW/vid/550006518

²⁷⁹ Ibid., 4-5.

²⁸⁰ Winfried Hassemer, *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, (Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., 1997), 26.

de los individuos. Pues el Estado al poder obtener de manera sencilla los datos de sus ciudadanos, tal como lo indica Winfried Hassemer “convierte a los mismos en ciudadanos de cristal totalmente transparentes para el moderno Estado hambriento de información”.²⁸¹

B. Clasificación de los datos personales

En doctrina la principal clasificación de datos personales es la división entre públicos y privados. Los primeros son aquellos que, de acuerdo con el valor de la conciencia social, son conocidos por cualquiera. Mientras los de carácter privado, por su contenido son de conocimiento restringido.²⁸²

También, pueden clasificarse en datos nominativos, los cuales individualizan a un sujeto, los datos patrimoniales o económicos y finalmente los datos de carácter sensible. Estos últimos afectan directamente el ámbito íntimo del individuo titular de la información en cuestión, por lo que su registro y manejo importa un mayor riesgo para la intimidad, la dignidad y derechos fundamentales de la persona. Es por ello que se promulga sobre estos una protección más rigurosa, a diferencia de los demás datos personales.²⁸³

En Costa Rica, mediante la Ley 8968 se dispuso una clasificación legal de los datos personales, en razón de la información que brindan del titular y el grado de protección o tutela que el ordenamiento jurídico les otorga. Siendo estas categorías las siguientes:

²⁸¹ Winfried Hassemer, *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, (Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., 1997), 28-33.

²⁸² Cristian Bahamonde Guasch. “*Los Datos Personales en Chile: Concepto, Clasificación y Naturaleza Jurídica. (Spanish)*”, *Revista de Estudios Ius Novum*, No. 1 (ene., 2008): 55, *VLex (consultado 20 de marzo, 2020)*, https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/content_type:4/clasificaci%C3%B3n+datos+personales/MW/vid/51364866

²⁸³ *Ibid.*, 56.

- Datos personales de acceso irrestricto: se hace referencia a los datos contenidos en bases de información pública, por lo cual estos son de acceso general, según la normativa correspondiente y la finalidad para la cual fueron recabados.²⁸⁴
- Datos personales de acceso restringido: es la información que, aún formando parte de registros de acceso público, por el interés que revisten para su titular o la Administración Pública, su acceso se encuentra limitado. Solamente pueden ser tratados para fines públicos o con el consentimiento expreso del titular.²⁸⁵
- Datos referentes al comportamiento crediticio: son los referentes al comportamiento crediticio de los individuos, que son regulados por el Sistema Financiero Nacional para el uso de las entidades financieras, con las excepciones y limitaciones impuestas por ley.²⁸⁶
- Datos sensibles: es el tipo de información relativa al fuero íntimo de la persona, se incluyen en esta categoría los datos que revelan “**origen racial**, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, **información** biomédica o **genética**, vida y orientación sexual, entre otros.”²⁸⁷ (El resaltado no es del original).

La Sala Constitucional en la resolución n° 05802-1999, señala como datos sensibles “los rasgos como el **sexo**, situación familiar, color de piel, **pertenencia o no a una determinada raza, etnia**, religión, opinión política o gremial, ideología, origen nacional o social, posición económica, estado civil, condición física, enfermedad, elección sexual o **procedimientos judiciales pendientes o finiquitados**”.²⁸⁸ (El resaltado no es del original).

También, según el formulario de inscripción de las bases de datos de los organismos públicos, desarrollado por la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes; se consideran como información personal sensible, los controles

²⁸⁴ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 09, SINALEVI (consultado 20 de marzo, 2020).

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Ibid., artículo 03.

²⁸⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 5802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas (expediente 95-006047-007-CO-A).

biométricos, los datos de la salud, los biológicos, los que revelan el origen racial o étnico de una persona, las fotografías, entre otros.²⁸⁹ Considerándose como merecedor del mayor nivel de amparo, la totalidad de la información biológica de los individuos. Incluyendo en ella los datos genéticos extraídos de las regiones codificantes y no codificantes de la molécula de ADN.

De igual manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que la información conservada en “huellas dactilares y perfiles de ADN”, constituyen datos de carácter personal sensible, porque se refieren a una persona identificada o identificable. Así como las muestras celulares, porque son el acervo de gran cantidad de información personal, de modo que, aunque las autoridades extraigan solo una parte concreta para la creación de perfiles de ADN, su conservación constituye una lesión a la intimidad y vida privada. Por su parte, los perfiles de ADN, si bien se extraen de la región no codificante del ADN y contienen una menor cantidad de información genética; su tratamiento automatizado permite a las autoridades ir más allá de una mera identificación y realizar a partir de ella estudios de investigación familiar descubriendo el vínculo genético entre las personas, así como su origen étnico y además “no puede excluirse en un futuro la lectura de mayor cantidad de información genética contenida en las bandas de ADN no codificante”.²⁹⁰

También, la Organización Internacional de la Policía Criminal clasifica dentro de los datos especialmente delicados y por ende confidenciales a los controles biométricos, incluidos la huella dactilar, el perfil de ADN y el reconocimiento facial por medio de fotografías.²⁹¹

²⁸⁹ Agencia de Protección de Datos de los Habitantes, “Inscripción de bases de datos: Formulario de inscripción para las bases de datos públicas”, consultado 28 de junio, 2020, <http://prodhhab.go.cr/inscripcionform/>

²⁹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso S. y Marper contra Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008, 68-77.

²⁹¹ Asamblea General de Interpol, “Resolución III/IRPD/GC/2011 (2019): Reglamento de Interpol sobre el tratamiento de datos”, artículo 01 inciso 18, <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Marco-juridico/Documentos-juridicos> (consultado 06 de mayo, 2020).

Sección B: Datos genéticos de naturaleza sensible

La base de datos de identificadores de ADN utilizada por la Sección de Bioquímica Forense del Departamento de Ciencias Forenses del Poder Judicial, está formada por el conjunto estructurado del fichero de perfiles de ADN -en el que se almacenan los datos genéticos de la región no codificante del ADN-, el archivo que almacena las muestras biológicas, -las cuales son el soporte de toda la información del genoma característico de un individuo, por lo que deben ser tratados de la misma manera que los datos genéticos- y el archivo de información personal -en el cual se registran los datos personales del sujeto al cual pertenece el perfil genético registrado en el fichero-.

Por lo cual la regulación reglamentaria dictada por Corte Plena, autoriza al Departamento de Ciencias Forenses para realizar el tratamiento de diversos tipos de información personal. Por una parte, los datos personales de acceso restringido y por otra los datos sensibles que se extraen mediante las técnicas de análisis del ADN; a los cuales la ley debe de otorgarles una tutela especial y adecuada para su resguardo.

En este último tipo de información sensible, se contemplan todos los datos genéticos que es posible extraer del análisis del genoma humano, es decir tanto la información que se puede derivar de la región no codificante -marcadores genéticos que revelan la identidad, sexo y vínculos familiares de una persona-, como la obtenida de la región codificante -características fenotípicas, genotípicas, origen étnico o racial, entre otros-. Pues a pesar de que en el archivo de perfiles genéticos solo se almacena la información genética de la región no codificante, para realizar el tratamiento de estos datos, inevitablemente el personal técnico competente tiene acceso la totalidad de la muestra biológica. Por lo que ambos tipos de datos pueden verse manipulados con los estudios de investigación forense, si no se limita la finalidad y correcta utilización de esta base de datos en el marco de una ley.

Por ello, en esta sección se explica con mayor detalle el conjunto de información personal de carácter sensible que se puede extraer de la molécula de ADN, su naturaleza y protección especial.

A. Concepto de datos genéticos

El genoma humano representa el conjunto de genes -ADN codificante para proteínas- y secuencias intergenéticas -ADN no codificante: regiones reguladoras de la expresión génica y repetitivas- de una célula de un ser humano.²⁹² Así lo señala José Luis Gómez Skarmeta

Es el número total de cromosomas de un organismo, o sea todo el ADN, de un organismo, incluidos sus genes, los cuales llevan la información o datos para la elaboración de todas las proteínas requeridas por el organismo y las que determinan el aspecto, el funcionamiento, el metabolismo, la resistencia a las infecciones y otras enfermedades y también algunos de sus procederes. (...) La suma de todos los genes supone solo un 3% del genoma humano, mientras que un 97% son regiones intergénéticas, es decir secuencias relacionadas con los genes, que corresponde a ADN no codificante (...). El genoma es el conjunto de toda la información genética de un organismo, lo que lo hace único (...).²⁹³

Por su parte, los datos genéticos son el “antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto del genoma de un ser vivo” y cuando se refieren a una persona identificada o identificable se convierten en un dato personal, pues se pueden relacionar con la identidad de un individuo de manera directa o indirecta.²⁹⁴ Un ejemplo de relación indirecta es cuando se les asocia un código, como es el caso de los perfiles de ADN que se registran de forma codificada en una base de datos, pero que al consultarlo en el archivo de información personal, existe la posibilidad asociarlo con el individuo concreto al cual corresponde ese genoma humano, pues este es único, excepto en el caso de gemelos idénticos.

²⁹² Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 447.

²⁹³ José Luis Gómez Skarmeta, “¿Para qué sirve el genoma no codificante?”, Enciclopedia Fundación Instituto Roche, consultado 20 de agosto, 2020, https://www.institutoroche.es/biotecnologia/64/para_que_sirve_el_genoma_no_codificante

²⁹⁴ Pilar Nicolás Jiménez, *Datos genéticos (Jurídico)*, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, consultado 28 de abril, 2020, <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/92>

Pueden definirse como “todos los datos cualquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados”.²⁹⁵ Este concepto comprende

(...) cualquier información relativa a los genes, producto de los genes o herencia de características de una persona o miembros de su familia, a la cual se accede a través de procedimientos y análisis genéticos -sea mediante ácido nucleico u otro análisis científico- y proteómicos, que pueda alertar acerca de la incidencia de una enfermedad. También (...) aquella información que puede ser utilizada con fines de identificación humana, obtenida de los marcadores genéticos de ADN nuclear y ADN mitocondrial de regiones no codificantes (...).²⁹⁶

Por ende, en esta categoría se incluye toda la información específica “sobre el origen y naturaleza genética provenientes de un ser humano”²⁹⁷ determinado o determinable, ya sea su sexo, identidad, origen racial o étnico, características genotípicas y fenotípicas. En la actualidad hay múltiples aplicaciones de los datos genéticos: en el ámbito de la salud, en la investigación biomédica, en la medicina forense para la prevención y persecución de los delitos, las investigaciones humanitarias y la determinación de relaciones de parentesco, entre otros.

La Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, refiere que dato genético es “cualquier información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos”.²⁹⁸ La Recomendación 97 del 13 de febrero de 1997 emitida por el Consejo de Europa, indica que la información genética humana está compuesta por “todos los datos,

²⁹⁵ Álvaro Alfonso Guerrero Moreno, “La regulación de los datos genéticos y las bases de datos”. Revista Javeriana de la Pontificia Universidad Javeriana Cali 8, No. 2, (2008): 223-244, consultado el 11 de agosto, 2019, <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/313/1140>

²⁹⁶ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 425.

²⁹⁷ Ibid., folio 447.

²⁹⁸ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, consultado 08 de agosto, 2019, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

cualquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados”.²⁹⁹ Concepto que la misma norma relaciona con el dato médico, el cual hace referencia a “todos los datos personales relativos a la salud de un individuo. Se refiere también a los datos que tengan clara y estrecha relación con la salud y los datos genéticos”.³⁰⁰

En ocasión de las definiciones anteriores, se pueden identificar una serie de características sobre los datos genéticos:

- La información genética es única y distingue a una persona de las demás; ello en virtud de que revela características específicas de un individuo que lo singularizan frente a cualquier otro tipo, permitiendo su identificación, salvo en los gemelos monocigóticos.
- Puede revelar información genética sobre la persona y sobre sus vínculos de parentesco. Por lo que puede tener implicaciones para sus consanguíneos (familia biológica), incluidos las generaciones anteriores y posteriores (población a la cual pertenecen y su grupo étnico o grupo social).
- Es permanente e inalterable, ya que acompaña al individuo a lo largo de toda su vida, salvo existencia de mutaciones genéticas espontáneas o provocadas (ingeniería genética).
- Teniendo en cuenta la evolución de la investigación, podrá proporcionar más información en el futuro y ser utilizada por un número creciente de organismos con distintos fines.³⁰¹

Por lo tanto, la doctrina, la normativa nacional y los instrumentos internacionales, sostienen que los “datos genéticos” se catalogan como información sensible. Abarcado en su contenido tanto la información proveniente del análisis los

²⁹⁹ Comité de Ministros del Consejo de Europa, “Recomendación Nº R (97) 5 a los Estados miembros sobre protección de datos médicos: 13 de febrero de 1997”, consultado 18 de abril, 2019, <https://www.bioeticaweb.com/recomendacionn-nao-r-97-5-de-13-de-febrero-de-1997-del-comitac-de-ministros-del-consejo-de-europa-a-los-estados-miembros-sobre-protecciasn-de-datos-macdicos/>

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ Álvaro Alfonso Guerrero Moreno, “La regulación de los datos genéticos y las bases de datos”. Revista Javeriana de la Pontificia Universidad Javeriana Cali 8, No. 2, (2008): 223-244, consultado el 11 de agosto, 2019 <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/313/1140>

genes de sección codificante, como la que se obtiene del análisis los marcadores genéticos de la sección no codificante de la molécula de ADN.³⁰² Pues ambas son características que se transmiten mediante la herencia y aunque la región intergenética de la célula de un ser humano, no provea por sí misma, datos relacionados con su salud o sus características genotípicas, porque no se extrae de las secuencias génicas del ADN; el perfil de ADN obtenido de los análisis genéticos practicados en esa región, es considerado como un dato genético, pues identifica e individualiza el genoma humano de una persona concreta. Además, es considerado como un patrón de herencia que establece las posibilidades que tiene un organismo de manifestar una determinada característica fenotípica, genética y revela sus vínculos familiares. Es posible que en un futuro se pueda llegar a otro tipo de información personal sensible, pues aún se desconocen las implicaciones de estas regiones y están en constante estudio científico.

La importancia de catalogar de este tipo de información, radica en sus efectos y tutela jurídica, pues al estar intrínsecamente relacionada al ámbito de la intimidad, dignidad e identidad personal de un individuo; conllevan un régimen jurídico de protección distinto y reforzado en comparación a otros tipos de datos personales. Esta categoría de datos personales, se destinada a ser únicamente “conocidos o por voluntad del titular o en circunstancias especiales y descritas en la ley”, lo cual significa que se protege la voluntad de la persona para que determinados hechos privados, sean protegidos del acceso a terceras personas. Vedando el tratamiento los datos genéticos, solo si media consentimiento expreso de su titular o limitación legal y legítima a esta protección.³⁰³

El autor Juan Carlos Velázquez Elizarrarás reitera que el tratamiento y uso del genoma humano, al contener información tan íntima del ser humano, debe ser materia

³⁰² Yolanda Gómez Sánchez, “*La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa*”, Revista Jurídica Derecho y Salud 16, No. Extra 1, (2008): 59-78 consultado 23 de julio, 2018, <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/volumen-16-extra-2008>

³⁰³ Álvaro Alfonso Guerrero Moreno, “*La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN. (Spanish)*” Revista Criterio Jurídico, No. 8-2 (dic., 2008): 226, VLex (consultado 31 de marzo, 2020).

de regulación propia de los derechos humanos.³⁰⁴ Abarcando el concepto de tratamiento de datos personales a “cualquier operación o conjunto de operaciones que se aplique a los datos de carácter personal. Entre estas operaciones podemos incluir el acceso, la recolección, conservación, utilización, revelación, transferencia o eliminación”.³⁰⁵

Los Sistemas internacionales de Derechos Humanos han sido claros en establecer que en el ámbito de la investigación judicial o policial, la intromisión en los datos genéticos de una persona, debe de cumplir con varias condiciones: 1- la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, 2- que con base en el principio de reserva de ley la medida limitativa del derecho a la intimidad y autodeterminación informativa de los datos sensibles esté prevista en una ley, la cual permita que esta información y el material biológico, sea tratados con fines concretos y cumpliendo con ciertas condiciones específicas -las cuales no se pueden dejar al arbitrio de las instituciones- 3- que dichas actividades policiales y judiciales se realicen con estricto respeto de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.³⁰⁶

B. Protección de los datos genéticos en la normativa nacional

A nivel doméstico ha sido escasa la producción normativa referente a la protección especial de la información genética como datos personales de carácter sensible. Tampoco, existe una normativa específica que autorice y regule de forma estricta el procesamiento de los mismos cuando estos son conservados en un archivo con fines forenses. Evidenciándose así, el tratamiento ilegítimo de los datos genéticos

³⁰⁴ Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, “El derecho internacional ante los desafíos del genoma humano y la bioética, en el marco de la organización y las declaraciones internacionales: Su proyección al Derecho mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, No 8. (2008): 441-483.

³⁰⁵ Dante Mauricio Negro Alvarado, “Hacia un marco normativo en las Américas en materia de protección de datos personales”. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. No. IX-1, (2014): 11, consultado 25 de abril, 2020, https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/*/%22datos+sensibles%22/WW/vid/550006518

³⁰⁶ María Luisa De Torres Soto, “Información genética y derecho a la intimidad genética”, *Revista CES Derecho*, Vol. 9, No. 2, (2018): 219-222, consultado 26 de abril, 2020, <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/4888>

por parte de las autoridades judiciales y por ende violatorio de los derechos fundamentales de los titulares.

En este apartado se expone de manera sucinta la legislación nacional que reconoce a cualquier persona -independiente de su nacionalidad y residencia- una serie de derechos y principios relacionados con el tratamiento automatizado o manual de su información personal -correspondiente a su persona o bienes- en las bases de datos públicas y privadas. Así como la forma mediante la cual se debe de realizar la limitación adecuada a dichas libertades fundamentales.

También, se analiza un proyecto de ley que pretendía dotar de una protección rigurosa y efectiva a la información genética obtenida de las personas que se sometieran a pruebas de análisis de su genoma o proteóma, independientemente de la finalidad perseguida. Pero dicha iniciativa no llegó a convertirse en ley de la república, porque no fue discutida y aprobada en tiempo por el Plenario Legislativo, lo cual culminó con su archivo.

I. Ley 8968: Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales y su Reglamento ejecutivo n° 37554-JP

De previo a exponer algunos artículos de interés de la Ley 8968 y su reglamento ejecutivo, resulta importante abordar el proyecto de ley que fue discutido en la Asamblea Legislativa. Para comprender los motivos por los cuales se propuso esta ley y la finalidad que pretendía alcanzar el legislador.

En fecha 16 de julio de 2007 mediante el expediente legislativo 16.679, por iniciativa de la diputada Clara Zomer Rezler del Partido Liberación Nacional, se impulsó el proyecto de ley denominado Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales. En su exposición de motivos refiere que a pesar de que los avances tecnológicos garantizan mejores condiciones de vida, así como medios para incentivar el intercambio y producción de conocimiento, es un hecho que el tráfico y tratamiento de informaciones personales; principalmente de datos sensibles de las personas, a través de bases de datos públicas y privadas, comporta un riesgo para los derechos fundamentales de los individuos en una sociedad de la

información. Si bien el tratamiento de las informaciones, tiene sus ventajas, en otros casos puede revestir un gran peligro, pues es una forma de control y perfilado “de carácter incruento, sutil, carente de violencia”, que puede convertir a una persona en un mero objeto del proceso de información, reduciendo con ello su dignidad. Por lo cual este tratamiento debe de ir acompañado de límites y el reconocimiento de un estatus jurídico al afectado, que le permita ejercer su derecho fundamental a la protección del procesamiento sus datos personales, el derecho al libre desarrollo de su personalidad y demás libertades fundamentales, sin temor a ser observados y controlados.³⁰⁷ Sin embargo, dentro de dicha exposición de motivos se indica que se propone esta ley porque

Hoy en día, el gran riesgo **no lo representa, directamente, el procesamiento centralizado de datos, ni de información que realiza el Estado a través de sus administraciones. Quizá el riesgo mayor está representado por el creciente desarrollo de la informatización de los particulares**, los cuales utilizan los cada vez más rápidos, poderosos y pequeños equipos que ofrece la tecnología de la información. Este apertrechamiento tecnológico ubica al procesamiento de datos (...) en un papel trascendental en la sociedad de mercado, pero también en la mira de la reflexión sobre los peligros que este tratamiento indiscriminado de datos implica para los ciudadanos, (...) ha quedado demostrado en informaciones recientemente difundidas por los medios de comunicación que los ciudadanos se encuentran indefensos ante cada vez más graves y profundas invasiones en sus ámbitos de intimidad, sin tener tales invasiones el correlato de una efectiva tutela contra abusos, contra informaciones imprecisas, inexactas o exageradas o desproporcionadas frente a los intereses y objetivos lícitos que estas empresas persiguen.³⁰⁸ (El resaltado no es del original).

³⁰⁷ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 1679 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 16 de julio de 2007”, La Gaceta No.136 (18 jul., 2010): folio 3-4.

³⁰⁸ Ibid., folio 5.

Siendo así, el derecho de protección de la persona frente al procesamiento de sus datos personales, es entendido como la posibilidad de “decidir cuáles datos desea hacer de conocimiento de terceros, evitando que se construyan perfiles de su personalidad sin su consentimiento y conocimiento, para fines diferentes a los permitidos o autorizados”.³⁰⁹ Por lo que surge como una necesidad en un Estado de Derecho, para reflexionar sobre los derechos y las libertades públicas de las personas que se encuentran en juego en la nueva sociedad tecnológica.

Cabe resaltar un aspecto de gran importancia para el objeto de estudio, que se extrae de la revisión del presente proyecto de ley. Inicialmente, en su artículo 14 se regularon los límites y excepciones a los principios, derechos y garantías enunciados en la ley. Estableciéndose de manera expresa como requisitos: 1-que sólo por ley podrían limitarse estos derechos y las mismas debían de ser justas, razonables y acordes con el principio democrático de transparencia administrativa y el pleno disfrute de los derechos fundamentales, y 2-por algunos de los fines que se enlistan taxativamente.³¹⁰ No obstante, la versión definitiva de esta disposición que llegó a estar dentro del cuerpo normativo de la Ley 8968 en su numeral 8, excluyó contemplar de manera expresa el requisito de “reserva de ley” para la limitación a los derechos contenidos en este cuerpo normativo.

Respecto al desarrollo de la Ley 8968, en esta se abarca ampliamente la tutela otorgada a los datos personales. En su artículo 2 señala que esta ley “será de aplicación a los datos personales que figuren en bases de datos automatizadas o manuales, de **organismos públicos** o privados, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos”.³¹¹ (El resaltado no es del original).

En el numeral 3 se encuentran diversas definiciones de importancia, entre las cuales se hace mención a los datos sensibles, los cuales son la información del fuero íntimo de una persona “por ejemplo los que revelen origen racial (...) información

³⁰⁹ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 1679 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 16 de julio de 2007”, La Gaceta No.136 (18 jul., 2010): folio 5.

³¹⁰ Ibid., 26-27.

³¹¹ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales: 07 de julio de 2011”, La Gaceta No. 170 (05 sept., 2011): artículo 2, SINALEVI (consultado 12 de mayo, 2020).

genética”. Así como a la definición del responsable del manejo de la base de datos, señalando que será cualquier “persona física o jurídica que administre, gerencie o se encargue de la base de datos, ya sea esta una **entidad pública** o privada, **competente, con arreglo a la ley, para decidir cuál es la finalidad de la base de datos, cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y qué tipo de tratamiento se les aplicarán**”.³¹² (El resaltado no es del original).

En su artículo 9 se establece como regla general que ninguna persona está en la obligación de suministrar sus datos sensibles y por eso se prohíbe su tratamiento. Pero, estipula expresamente las excepciones o supuestos en los cuales si resulta permitido el tratamiento de los datos sensibles. Indica que podrán ser tratados cuando el titular voluntariamente los haya hecho públicos o si el uso de los mismos resulta necesario para el reconocimiento, el ejercicio o la defensa de un derecho en un proceso judicial.³¹³

El artículo 8 de dicho cuerpo legal establece que “los principios, los derechos y las garantías” establecidos en dicha ley podrán ser limitados, cuando se persiga uno de los fines establecidos de manera taxativa. Siendo uno de ellos “la prevención, persecución, investigación, detención y represión de delitos, o de las infracciones de la deontología profesional”.³¹⁴

Dicha limitación al ejercicio de los derechos fundamentales del titular de los datos, debe de realizarse con apego estricto de las siguientes disposiciones. El primer apartado del artículo 8 de la Ley 8968 que establece que dicha limitación debe ser “justa, razonable y acorde con el principio de transparencia administrativa”.³¹⁵ El artículo 14 del Reglamento Ejecutivo a la Ley 8968, que señala que los derechos reconocidos en dicha ley -derechos de acceso, rectificación, modificación, revocación o eliminación de los datos personales por parte del titular- pueden restringirse por “disposiciones de orden público o para proteger derechos de terceras personas, **en**

³¹² Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales: 07 de julio de 2011”, La Gaceta No. 170 (05 sept., 2011): artículo 3 inciso e) y h), SINALEVI (consultado 12 de mayo, 2020).

³¹³ Ibid., artículo 9.

³¹⁴ Ibid., artículo 8.

³¹⁵ Ibid.

los casos y con los alcances previstos en las leyes aplicables en la materia, mediante resolución de la autoridad competente debidamente fundamentada y motivada”.³¹⁶ (El resaltado no es del original). El artículo 5 inciso 2.- c) de la Ley 8968, indica que no será necesario el otorgamiento del consentimiento expreso del titular de los datos personales sensibles, para que estos se recolecten, almacenen, transmitan o de cualquier otra forma empleen en una base de datos; si así se establece en las circunstancias especiales de una **“disposición legal o constitucional”**.³¹⁷ (El resaltado no es del original).

Haciendo evidente que, en el ámbito penal, si en el transcurso de una investigación criminal se hace necesario la recopilación, almacenamiento y tratamiento posterior de los datos genéticos obtenidos del análisis del ADN del imputado en el marco de una investigación penal; para que esta información pueda ser utilizada en posteriores investigaciones criminales y así coadyuvar a la persecución y represión de hechos delictivos. Debe de establecerse en una ley especial los alcances y los supuestos específicos en los cuales se va a permitir que un ente responsable realice con una determinada finalidad este procesamiento de los datos genéticos sensibles. Por ejemplo, indicar de manera expresa que respecto al imputado puede ser registrados y tratados en este fichero, aún sin su consentimiento.

Pues si bien es cierto de acuerdo con lo establecido en la disposición legal del artículo 88 del Código Procesal Penal, el imputado es considerado como un objeto de prueba; esto es en el marco de una única investigación criminal para la averiguación de la verdad de los hechos específicos investigados. De manera que dicha disposición legal establece que si el imputado no otorga su consentimiento, por medio de una orden de la autoridad judicial competente -Juez penal o Ministerio Público- se pueden tomar sus muestras biológicas, incluso por la fuerza, para que estas sean analizadas por el perito capacitado que realiza la prueba pericial de ADN

³¹⁶ Poder Ejecutivo, “Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales N° 37554-JP: 05 de marzo de 2013”, La Gaceta No. 45 (05 marzo., 2013): artículo 14, SINALEVI (consultado 12 de mayo, 2020).

³¹⁷ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales: 07 de julio de 2011”, La Gaceta No. 170 (05 sept., 2011): artículo 5 inciso 2.- c), SINALEVI (consultado 12 de mayo, 2020).

que la autoridad judicial ordeno para ese caso concreto.³¹⁸ Pero este cuerpo normativo, no contempla el supuesto de que los datos genéticos obtenidos, puedan ser incluidos y procesados aun sin su consentimiento en un archivo informático de forma posterior a la finalidad expresa establecida en la ley y tal como se indicó anteriormente esta información de carácter privado y sensible solo puede ser conocida por voluntad del titular o por circunstancias descritas en la ley.

De manera que dicho cuerpo legal no otorga la potestad y competencia a la Sección de Bioquímica Forense del Departamento de Ciencias Forenses del O.I.J, para que instaure una base de datos, con distintas categorías de índices (archivo penal y civil), en la cual almacenen en ciertos casos específicos (los tipos de delitos contemplados en el reglamento) los perfiles de ADN y demás datos personales (archivo de identificación personal) del imputado; con el propósito de ser utilizados con posterioridad para ser comparados con los perfiles de ADN de otras investigaciones criminales que se encuentran pendientes de identificación humana y así obtener una confirmación de asociación. Por lo que tal como lo establece el artículo 2 del Código Procesal Penal, al ser esta una disposición legal que coarta “la libertad personal” o limita “el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso”, debe de interpretarse de manera restrictiva, pues existe la prohibición expresa de interpretar de forma extensiva la normativa penal, si ello no favorece a quienes intervienen en el proceso penal.³¹⁹

Además, en este punto debe de recalcarse que actualmente esta base de datos de perfiles de ADN con fines forenses, no solamente autoriza el tratamiento de datos genéticos de los imputados, sino que también registra y procesa información sensible de los condenados, las víctimas de hechos delictivos, las personas desaparecidas y sus familiares biológicos, así como de los funcionarios judiciales. Lo cual no se encuentra autorizado dentro de ninguna norma de rango legal, aspecto que se demuestra en esta sección.

La “Ley de Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales”, es una ley de carácter general que reconoce derechos y garantías de los

³¹⁸ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”, La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 88, SINALEVI (consultado 20 de mayo, 2019).

³¹⁹ Ibid., artículo 2.

titulares de los datos personales y una serie de obligaciones que los entes públicos y privados, deben de cumplir cuando pretendan realizar el tratamiento de información personal en sus bases de datos. Pero la misma resulta insuficiente para regular aspectos especiales sobre la protección de mayor jerarquía que cubija a la información genética como datos sensibles. Además, varias de las obligaciones que se establecen en su articulado, parece que aplican solo para las personas físicas o jurídicas que utilizan bases de datos públicas o privadas con fines de difusión o comercialización de datos personales -esta situación particular también fue criticada y resaltada por la Jefatura de la PRODHAB-. Otro aspecto es que dicha ley no da la autorización legal y expresa al Departamento de Ciencias Forenses del Poder Judicial para crear una base de datos de información sensible; pues en dicho cuerpo normativo se recalca que los entes encargados de administrar una base de datos publica deben de ser competentes con arreglo de una ley que los autorice para realizar el procesamiento de los datos personales.

Por lo cual es necesario que, en el ámbito de la investigación criminal y humanitaria, se cuente con una ley específica que autorice expresamente al Departamento de Ciencias Forenses como responsable de la base de datos de perfiles de ADN de uso forense. Pues así se le otorgará la competencia legal para decidir cuál es la finalidad de la base de datos, cuál categoría de datos de carácter personal deben de registrarse y qué tipo procesamiento se aplicará a dichos datos -el cual debe corresponder a la finalidad por la cual se recolectaron-. Con ello se garantizaría que mediante una ley se protejan o limiten de forma adecuada, justa y razonable los derechos fundamentales de los ciudadanos cuyos datos genéticos y personales se almacenan en este registro.

I.I Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (PRODHAB)

La Ley 8968 creó la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes en el año 2011, la cual es una institución pública de desconcentración máxima inscrita al Ministerio de Justicia y Paz, que tiene independencia de criterio y personalidad

jurídica instrumental para desempeñar las funciones establecidas en el reglamento ejecutivo a la Ley 8968.³²⁰

Es un órgano de control, cuyo principal objetivo es garantizar que, a toda persona sin distinción, se le respete su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida privada y demás derechos de la personalidad. Además, le corresponde la defensa y protección de estas personas frente al tratamiento -manual o automatizado- no autorizado de los datos relativos a su persona o a los de sus bienes. Así, como asesorar a las entidades públicas y privadas que manejan bases de datos, para cumplir con las exigencias establecidas en la Ley 8968 y respetar las garantías y derechos fundamentales relacionados con el procesamiento de los datos personales.³²¹ Esta agencia tiene las siguientes funciones de interés:

- Llevan un registro de las bases de datos reguladas por la Ley 8968, por medio del Departamento de registro de archivos y bases de datos. Para ello solicitan la siguiente información:
 - a. Designación del responsable de la base de datos personales.
 - b. Identificación de los encargados y sus responsabilidades.
 - c. Nombre de la base de datos y su ubicación física.
 - d. Especificación de las finalidades y los usos previstos.
 - e. Tipos de datos personales sometidos a tratamiento.
 - f. Procedimientos de obtención, según el consentimiento informado, de los datos personales.
 - g. Descripción técnica de las medidas de seguridad que se utilizan en el tratamiento de los datos personales.
 - h. Los destinatarios de transferencias de los datos personales.
 - i. Copia de los protocolos mínimos de actuación.³²²

³²⁰ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales: 07 de julio de 2011”, La Gaceta No. 170 (05 sept., 2011): artículo 15, SINALEVI (consultado 12 de mayo, 2020).

³²¹ Agencia de Protección de Datos de los Habitantes. “¿Quiénes somos?”, consultado el 28 de junio, 2020, <http://prodhab.go.cr/quienesomos/>

³²² Poder Ejecutivo, “Decreto Ejecutivo 37554, Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales: 30 de octubre de 2012”, La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 44, SINALEVI (consultado 29 de mayo, 2020).

- Pueden acceder las bases de datos “tanto de personas físicas o jurídicas privadas, como por entes y órganos públicos”,³²³ con la finalidad de verificar si están cumpliendo las normas de protección de datos personales. “Esta atribución se aplicará para los casos concretos presentados ante la Agencia y, excepcionalmente, cuando se tenga evidencia de un mal manejo generalizado de la base de datos o sistema de información”.³²⁴
- Resuelven reclamos de las personas titulares de los datos personales, cuando se refieran a infracciones a las normas de protección de datos y violaciones a los derechos fundamentales tutelados en la ley.³²⁵
- Ordenan de oficio o a petición de la parte interesada, la eliminación, rectificación, adición o restricción de la circulación de la información contenida en una base de datos, cuando no se han cumplido con las exigencias establecidas en la ley.
- Se encargan de autorizar (previa verificación del cumplimiento de los requisitos) la movilización y transferencia internacional de los datos personales.
- Puede imponer sanciones a las personas físicas, jurídicas, entidades públicas o privadas (en general), que violenten las normas de protección de datos y da parte al Ministerio Público.
- Promueve y contribuye en la redacción de normativa tendiente a implementar las normas sobre protección de los datos personales.
- Da directrices que son publicadas en el diario oficial La Gaceta, a las instituciones públicas para que implementen los “procedimientos adecuados respecto del manejo de los datos personales, respetando los diversos grados de autonomía administrativa e independencia funcional”.³²⁶

En general, la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes, tiene la competencia para velar por que todas las personas físicas y jurídicas privadas, así como los órganos y entes públicos que manejan bases de datos personales

³²³ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales: 07 de julio de 2011”, La Gaceta No. 170 (05 sept., 2011): artículo 16 inciso a), SINALEVI (consultado 12 de mayo, 2020).

³²⁴ Ibid., artículo 16 inciso d).

³²⁵ Ibid., artículo 13.

³²⁶ Ibid., artículo 16 y 21.

automatizadas o manuales, cumplan con la normativa en materia de protección de datos personales -establecida en la Ley 8968 y su reglamento ejecutivo-.³²⁷

Al momento de determinar si el Poder Judicial tiene la obligación de inscribir sus bases de datos ante la Agencia para que este organismo pueda ejercer un control sobre las mismas; se decantan dos posturas. Al interpretar la intención del legislador, según lo dispuesto en el artículo 21 de dicha ley, actualmente solo las personas físicas o jurídicas que tienen y administran bases de datos públicas o privadas con fines de comercialización o venta, distribución o difusión -repartan o publiquen siempre que medie el lucro- de los datos personales a terceros; son las únicas que tienen la obligación de inscribirse ante esta agencia especializada.³²⁸

No obstante, sobre este aspecto la Jefatura del Departamento de Registro de Archivos y Bases de Datos de la PRODHAB, indicó que es criterio de la Agencia que todas las bases de datos, ya sean de soporte físico o digital, se deban de inscribir. Pues mediante este proceso de inscripción la Agencia realiza un análisis exhaustivo y detallado de las mismas, para verificar que cumplan todos los requisitos establecidos en la Ley 8968 y su reglamento, lo cual asegura su adecuado funcionamiento. Un ejemplo de ello es que actualmente algunas instituciones públicas han inscrito sus bases de datos -aunque no persigan las anteriores finalidades-, estas son: 1- Tribunal Supremo de Elecciones denominada “TSE”, cuya base de datos contiene información de los hechos Vitales de todas las personas físicas costarricenses y extranjeros que se vinculan al país, y el Padrón Electoral (esta potestad está dada por la Ley 3504), 2- Ministerio de Economía Industria y Comercio con 2 bases de datos denominadas metabase que contienen los registros con la jurisprudencia del MEIC (esta competencia está dada por la Ley 6054); y 3-Sistema de Información Empresarial Costarricense (SIEC) que contiene una base de datos

³²⁷ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales: 07 de julio de 2011”, La Gaceta No. 170 (05 sept., 2011): artículo 16 inciso a), SINALEVI (consultado 12 de mayo, 2020).

³²⁸ Ibid., artículo 21.

con todos los registros de las empresas PYME (dicha facultad está dada en la Ley 8262).³²⁹

Otro de los aspectos primordiales que, a criterio de la Jefatura del Departamento de Registro de Archivos y Bases de Datos de la PROHAB, debería de cumplir el Poder Judicial es la elaboración e inscripción de protocolos de actuación para el manejo de la información personal que realizan en cada una de sus bases de datos policiales o judiciales, incluida dentro de ellas la base de perfiles de ADN. Pues el artículo 12 de la Ley 8968 indica que todas “las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas que tienen entre sus funciones la recolección, almacenamiento o uso de datos personales”, podrán emitir un protocolo que establezca los pasos que se seguirán en las actividades de recolección, almacenamiento y manejo de los datos personales.³³⁰

Sin embargo, el legislador al haberlo establecido como “una posibilidad” y no como una obligación legal, deja a criterio del ente encargado de la administración de la base de datos, si cumple o no con dicho aspecto. Aunque en el párrafo tercero de dicho numeral, recalca cuando el procesamiento de datos personales se realiza en apego estricto a un protocolo de actuación que se encuentra inscrito ante la PRODHAB, se configura en favor del titular del archivo una presunción “iuris tantum”, del cumplimiento de todas las disposiciones contenidas en Ley 8968, “para los efectos de autorizar la cesión de los datos contenidos en una base”. Además, de que esto le da la facultad a la PRODHAB de verificar en cualquier momento que la base de datos, cumpla a cabalidad los términos de dicho protocolo.³³¹

Actualmente, el Poder Judicial no tiene inscrita ninguna de sus bases de datos en la PRODHAB, pero si se encuentran inscritos dos protocolos de actuación, los cuales no tiene relación con el objeto de estudio. Estos son el Reglamento de Actuación de la Ley Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos

³²⁹ Entrevista Karla Quesada Rodríguez, Jefa del Departamento de Registro de Archivos y Bases de Datos de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes, mensaje de correo electrónico, de las 13:28 del 10 de julio, 2020.

³³⁰ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 sept., 2011): artículo 12, SINALEVI (consultado 24 de julio, 2020).

³³¹ Ibid.

Personales en el Poder Judicial y el Protocolo para la protección de datos en los documentos que se encuentran en las distintas instancias administrativas del Poder Judicial, por medio del cual se tramita la despersonalización de las resoluciones judiciales y otros documentos.³³² Según lo comentado por la jefa del Departamento de Registro de Archivos y Bases de Datos de la PRODHAB, estos han sido objeto de constantes revisiones y objeciones, en virtud de que no cuentan con todos requisitos exigidos en la ley, por lo cual se les ha otorgado plazos a los entes encargados de su elaboración, para realizar las correcciones señaladas.

Otro dato de importancia es que la Agencia ha recibido una serie de denuncias contra el Poder Judicial, de personas que consideran vulnerados los derechos tutelados en la Ley 8968, por la información que se encuentra almacenada en las bases de datos del Poder Judicial. Pero ha sido principalmente por escenarios que involucran “las resoluciones judiciales que no están despersonalizadas y son accesadas por indexadores y buscadores como Google, que las muestran en internet, así como por datos erróneos en procesos judiciales, por ejemplo, que han imputado a una persona que en apariencia no estaba involucrado en la investigación”.³³³

Todo lo expuesto, demuestra que no existe una entidad externa o incluso un órgano a lo interno del Poder Judicial -pues ello no está estipulado en el reglamento administrativo aprobado por Corte Plena- que controle de manera rigurosa que el procesamiento de la información sensible por parte del Departamento de Ciencias Forenses del O.I.J; se adecue al respeto de los derechos fundamentales que han sido ampliamente reconocidos en la Ley 8968 y su reglamento ejecutivo. Por lo que no se puede garantizar que este Departamento utilice los datos personales solo con los fines forenses establecidos en el reglamento. Además, al no contar con un protocolo de actuación inscrito ante la Agencia, no se puede presumir “iuris tantum” que el ente encargado del funcionamiento del fichero, está respetando los derechos y garantías de los afectados, y cumpliendo con todas las obligaciones impuestas en la Ley 8968; por lo cual tampoco se podría autorizar la transferencia internacional de la información

³³² Entrevista Karla Quesada Rodríguez, Jefa del Departamento de Registro de Archivos y Bases de Datos de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes, mensaje de correo electrónico, de las 13:28 del 10 de julio, 2020.

³³³ Ibid.

a otras bases de datos extranjeras o de terceros países, lo cual incluye la transferencia de datos para efectos de cooperación policial internacional.

I.II Proyecto de Ley 15.178: Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales

Esta iniciativa es anterior a la Ley 8968, fue presentada el 20 de marzo de 2003 y su articulado es muy similar a dicha ley.³³⁴ Los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el Dr Alfredo Chirino Sánchez, doctor en Derecho Penal y Director de la Escuela Judicial, y Dr Marvin Carvajal Pérez, doctor en Derecho Constitucional y letrado de la Sala Constitucional; asesoraron a los diputados en la redacción del texto inicial y el texto sustitutivo de este proyecto de ley.³³⁵ El 21 de noviembre del 2006 el mismo recibió un dictamen afirmativo unánime por parte de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa.³³⁶ El 13 de diciembre del 2006 fue recibido por el Departamento de la Secretaria de Directorio, para su respectivo conocimiento y votación por el Plenario Legislativo.³³⁷ No obstante, el 21 de marzo del 2007 se dictó su archivo definitivo por haber transcurrido más de cuatro años calendario desde el momento de iniciación.³³⁸ Aunque, este articulado no llegó a contemplarse en su totalidad en la actual Ley 8968, para el objeto de estudio es indispensable resaltar algunos numerales y criterios técnicos emitidos por los órganos consultados.

En lo que interesa, en su artículo 6 señala que los datos sensibles requieren una protección mayor a la regla general por lo que “no podrán ser almacenados de manera automática, ni manual en registros o ficheros privados y **en los registros**

³³⁴ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003”, La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): 51.

³³⁵ Ibid., 452.

³³⁶ Ibid., 843.

³³⁷ Ibid., 877.

³³⁸ Ibid., 883.

públicos serán de acceso restringido. Ninguna persona estará obligada a suministrarlos”.³³⁹ (El resaltado no es del original).

También, establece la obligación de todas las entidades públicas y privadas que manejan bases de datos sensibles -esta moción fue aprobada en forma unánime en la sesión ordinaria n°48, realizada el 25 de octubre del 2006, en la Comisión de Asuntos jurídicos de Asamblea Legislativa³⁴⁰- independientemente de su finalidad; de inscribirse ante la Agencia de Control,³⁴¹ cumplir con la elaboración de un protocolo de actuación -el cual para ser válido debía inscribirse ante la Agencia-³⁴² y respetar las garantías tuteladas en el proyecto de ley.³⁴³ El artículo 25 referente al Departamento de Registro de archivos y bases de datos de la Agencia de Control, establecía que este debía de llevar un control sobre “todo los archivos y bases de datos propiedad del estado u entes públicos”.³⁴⁴

El artículo 4 establecía que el consentimiento del afectado era necesario para realizar un tratamiento de sus datos personales sensibles, salvo que una ley disponga expresamente los casos de excepción y que estos sean razonables.³⁴⁵ El numeral 8 indicaba que el consentimiento del afectado no sería exigido para realizar la cesión de los datos (con cualquier finalidad) cuando “a- así lo disponga una ley, b-cuando se trate de cesión de datos personales al Estado o una institución pública en materia de seguridad pública”.³⁴⁶

El artículo 10 rezaba que toda persona tiene derecho a “controlar que sus datos personales existentes en ficheros públicos o particulares cumplan con las reglas

³³⁹ Poder Legislativo, “Proyecto de Ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003”, La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): 26.

³⁴⁰ Ibid., 656.

³⁴¹ Ibid., 27.

³⁴² Ibid., 32.

³⁴³ Ibid., 41.

³⁴⁴ Ibid., 40.

³⁴⁵ Ibid., 24.

³⁴⁶ Ibid., 28.

previstas en esta ley”.³⁴⁷ El numeral 12 contemplaba expresamente que “sólo por ley se podrían establecer las excepciones y restricciones en los principios, derechos y garantías” contenidos en el proyecto; siempre y cuando esas leyes sean “razonables, justas, acordes con el principio democrático”. Además, señalaba que dicha limitación o excepción solo podría plantearse cuando sea para alcanzar una finalidad legal, entre las cuales menciona “a- protección de la seguridad del Estado, la seguridad pública, (...) de las relaciones internacionales o para la represión de las infracciones penales; b-la protección de los propios titulares de los datos, así como los derechos y libertades de otras personas”.³⁴⁸

Según el criterio técnico del Departamento de servicios técnicos de la Asamblea Legislativa, este artículo 12 establecía expresamente el principio de reserva de ley en materia de restricciones al derecho a la autodeterminación informativa, en concordancia con la reiterada jurisprudencia constitucional.³⁴⁹ Dicho aspecto fue analizado en diversas consultas facultativas que la Asamblea Legislativa realizó a diversas instituciones públicas y privadas, que realizan un procesamiento de los datos personales de diversas categorías.

En la opinión de la empresa privada de datos “Datum” el impacto del artículo 12 sobre seguridad y labor policial en dicha legislación

generaría una revisión general de las bases de datos del Estado, incluyendo las policiales y las de seguridad nacional, siendo que, las que no se encuentren resguardadas por una ley especial y detallada en cuanto a sus alcances y contenidos, no podrían seguir operando hasta tanto una nueva ley las habilite. Igualmente, las que contengan excepciones a los principios y garantías establecidas en la eventual ley, pero que no sean justas ni razonables, deberán modificarse (...).³⁵⁰ (El resaltado no es del original).

³⁴⁷ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003”, La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): 30.

³⁴⁸ Ibid., 31.

³⁴⁹ Ibid., 149-150.

³⁵⁰ Ibid., 82.

Sin embargo, el criterio esbozado por la Dirección General del Organismo de Investigación Judicial, mediante el oficio N 154-DG-05 del 22 de febrero de 2005, suscrito por el Lic. Francisco Segura Montero -quien en su momento fungía como Subdirector General-, sin entrar a valorar con profundidad al contenido del proyecto ley, indicó

Es comprensible el interés público de regular el adecuado manejo de la información personal contenida en los registros informáticos, con el propósito de proteger los intereses de los ciudadanos respecto de actos arbitrarios e ilegales (...): no obstante, esta Dirección General observa **con suma preocupación el someter los archivos policiales bajo el proyecto de ley por usted remitido.**

Nótese que el quehacer de la Policía Judicial, difícilmente puede ser evaluado en los mismos términos de aquellos desempeñados por la sociedad civil, ya que nos rigen principios de seguridad y confidencialidad trascendentales en el desempeño de las funciones legalmente asignadas.

De tal forma, **no comparto la posibilidad de que este Organismo tenga que someter sus datos al control de un nuevo órgano administrativo, ni considero conveniente las limitaciones para traslado de información, ya que dificultaría la coordinación interpolicial a nivel nacional e internacional; de igual forma es totalmente improcedente el parecer del interesado en cuanto a la existencia de sus datos en los registros policiales, así como su facultad para revocar el consentimiento originalmente otorgado,** por mencionar solo algunos aspectos preocupantes.³⁵¹ (El resaltado no es del original).

Evidenciándose la postura del Organismo de Investigación Judicial del Poder Judicial, de no someter el funcionamiento de sus bases de datos policiales a las exigencias establecidas en la Ley general de protección de la persona respecto al

³⁵¹ Poder Legislativo, "Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003", La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): folio 345.

tratamiento automatizado o manual de sus datos personales y al control fiscalizador de un órgano administrativo; denominado en ese momento Agencia para la Protección de Datos Personales. Concluye solicitando que se excluya del mencionado proyecto de ley todo alcance respecto a este Organismo, pues esto provocaría “consecuencias nefastas para la persecución criminal y el consecuente perjuicio en el servicio público de seguridad brindado a la ciudadanía”.³⁵²

Por su parte, la Dirección General del Archivo Nacional, mediante el oficio DG-125-2005, del 24 de febrero del 2005, emite su criterio sobre el proyecto de ley. Resalta que en caso de aprobarse el proyecto de ley al ser una regulación amplia y detallada sobre el uso y tratamiento de los datos personales -que identifican de forma directa o indirecta su fuero interno- almacenados en diversos archivos públicos, “será de **obligatorio cumplimiento** para prácticamente **todos los archivos públicos de Costa Rica** y entre ellos el Archivo Nacional”.³⁵³ (El resaltado no es del original). Así lo indican

El ciudadano por medio de esta ley tendrá derecho a acceder a la información y datos personales que se conserven en los archivos públicos, la finalidad, uso, que se le da a estos, y podrá solicitar y obtener rectificación, eliminación y garantizarse la confidencialidad respecto de sus datos. Consideramos que es una propuesta legislativa interesante y positiva para nuestro país. (...) carecemos de una ley general (...) que establezca un límite al acceso de documentos privados o confidencial.³⁵⁴

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, el 14 de febrero del 2007 transcribe mediante el oficio n° SP-54-2007, el acuerdo de Corte Plena tomado en la sesión n°02-07 del 22 de enero del 2007, en el cual se esbozan los siguientes criterios

El proyecto de ley es sin duda de gran relevancia y necesidad (...) **no existe en la actualidad un texto de ley que regule la actividad de**

³⁵² Poder Legislativo, “Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003”, La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): folio 346.

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ Ibid., 355.

sujetos de derecho público y privado que mantienen bases de datos bajo su poder (...) para nadie es un secreto que no existe control, alguno sobre el traslado de los datos personales de una base de datos a otra. (...) Tal es el caso de los datos sensibles que en teoría no deberían estar al alcance de los particulares y **únicamente deben ser almacenados por las instituciones públicas encomendadas legalmente para tal fin. Sin embargo, al no existir regulación alguna se están utilizando de forma totalmente irregular.** (...) constituye un gran avance en esta materia al establecer un órgano de regulación (...) que se encargará a través del marco regulatorio de evitar irregularidades que en la actualidad existen. El Poder Judicial sin duda debe de asumir el compromiso que implica la aprobación de este proyecto, sobre todo tomando en consideración la relevancia de las bases de datos que maneja. (...) En consecuencia la Corte Plena debe de estar consiente que con la aprobación del proyecto en cuestión, **se deben de adoptar una serie de medidas para cumplir con las obligaciones que se establecen**, para lo cual tendrá el plazo de un año, según el transitorio del Proyecto.³⁵⁵ (El resaltado no es del original).

Sin embargo, consideraron que esto no tenía impacto significativo para el Poder Judicial en lo relativo al Archivo Judicial, pues por disposición legal tiene que cumplir con una serie de requisitos para el almacenamiento y la cancelación de la información personal, los cuales se han reforzado mediante la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Tampoco, tenía relevancia para todas las bases de datos del Poder Judicial que no pueden ser accedidas por el público, por ser solo de acceso para los funcionarios judiciales, los cuales ya tiene el deber de respetar el principio de confidencialidad de la información. Por lo cual concluyeron que estas disposiciones solo eran de aplicación para las bases de datos que podían ser accesadas por el público en general, mediante las páginas web del Poder Judicial. Lo cual generó el proceso interno de encriptación y anonimización de las sentencias, actas de Corte Plena, actas del Consejo Superior, etc.; con la finalidad de proteger los datos sensibles (nombres, número de cédula, direcciones, enfermedades, preferencias

³⁵⁵ Poder Legislativo, "Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003", La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): folio 879-880.

sexuales, apodos, números de placa, números de fincas, traumas psicológicos, etc.) que están vedados del conocimiento público.³⁵⁶

II. Proyecto de Ley 17.486: Ley para la protección de la información de datos genéticos y proteómicos humanos

El 13 agosto del año 2009, se impulsó el proyecto de ley tramitado bajo el expediente legislativo 17.486, denominado “Ley para la protección de la información genética y proteómica humana”. Este proyecto fue impulsado por el diputado Carlos Manuel Gutiérrez Gómez y gestionado desde el 21 de octubre del 2009 en la Comisión Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa.³⁵⁷ Sin embargo, aun cuando se aprobó una moción de prórroga del plazo ordinario para que el Plenario Legislativo conociera este proyecto de ley, el 22 de noviembre de 2018 la Secretaría del Directorio de la Asamblea Legislativa dictó su archivo definitivo.³⁵⁸

A pesar de haberse ordenado su archivo, el análisis del mismo resulta de gran relevancia para el objeto de estudio. Pues mediante este se procuraba establecer un régimen especial de protección de los datos genéticos y las muestras biológicas. Además, pretendía autorizar y regular en forma detallada, la implementación de las bases datos de perfiles de ADN por parte de las instituciones públicas.

En la exposición de motivos se resalta que el propósito de dicha ley era beneficiar a la colectividad con la tecnología de las pruebas genéticas y a su vez garantizar que las instituciones públicas y privadas tomaran las medidas necesarias para evitar que las personas sometidas a los análisis genéticos -indistintamente del fin perseguido- se convirtieran en víctimas de una utilización ilegítima de su información genética, para así asegurar el respeto de sus derechos fundamentales.³⁵⁹

³⁵⁶ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 880-882.

³⁵⁷ Ibid., 8.

³⁵⁸ Ibid., 883.

³⁵⁹ Ibid., 2.

En su artículo 1 establecía expresamente la obligación del Estado de velar por la protección del genoma humano y la información genética derivada del mismo.³⁶⁰ Propiamente respecto a las bases de datos de ADN, en su numeral 7 estipulaba que las instituciones públicas o privadas que manejaban información genética, tendrían la obligación de implementar en sus archivos las medidas de confidencialidad y seguridad necesarias para asegurar el resguardo de la información.³⁶¹ Asimismo, en el artículo 8 establecía un tema de gran relevancia, pues se prohibía entregar información genética a terceras personas, salvo en los siguientes supuestos: a) cuando el individuo otorgue su consentimiento informado, siempre que se haga acompañar de un abogado o técnico profesional, b) por disposición judicial, c) cuando la información genética sea de interés público declarado y autorizado por una ley.³⁶² También, este proyecto creaba sanciones de índole penal -pena de prisión-, administrativas -multas y suspensión sin goce de salario- y de responsabilidad civil -reclamo de daños y perjuicios- para aquellas personas que incumplieran de obligaciones contenidas en la ley.³⁶³

Algunos de los criterios técnicos de relevancia que emitieron las instituciones consultadas sobre el expediente legislativo 17.486, son los siguientes:

La Junta Directiva de Caja Costarricense del Seguro social por medio del oficio n° 55.023 del 15 de diciembre del 2009, señaló que era necesaria una ley que regulara el tratamiento del genoma humano, en virtud de los peligros y consecuencia negativas que ello puede generar en las personas.³⁶⁴ En este se adjunta el criterio técnico-médico de la Gerencia Médica, emitido en el oficio n° 54918-8 del 02 de diciembre del 2009, en el cual se indica que el genoma humano se “asocia con aspectos importantes de la persona, ligado a la identidad (...) y ligado a su dignidad, por lo que no se puede manipular arbitrariamente, (...) la información genómica otorga poder a quien la

³⁶⁰ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 4.

³⁶¹ Ibid., 5.

³⁶² Ibid., 6.

³⁶³ Ibid., 6-7.

³⁶⁴ Ibid., 82.

posee, lo cual debe de ser regulado”.³⁶⁵ En el criterio legal de la Gerencia Médica, se indica que la ley que enmarque este tipo de actividades debe de

(...) definir el o los procedimientos para la aplicación de las pruebas genéticas (...) que las posibilidades de manejo o manipulación de la información deben contar (...) “con consentimiento previo, libre e informado” y prever las situaciones en las que la persona no esté en condiciones de manifestar su consentimiento, (...) en cuanto a las bases de datos, especificar las entidades responsables del manejo de la información, la normativa por la cual serán regidas u organizadas (...) debe de partirse del hecho de que **ninguna persona puede ser obligada a dar sus datos sensibles; siendo que estos solo deben de ser recolectados y ser objeto de tratamiento cuando se demuestre que median razones de interés general autorizadas por una ley** (...) se deben de imponer límites en el manejo de la información, pero con la posibilidad de que en casos excepcionales y debidamente demostrados se pueda obtener la información que se requiera (...) se deben establecer los necesarios y debidos procesos, tanto para la entrega de la información, así como del manejo, conservación y destrucción de la misma (...) los datos deben de recogerse con fines determinados, explícitos y legítimos (...). En conclusión, **la privacidad genética debe de tutelarse como un bien jurídico de sensible protección** (...) en razón de lo anterior **deben de crearse mecanismos legales que garanticen la protección de la información** (...).³⁶⁶ (El resaltado no es del original).

Por su parte, el Jefe del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, el M.Sc. Marvin Salas Zúñiga, en el oficio 304-DCF-2010 del 22 de julio del 2010 indicó que el Departamento desde el año 2006 había impulsado la implementación de una base de datos de perfiles genéticos para la identificación de personas desaparecidas y la persecución criminal. “De manera

³⁶⁵ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio, 83.

³⁶⁶ Ibid., folio 85-86.

análoga a cómo funciona el archivo de huellas dactilares”, y que ya contaban con la reglamentación “referida a la custodia de la información y demás detalles operativos”. Pero refiere que van a revisar el proyecto de ley, para ver si tenía relación con la implementación de la citada base de datos.³⁶⁷

Mediante el oficio 354-DCF-2010 de fecha 18 de agosto de 2010, la Jefatura del Departamento de Ciencias Forenses emite su criterio técnico definitivo. En este resalta que a juicio de los expertos, el proyecto de ley tal y como está redactado, no era aplicable a las pericias genéticas realizadas por dicha institución. Toda vez que no realizan estudios genéticos en regiones codificantes de la molécula de ADN, sino que utilizan la región no codificante con fines de identificación humana.³⁶⁸ También, recalcan que la utilización de esos perfiles de ADN de la región no codificante, puede potenciarse si se cuentan con bases de datos automatizadas que almacenen la información obtenida de las muestras biológicas. Pero refieren que

(...) desde hace más de cinco años, el Departamento de Ciencias Forenses ha tratado de implementar un sistema de bases de datos de ADN para identificación humana con fines humanitarios y de investigación criminal, **sin que a la fecha haya sido posible por cuanto se ha alegado que se requiere una autorización expresa en la Ley.** Nuestro Departamento cuenta con la capacidad para llevar a cabo la identificación (...) no obstante la carencia de bases de datos de ADN ha provocado que en muchos casos no haya sido posible dar una respuesta a la necesidad de identificación de manera concluyente.³⁶⁹ (El resaltado no es del original).

Por lo que recalcan la necesidad urgente de contar con una regulación legal para implementar la base de datos de ADN con fines forenses, ya que refieren que esto se ha convertido en un tema prioritario para la Alianza Estratégica Forense Internacional “que agrupa las redes internacionales de laboratorios forenses del mundo” y por lo cual el Poder Judicial de Costa Rica al no contar con una base de

³⁶⁷ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): 116.

³⁶⁸ Ibid., 134.

³⁶⁹ Ibid., 135.

ese tipo “se mantiene en rezago con otros países a nivel mundial”.³⁷⁰ Es por ello que el Departamento de Ciencias Forenses propone a la Comisión una serie de modificaciones al texto del proyecto de ley, para que por medio de este se les autorice legamente para implementar la base de datos de ADN con fines forenses del Poder Judicial y así se respete el principio de reserva de ley, en cuanto a la limitación de derechos fundamentales de los titulares de los datos genéticos.

Mencionan adicionar a la definición de datos genéticos contenida en el artículo 4 del proyecto de ley, que también se considera dentro de esta categoría la información sensible que,

puede ser utilizada exclusivamente con fines de identificación humana, obtenida por el resultado del análisis de marcadores genéticos del ADN nuclear y ADN mitocondrial de regiones no codificantes, es decir no brinda información sobre enfermedades genéticas, ni características específicas de los individuos.³⁷¹

En cuanto al artículo 7 se propuso agregar que “las instituciones que manejan y almacenan información genética, ya sea a través de bancos de ADN, registro de ADN o archivos de ADN” que persiguen fines civiles o forenses -incluyendo así su uso criminal y humanitario-, debían cumplir con el deber de confidencialidad y medidas de seguridad en sus archivos.³⁷²

Respecto a la prohibición de entregar información genética sensible a terceros establecida en el artículo 8, proponen que se establezca dos casos de excepción a esta regla “d) para la identificación de personas por razones humanitarias, e) para la identificación de personas por motivo de una investigación criminal siempre y cuando medie la autorización judicial correspondiente”. En igual sentido, plantean que se cambie la redacción del artículo 9 para que en vez de establecerse que “la entrega de la información sin el consentimiento del involucrado constituye un hecho ilícito”, se lea “la entrega (...) fuera de los parámetros establecidos en el artículo 8 de esta ley

³⁷⁰ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 135.

³⁷¹ Ibid.,136.

³⁷² Ibid., 137.

constituye hecho ilícito”,³⁷³ posibilitando con ello ciertos supuestos en los cuales podrá ser legítimo que el Departamento pueda entregar información genética a terceros en el marco de la cooperación policial internacional.

Por su parte, el Departamento de Servicios técnicos de la Asamblea Legislativa el 21 de setiembre del 2010, emitió el informe técnico jurídico sobre el proyecto de ley. En el cual resaltó que, al permitir la implementación de bases de datos de información genética de carácter confidencial, debía de señalar con claridad las instituciones o personas jurídicas públicas o privadas que estarán autorizadas por la ley para contar con estos ficheros. Además, de establecer con qué finalidades, bajo qué condiciones y requisitos actuarán, la forma de registro y revisión de las mismas, así como las responsabilidades que tendrán los encargados. Todo con garantía de que el Estado cumpla con la obligación de la protección del genoma humano. Por lo que su aprobación requería de mayoría absoluta de acuerdo con el artículo 119 de la Constitución Política.³⁷⁴

El Área de Bioética del Centro de Desarrollo estratégico e información en salud y seguridad social de la C.C.S.S (CENDEISS), mediante el oficio 776-10-2010, del 4 de octubre del 2010 subrayó que los datos genéticos son información sensible, por lo que deben de crearse mecanismos legales que garantice su protección especial.³⁷⁵ Expuso que era necesario determinar la obligación de los órganos que cuentan con bancos de datos genéticos humanos y de muestras biológicas, de inscribirse ante un órgano estatal responsable, pues se necesita brindarles un control adecuado. Además, que el deber de confidencialidad aplica no solo a los datos genéticos, sino también a las muestras biológicas, pues son el soporte principal del contenido genético de un individuo. Proponen que se establezca el requisito para las personas físicas o jurídicas a cargo de los bancos de datos genéticos y muestras biológicas, de elaborar protocolos de actuación, en los que marquen los pasos por seguir en cada una de las etapas de tratamiento de los datos genéticos y las muestras biológicas; los

³⁷³ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de setiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 137.

³⁷⁴ Ibid., 210.

³⁷⁵ Ibid., 442.

cuales tendrán que ser autorizados, validados e inscritos ante el órgano estatal de control.³⁷⁶

Luego de las diversas consultas a los órganos expertos e instituciones públicas, la subcomisión de la Comisión Permanente especial de Derechos humanos de la Asamblea Legislativa, realizó una serie de modificaciones al contenido del proyecto de ley y lo complementó con lo dispuesto en diversas normativas internacionales de derechos humanos, incluidas la Declaración Universal sobre el genoma humano y derechos humanos y la Declaración Internacional sobre Datos genéticos humanos, así como legislación comparada. Logrando con ello obtener un texto sustitutivo reforzado que el 13 de setiembre del 2011 fue aprobado por unanimidad en dicha Comisión, por lo que se rindió un dictamen unánime afirmativo y se recomendó su aprobación en el Plenario Legislativo.³⁷⁷ El órgano de control estatal que se instauró en dicho proyecto de ley fue el Ministerio de Salud, pues al ser el ente rector en materia de salud, de acuerdo con la Ley General de Salud, cuenta con la potestad para “regular y autorizar el funcionamiento de los laboratorios médicos de las instituciones públicas y los centros privados”. Además, creó un nuevo tipo penal dentro del capítulo de delitos contra los derechos humanos del Código Penal, denominado “uso no autorizado del material o información genética”, el cual se configuraba cuando “(...) la persona, gerente o director de una institución oficial o privada que sin estar autorizado entregue, requiera, recopile, intercambie o compre información genética humana”.³⁷⁸

El 28 de setiembre del 2011 la Comisión de Derechos Humanos entregó el dictamen para su conocimiento al Departamento de Secretaria de la Dirección Ejecutiva.³⁷⁹ Sin embargo, este Departamento entregó el expediente un año después, propiamente el 17 de setiembre del 2012, a una Comisión con potestad legislativa plena tercera, para su respectivo trámite.³⁸⁰ La cual determinó el 17 de octubre del

³⁷⁶ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de setiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 238.

³⁷⁷ Ibid., 600-608.

³⁷⁸ Ibid., 291-301.

³⁷⁹ Ibid., 620.

³⁸⁰ Ibid., 652.

año 2012 que el expediente aun no podía conocerse en el Plenario Legislativo, porque no se había enviado a consultar previamente a varias instituciones públicas de incidencia: Colegio de Microbiólogos y químicos clínicos de Costa Rica, la Procuraduría General de la República y la Universidad de Costa Rica.³⁸¹ Lo cual atrasó más el conocimiento de dicho proyecto de ley.

De estas últimas instituciones, es importante resaltar el criterio de la Procuraduría General de la República. La cual extendió su opinión jurídica sobre el proyecto de ley, mediante el dictamen OJ-084-2012 del 05 de noviembre del 2012. En este destaca que la información genética es un dato sensible y por tanto confidencial “que solo pueden ser recabados y cedidos a otras personas públicas o privadas con el consentimiento expreso del titular o representante, con una finalidad determinada”. Se encuentra dentro de esta categoría, porque incide en la esfera íntima del ser humano dada su conexión con informaciones susceptibles de revelar la identidad de una persona, su estado de salud, origen étnico, datos hereditarios, predisposición de enfermedades, vínculos familiares, etc. Por lo que su uso debe de ser regulado en una ley, pues si se implementa con diversos fines ilegítimos podría entrañar riesgos y prácticas discriminatorias contrarias a la dignidad humana y las libertades fundamentales.³⁸² Concluyen refiriendo que el proyecto de ley no presenta vicios de constitucionalidad, pero que el legislador debe de tomar en cuenta, lo dispuesto en la Ley 8968 que entró en vigencia el 11 de setiembre del 2011, para evitar conflictos normativos. Pues en dicha ley se contempló dentro del ámbito de protección “la información genética” como un dato sensible. Además, mediante la misma se establece el marco legal general de la protección de los datos personales, que desarrolla y regula en forma integral una serie de principios y garantías fundamentales que rigen el derecho a la autodeterminación informativa (se configura su tutela y los remedios institucionales necesarios para velar por su protección administrativa). Por lo cual el expediente 17.486 resulta ser una ley especial de importancia que concretiza los aspectos específicos del uso y manejo de los datos del ADN y las muestras biológicas de los individuos, dándoles una protección reforzada y regulación más detallada. También, propone valorar la posibilidad de

³⁸¹ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 661.

³⁸² Ibid., 713-714.

reformular la Ley 8968 para introducir un capítulo específico que regule con mayor detalle esta materia; pues es necesario que se establezcan las competencias del órgano de control de los bancos de datos genéticos. Porque el ente actual de la Ley 8968 no cuenta con esta capacidad.³⁸³

El 10 de diciembre de 2013, la Procuraduría General de la República emite un segundo criterio técnico, por medio del oficio OJ-101-2013. En el cual detalla que el expediente legislativo otorga un régimen especial de protección a los datos genéticos, que se articula en razón de dos principios fundamentales:

a- El derecho a la privacidad de los datos genéticos: el cual es garantizado a través del consentimiento informado. Toda vez que se considera idóneo que solamente se pueden realizar un análisis genético y tratamiento de la información obtenida, cuando la persona lo haya consentido explícitamente o cuando se cumplan alguno de los supuestos de excepción a la protección de este derecho. Los cuales han sido establecidos de forma expresa en la ley, como lo es “que se exija en relación con pruebas judiciales -verbigracia procesos penales o de investigación de paternidad, según el artículo 17 del proyecto de ley-”.³⁸⁴

b- El derecho a conocer los datos genéticos almacenados en una base de datos: el cual es un tema clave sobre la gobernabilidad genética. Por lo que los bancos públicos y privados, solo pueden almacenar datos genéticos y muestras biológicas, si cuentan con el consentimiento expreso y asesorado del titular (artículo 7 del proyecto). El ente encargado debe de garantizar su privacidad, calidad, seguridad, exactitud, fiabilidad y trazabilidad; así mismo tiene la prohibición de vender o traspasar información si no están autorizados (artículo 12 del proyecto de ley), debe de garantizar el derecho de las personas de acceder y conocer sus datos genéticos (artículo 13 del proyecto) y solo podrá utilizarlos con los fines explícitos de ley y autorizados mediante el consentimiento informado (artículo 13).³⁸⁵

³⁸³ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 711-721.

³⁸⁴ Ibid., 914.

³⁸⁵ Ibid., 915-916.

Para las fechas 9 de agosto del 2013, 26 de noviembre del 2013, 28 de febrero del 2014, diversos diputados propusieron mociones de avocación para que este proyecto de ley se conociera en Plenario Legislativo, sin que ello fuera posible. El 9 de junio del 2014 la Secretaria del Directorio presentó moción de avocación, pues se había superado el periodo de cuatro años desde la presentación del proyecto.³⁸⁶ Sin embargo, el 10 de junio del 2014, en la sesión plenaria n°23 del 1° periodo de sesiones ordinarias, la moción fue rechazada por 49 diputados.³⁸⁷ Además, el 25 de junio del 2014 el Departamento de servicios técnicos de la Asamblea, determinó que el contenido del proyecto coincidía con el derecho a la intimidad contemplado en el artículo 24 constitucional, por lo que se requería votación calificada de dos tercios del total de los diputados y por tanto “ese número no se alcanzaría en una comisión con potestad legislativa plena, lo que hace indelegable la iniciativa”.³⁸⁸ Pero ya el plazo cuatrienal para conocer el proyecto había vencido, por lo que el 22 de noviembre del 2018 fue archivado, sin haber sido discutido en el Plenario.

Sección C: Análisis sobre la competencia del Departamento de Ciencias Forenses para instaurar una base de datos genéticos con fines forenses

Como se recalca en el numeral 2 inciso h) de la Ley 8968 y los instrumentos internacionales de derechos humanos que serán tratados en la próxima sección, el ente encargado de la base de datos personales, debe ser una persona física o jurídica ya sea de carácter público o privado, competente con arreglo de la ley para decidir la finalidad de la base de datos, las categorías de datos de carácter personal que pueden registrarse y el tipo de tratamiento que se les aplicarán.

Por ello, en este apartado se exponen una serie de leyes nacionales que regulan algunas de las bases de datos personales del Poder Judicial -principalmente en materia criminal-, con el propósito de demostrar que de las mismas no es posible deducir la competencia legal y autorización formal del Departamento de Ciencias

³⁸⁶ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 763-920.

³⁸⁷ Ibid., 946.

³⁸⁸ Ibid., 1040.

Forenses del Poder Judicial; para crear, administrar y utilizar una base de información genética con fines forenses. Lo cual evidencia un incumplimiento e irrespeto del principio de legalidad y el principio de reserva de ley. Pues estos principios exigen que el ente encargado del manejo de una base de datos de carácter sensible y la medida limitativa de los derechos fundamentales relacionados con la protección especial de los datos personales, este previsto en una ley especial.

A. Ley 5524: Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial

Esta ley crea al Organismo de Investigación Judicial como institución pública dependiente de la Corte Suprema de Justicia. Cuya misión es “auxiliar a los Tribunales Penales y al Ministerio Público en el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de sus presuntos responsables (...) asimismo, es cuerpo de consulta de los demás tribunales del país”.³⁸⁹ Para cumplir con su labor esta institución cuenta con una Dirección General, como el órgano superior jerárquico integrado por un director y subdirector. A su vez la Dirección tiene como dependencia directa e inmediata a la Secretaría General, a la cual se encuentran adscritas varias oficinas técnico administrativas. Siendo una de ellas el Archivo Criminal.³⁹⁰

El Archivo Criminal inició sus labores el 16 de junio del año 1974, con la participación de una secretaria y una jefatura.³⁹¹ El accionar del Archivo se encuentra fundamentado en el artículo 40 de la Ley 5524, donde se detalla que está a cargo de un experto en la materia y cuenta “con las fichas y demás documentos, debidamente clasificados, de todas las personas que en alguna oportunidad hayan comparecido ante las autoridades en calidad de presuntos responsables de hechos punibles, y, asimismo, con las que enviaren las autoridades nacionales o extranjeras”.³⁹² Por ende, la ley faculta a este órgano auxiliar del OIJ para implementar diversos sistemas

³⁸⁹ Poder Legislativo, “Ley 5524 Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial: 07 de mayo de 1974”: artículo 01, SINALEVI (consultado 28 de mayo, 2020).

³⁹⁰ Ibid., artículo 11.

³⁹¹ Poder Judicial, Organismo de Investigación Judicial, “Archivo Criminal”, consultado el 01 de junio, 2020, <https://sitiooij.poder-judicial.go.cr/index.php/oficinas/secretaria-general/archivo-criminal>

³⁹² Poder Legislativo, Ley 5524 Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, artículo 40.

de información conocidos como archivos policiales, en los cuales se almacenan datos personales de los sujetos considerados como sospechosos de cometer un ilícito penal; con la finalidad de facilitar su identificación y coadyuvar en las investigaciones criminales.

Tal como lo indica el numeral 41 de la Ley 5524, la información registrada en los ficheros del Archivo Criminal es carácter confidencial y de uso exclusivo de los investigadores y el personal técnico y administrativo del OIJ, el Ministerio Público, las autoridades jurisdiccionales en materia penal, las autoridades policiales de carácter preventivo (Ministerio de Seguridad Pública y el Departamento de Control de Armas), las autoridades que realizan labores de investigación con fines represivos (como la Policía de Control Fiscal del Ministerio de Hacienda, la Policía de Control de Drogas del Ministerio de Seguridad Pública y la Policía Profesional de Migración y Extranjería), las instituciones gubernamentales que regulan temas de seguridad nacional y la oficina del Tribunal Supremo de Elecciones encargada de aprobar los trámites de naturalización costarricense.³⁹³ La Ley contra la Delincuencia Organizada n° 8754, en su artículo 11 autorizó la creación y la utilización de la Plataforma de Información Policial (PIP), mediante la cual los anteriores cuerpos estatales de la policía e investigación judicial se vinculan y pueden tener acceso a la información “pública y privada relevante para las investigaciones policiales, judiciales y el mantenimiento de la seguridad pública”.³⁹⁴ Este sistema informático forma parte de la estructura administrativa de la Dirección General del Organismo de Investigación Judicial y abarca el acceso a las fichas contenidas en el Archivo Criminal del OIJ, así como la información que consta en registros, bases de datos, expedientes electrónicos, redes internacionales (incluye las plataformas de información de las organizaciones policiales internacionales a las que se afilie el Estado costarricense) e inteligencia policial. Los cuales pueden ser consultados y retroalimentados por dichos organismos, con fines de investigación, prevención y combate de toda clase de delitos y amenazas contra la seguridad pública. No obstante, dicho artículo establece que si la información incluida en la PIP se refiere a datos personales de la

³⁹³ Poder Legislativo, “Ley 5524 Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial: 07 de mayo de 1974”: artículo 41, SINALEVI (consultado 01 de junio, 2020).

³⁹⁴ Poder Legislativo, “Ley 8754 contra la Delincuencia Organizada: 24 de junio del 2009”, La Gaceta No.143 (24, jul. 2009) artículo: 11, SINALEVI (consultado el 02 de junio, 2020).

ciudadanía; esta es exclusivamente de uso interno de los cuerpos policiales y judiciales, pues su acceso es restringido “por ser sensibles al ámbito de intimidad” y su manipulación debe apegarse a lo indicado en la Ley 8968, pues “aun formando parte de registros de acceso al público, no son de acceso irrestricto por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública, en el cumplimiento de fines públicos”.³⁹⁵

El Archivo Criminal del OIJ para cumplir con su objetivo se encuentra formado por una jefatura, una secretaria y los siguientes archivos policiales, que se dividen en dos unidades:

- **Unidad técnica:**

- **Lofoscopia:** Este archivo policial cuenta con el sistema automatizado de identificación dactilar Henry (AFIS), mediante el cual los peritos archivan, clasifican, buscan, analizan y comparan las huellas dactilares (impresiones decadactilares y palmares) obtenidas de la escena del crimen, del cuerpo de la víctima o de los objetos utilizados para cometer el delito, con las huellas digitales que han sido tomadas a las personas detenidas por la presunta comisión de un delito. También, es utilizada para lograr la identificación post mortem de cuerpos no identificados.³⁹⁶

- **Unidades administrativas:**

- **Capturas:** es la encargada de realizar a la menor brevedad las capturas que solicitan los investigadores, auxiliares del OIJ o las autoridades judiciales, con la finalidad de vincular procesalmente a una persona y someterla a la acción de la justicia.³⁹⁷
- **Reseña policial:** este archivo contiene todas las reseñas o fichas criminales que la Policía Judicial de oficio o a solicitud de la Fiscalía, ha confeccionado a todas las personas mayores de edad que son detenidas por el OIJ, son requeridas o remitidas por las autoridades judiciales o presentadas ante el OIJ por la policía administrativa y respecto de las

³⁹⁵ Poder Legislativo, “Ley 8754 contra la Delincuencia Organizada: 24 de junio del 2009”, La Gaceta No.143 (24, jul. 2009) artículo: 12, SINALEVI (consultado el 02 de junio, 2020).

³⁹⁶ Poder Judicial, Organismo de Investigación Judicial, “Archivo Criminal”, consultado el 01 de junio, 2020, <https://sitiooij.poder-judicial.go.cr/index.php/oficinas/secretaria-general/archivo-criminal>

³⁹⁷ Ibid.

cuales existen indicios para considerarlas como sospechosas de la comisión de actuaciones delictivas. Por lo que almacenan en un expediente criminal único (ECU) sus datos personales, la descripción de sus características físicas, un registro fotográfico, sus antecedentes policiales (registros de detención y cómputos de pena) y las tarjetas de sus huellas dactilares; para lograr su identificación y posible vinculación con otras causas penales.³⁹⁸

- **Reconocimiento Fotográfico:** contiene los múltiples álbumes fotográficos que se han creado por medio del sistema informático expediente criminal único (ECU), para clasificar a las personas que han sido aprehendidas por las autoridades policiales por su raza, sexo, tatuajes y contextura física. Por ello, cuando una persona ha sido víctima o testigo de un delito y no conoce los datos de identificación del autor, pero es capaz de reconocerlo, previa solicitud de la fiscalía o la autoridad competente, se le muestran los diversos catálogos para lograr el reconocimiento fotográfico del sospechoso e iniciar la persecución penal.
- **Retrato Hablado:** los peritos de esta unidad utilizan el software Comphoto-fit 3000 para confeccionar con el dicho de los ofendidos de un hecho delictivo, los retratos de los presuntos delincuentes; con el propósito de emitir alertas para lograr su búsqueda y consecuente identificación. También, por medio de este sistema se facilitan las pericias de envejecimiento de rostro, la reconstrucción y comparación facial.³⁹⁹

La constitucionalidad y legitimidad del Archivo Criminal ha sido analizada ampliamente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante diversas resoluciones de interés. Así en el voto n° 08218-1998, se recalcó la importancia de la existencia de dichos registros policiales, los cuales lejos de ser una lesión a los derechos fundamentales son necesarios para el combate de la criminalidad, pues

³⁹⁸ Dirección General del Organismo de Investigación Judicial, Circular número 05-DG-2019: Realización de la Reseña Policial, consultado el 22 de mayo, 2020 <https://sitiooij.poder-judicial.go.cr/index.php/component/phocadownload/category/335-circularesdirecciongeneraloiij2019>

³⁹⁹ Poder Judicial, Acta número 031-2012, Artículo XIX, Documento 9246-2012, de la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas del tres de setiembre del dos mil doce, NEXUS (consultado el 05 de junio, 2020).

las bases fundamentales de la eficiencia de todo cuerpo de policía, descansa precisamente en sus archivos, donde se registran los nombres, alias, seudónimos, modus operandi, defectos, especialidades delictivas, etc., así como las impresiones dactilares, fotografías y principales medidas antropométricas de los delincuentes, tanto nacionales como extranjeros que en una u otra forma han tenido que ver con las autoridades policiales en relación con la investigación de hechos delictivos.⁴⁰⁰

También, en el voto 08866-2007 se indica que estos archivos policiales son de utilidad para el campo del control y combate de la criminalidad. Por lo cual es necesario que el Estado cuente con la información y los mecanismos que le permitan ejecutar las investigaciones criminales, para poder individualizar a los sospechosos de cometer hechos delictivos y así alcanzar los fines de la ejecución de las penas.⁴⁰¹ En el voto 1566-2017 la Sala Constitucional al resolver un reclamo sobre la legitimidad del Archivo Criminal, analizó a profundidad su constitucionalidad. Señalándolo como un mecanismo de investigación de las autoridades para conservar información de personas que presuntamente han cometido hechos delictivos, por lo que se facilita la persecución criminal y se garantiza la eficiencia de los cuerpos de la policía.⁴⁰²

Sin embargo, la misma Sala Constitucional en la resolución n° 02805-1998 destacó que esa labor de persecución e investigación criminal por parte del Estado, si bien, es un principio de relevancia constitucional que tiene por objeto lograr la paz social y la seguridad jurídica, “resulta de trascendental importancia que los órganos actúen dentro de los cánones de constitucionalidad y legalidad dispuestos”.⁴⁰³ Lo cual, implica que las actuaciones estatales para luchar contra la criminalidad, siempre deben de realizarse bajo el marco de la legalidad, en forma objetiva y procurando

⁴⁰⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 8218-1998 del 18 de noviembre 1998, 16:00 horas (expediente 98-003207-0007-CO).

⁴⁰¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 8866-2007 del 21 de julio 2007, 15:46 horas (expediente 07-006748-0007-CO).

⁴⁰² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 1566-2017 del 01 de febrero 2017, 10:26 horas (expediente 13-000622-0007-CO).

⁴⁰³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de hábeas corpus: voto 2805-1998 del 27 de abril 1998, 16:30 horas (expediente 98-002595-0007-CO).

evitar abusos y arbitrariedades, para cumplir con el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales.

Igualmente, la Sala Constitucional en el voto n° 05802-99 determinó que la existencia de “los archivos criminales y específicamente a la forma en la que se encuentra regulado en el artículo 40 de Ley Orgánica del Organismo Judicial” no es inconstitucional, ya que este artículo faculta mantener un registro de aquellas personas que fueron pasadas a las órdenes de la autoridad judicial en calidad de presuntos responsables de hechos punibles. Pero, siempre recalcando que el acopio y tratamiento de esta información, se debe realizar con estricta confidencialidad, debido su carácter de datos sensibles, pues de su conocimiento se pueden derivar tratos discriminatorios que no solo vendrían a afectar el derecho a la intimidad de la persona, sino que eventualmente pueden afectar a otros ámbitos de su vida como el familiar o el laboral; **“por lo que en estos casos con mucha mayor razón las garantías legales como jurisdiccionales deben ser extremas”**. (El resaltado no es del original). Por ello, recalca que se debe limitar la potestad de la Administración Pública de mantener estos archivos, así como de garantizar que su acceso se permita solo a las dependencias claramente definidas en el marco de una ley -no establecer el término “y demás autoridades”-.⁴⁰⁴

Por todo ello, la Sala Constitucional reconoce que el funcionamiento de los ficheros policiales del Archivo Criminal del OIJ, es legítimo y por ende constitucional, pues su creación se encuentra amparada en la Ley orgánica del OIJ. De modo que se cuenta con una restricción legítima a los derechos fundamentales, mediante la cual se le autoriza a esta dependencia para realizar actuaciones tendientes a intervenir en la esfera de la privacidad e intimidad de los sujetos tenidos como sospechosos de la comisión de un ilícito penal y almacenar en dichos ficheros su información de naturaleza personal; con la finalidad exclusiva de lograr su individualización e identificación personal.

Sin embargo, la citada ley no le otorga esta facultad del Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses del OIJ. Porque tal como lo indican los artículos 38 y 39 de la Ley 5524 a este Departamento solo se encomienda la labor de practicar

⁴⁰⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 5802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas (expediente 95-006047-007-CO).

los peritajes científicos en cada una de sus secciones de acuerdo con su ámbito de trabajo, a los indicios recolectados del sitio del suceso y a las partes intervinientes en el proceso. Por lo cual sus peritos están únicamente facultados para realizar dichos estudios mediante metodologías científicas y analíticas, así como para brindar conclusiones y recomendaciones por medio de documentos oficiales denominados informe o dictamen criminalístico. Además, evacuan las consultas relativas a las Ciencias Forenses, en los asuntos que le compete conocer al Organismo de Investigación Judicial.⁴⁰⁵

Pero ni la Ley 5524, ni el Código Procesal Penal, le otorgan la autorización legal y formal al DCF para actuar como un Archivo Criminal e implementar por medio de la Unidad de Bioquímica Forense ficheros confidenciales, mediante los cuales almacenan y procesan los perfiles genéticos y la información personal que obtuvieron en razón de las pruebas de ADN practicadas en un caso concreto a los imputados, las víctimas y los familiares biológicos de personas desaparecidas; con la finalidad de utilizarlos de forma sistemática en el marco de diversas investigaciones criminales y humanitarias. Así como tampoco se le da la facultad legal a este Departamento para custodiar y conservar las muestras biológicas dubitadas e indubitadas que fueron utilizadas para realizar los análisis periciales de ADN, por un período de 10 años.

Esta base de datos genéticos sensibles e información personal, no puede compararse con la diversidad de archivos policiales que están expresamente autorizados para ser implementados por las autoridades del Poder Judicial. En virtud de que la misma no es un centro de información general que facilita solo la identidad de una persona con ocasión de una investigación criminal; pues tal y como ha sido analizado ampliamente, los datos genéticos revelan gran cantidad de información de naturaleza sensible de la persona a la que pertenecen e incluso de sus familiares.

Además, los datos sensibles que se almacenan en este fichero no solo pertenecen a las personas tenidas como sospechosas de haber cometido un hecho delictivo -el cual ha sido el fundamento abordado por la Sala Constitucional para declarar la constitucionalidad y legitimidad de los archivos policiales-. Pues como se explicó detalladamente, la base de datos está conformada por diversos módulos en

⁴⁰⁵ Poder Legislativo, “Ley 5524 Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial: 07 de mayo de 1974”: artículo 38-39, SINALEVI (consultado 01 de junio, 2020).

los que se registra información de las víctimas de los delitos, de personas desaparecidas y de sus familiares biológicos, así como de los funcionarios judiciales del Poder Judicial que intervienen en las labores de tratamiento y recolección de indicios. Razón por la cual esta base de datos no se puede considerar como un simple archivo policial, ya que no solo se utiliza con fines de persecución criminal, sino también con fines humanitarios.

Tampoco, se puede decir que este sea un archivo policial, porque no está al servicio, gestión, ni custodia de los policías judiciales del Archivo Criminal del OIJ, sino que se encuentra bajo la administración y manejo de uno de los tres departamentos del OIJ, propiamente de los peritos de la Unidad de Genética Forense del Departamento de Ciencias Forenses. Además, no han elaborado manuales o procedimientos de operación normados aprobados por la Dirección General del OIJ, para la utilización de dicha base de datos. Si bien, en este Departamento sí han realizado manuales y protocolos para la toma y recolección de las muestras biológicas de referencia y dubitadas, así como sobre los pasos para su análisis en el laboratorio forense; no cuentan con manuales para reglar la implementación de este fichero.

Por ende, esta base de datos de perfiles de ADN, obtiene información sensible de forma ilegítima, pues su creación y utilización por parte del Departamento de Ciencias Forenses no está amparada, ni autorizada en la Ley 5524. Su único fundamento se encuentra un reglamento administrativo que le encomienda funciones que no le han sido expresamente autorizadas en una ley formal emanada del Poder Legislativo, incumpliendo con ello el principio de legalidad que debe de imperar en la actuación de las instituciones públicas, el cual será abordado más adelante con mayor detalle.

I. Proyecto de ley No. 17.256: Reforma total a la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial n°5524 y sus reformas

Este proyecto fue presentado el 3 de diciembre del año 2008 por los diputados Carlos Gutiérrez Gómez, Ana Helena Chacón Echeverría y Yalile Esna Williams. El 9

de junio del año 2009 fue entregado a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, para su respectivo estudio e informe.⁴⁰⁶

Resulta importante señalarlo, pues mediante este se pretendía reformar de manera integral el contenido de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial No. 5524,⁴⁰⁷ para actualizar las competencias del OIJ. Pues los diputados indicaban que Ley 5524 tenía más de 35 años de regular a la institución y la realidad criminal había avanzado de forma cualitativa y cuantitativamente, especializándose en sus modos de operar y desarrollando nuevas modalidades delictivas con extrema violencia. Por lo que era necesario dotar al OIJ de la “capacidad de respuesta adecuada para enfrentar los nuevos embates de la criminalidad, mediante una organización ágil y flexible acorde con los avances de la ciencia (...) y que ostente herramientas operativas y tecnológicas para tal fin”.⁴⁰⁸

Una de las reformas de interés del texto inicial, era la contemplada en el capítulo XII artículo 34, que otorgaba nuevas competencias al Departamento de Ciencias Forenses como dependencia adscrita a la Dirección General del OIJ

(...) Será el encargado de efectuar los peritajes a través de las metodologías y procedimientos científicamente válidos, así como realizar estudios y evacuar consultas relativas a las ciencias forenses en todos aquellos casos que competa conocer al Organismo de Investigación Judicial. **Tendrá a su cargo la administración y supervisión del archivo de huellas genéticas para la identificación con fines de investigación criminal, de todas las personas que en alguna oportunidad hayan comparecido ante alguna autoridad en calidad de presuntos responsables de hechos punibles, de igual forma el apartado civil para la identificación de desaparecidos. La información que ahí se contenga tendrá carácter confidencial y**

⁴⁰⁶ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17256: Reforma total a la ley orgánica del Organismo de Investigación Judicial y sus reformas: 01 de julio de 2009”, La Gaceta No.124 (29 jun., 2009): folio 34.

⁴⁰⁷ Ibid.,1.

⁴⁰⁸ Ibid., 2-3.

será para uso exclusivo del Organismo de Investigación Judicial y demás autoridades.⁴⁰⁹ (El resaltado no es del original).

El Lic. Allan Fonseca Bolaños subdirector General del Organismo de Investigación Judicial, el 6 de noviembre del año 2012 informó que este proyecto de ley era de trascendental importancia para la organización y funcionamiento del OIJ “tanto así que fue la entidad la que realizó el análisis y la redacción del documento que se nos remite en consulta (...) tal ejercicio se culminó en noviembre del 2008”.⁴¹⁰ Además, el 6 de mayo del año 2013 el Lic. Francisco Segura Montero, Director la Dirección General del OIJ envió una nueva propuesta en la que presentaron diversas modificaciones para actualizar las competencias de algunos organismos. En relación al artículo 34 adicionaron que el Departamento de Ciencias Forenses “además tendrá otras funciones que le otorgue la ley y la Dirección General del OIJ”.⁴¹¹

Sin embargo, este expediente no llegó a convertirse en ley de la república, porque el 13 de noviembre del 2014 la subcomisión que lo estudió presentó un informe negativo de mayoría y ello llevó a su archivo el 20 de mayo del 2015.⁴¹² Pues el mismo fue muy cuestionado, en razón de que perfilaba al OIJ como una institución autónoma e independiente -de forma orgánica y funcional- y no como una dependencia del Poder Judicial. Pretendía reorganizarlo y ampliar sus competencias y atribuciones, muchas de las cuales incluso tenían vicios de institucionalidad. Además, de que no se había coordinado con la Corte Suprema de Justicia la redacción de este proyecto, lo cual atentaba contra las sanas relaciones que deben existir en los Poderes de la república. Algunos de los criterios de mayor relevancia emitidos sobre este proyecto de ley, son los siguientes:

El Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, el 13 de marzo del 2012 al rendir el informe técnico jurídico respecto al proyecto de ley,⁴¹³

⁴⁰⁹ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17256: Reforma total a la ley orgánica del Organismo de Investigación Judicial y sus reformas: 01 de julio de 2009”, La Gaceta No.124 (29 jun., 2009): folio 20.

⁴¹⁰ Ibid.,172-173.

⁴¹¹ Ibid., 227.

⁴¹² Ibid., 709.

⁴¹³ Ibid., 95.

indicó que al permitir el acceso del OIJ a información confidencial, pues se le daba la potestad al DCF para manejar una base de datos de perfiles de ADN; este proyecto de ley necesitaba “la aprobación de 38 votos (...). Asimismo, si la Corte Suprema de Justicia se manifiesta en contra del proyecto, este requeriría 38 votos para su aprobación, según el 167 constitucional”.⁴¹⁴ Igualmente, resaltó que los artículos 34 y 35 “contravienen la jurisprudencia constitucional y la interpretación realizada del artículo 40 de la Ley actual, en el sentido de que las personas absueltas o sobreseídas definitivamente en un proceso penal deben ser excluidas del Archivo Criminal (Resolución de la Sala Constitucional n° 5802-99)”.⁴¹⁵

La Procuraduría General de la República emitió una opinión jurídica sin efectos vinculantes, en la que destacó que este proyecto de ley presentaba problemas de constitucionalidad y técnica legislativa. Porque tenía disposiciones contrarias a las establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Penal, el Código Procesal Penal, la Constitución Política e incluso los compromisos que el país ha suscrito como garantías procesales en materia de la investigación de delitos.⁴¹⁶ En lo que interesa refirió que el artículo 34 “pretende asignar la función que actualmente tiene el Archivo Criminal de mantener un registro de personas que en alguna oportunidad hayan comparecido ante las autoridades en calidad de presuntos responsables de los hechos punibles” a otras dependencias del OIJ; pero sin especificar los límites de esos registros. Por lo que recomendaron que se hiciera acorde con las disposiciones constitucionales.⁴¹⁷

Por su parte, el Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia Don José Manuel Arroyo por medio del Acta de Corte Plena n°32-14, artículo XIX, del 30 de junio del 2014, dio a conocer la posición de los magistrados sobre el proyecto de ley. Los cuales señalaron que dicha propuesta presentaba diversos inconvenientes, porque restaba importancia a la situación de que, según la normativa vigente en el Poder Judicial, el OIJ es un órgano auxiliar de dicho poder y por ende dependiente

⁴¹⁴ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17256: Reforma total a la ley orgánica del Organismo de Investigación Judicial y sus reformas: 01 de julio de 2009”, La Gaceta No.124 (29 jun., 2009): folio 97.

⁴¹⁵ Ibid., 150.

⁴¹⁶ Ibid., 450.

⁴¹⁷ Ibid.

del control externo y democrático de la Corte Suprema de Justicia y la dirección funcional del Ministerio Público en las investigaciones criminales. Pero el nuevo texto normativo pretendía eliminar muchas de esas intervenciones y “ello es un riesgo que no se puede permitir en un Estado democrático, pues son un órgano auxiliar del Poder Judicial que debe de estar sujeto a la dirección y control de las máximas autoridades”.⁴¹⁸

En cuanto a las observaciones referentes al articulado del proyecto, indicaron que el texto normativo le otorgaba facultades al OIJ en temas de investigación de delitos que eran inconstitucionales. No señalaban capítulos sobre prohibiciones e incompatibilidades en el actuar del personal del OIJ y las consecuencias que conllevarían si se incumplen.⁴¹⁹ Respecto al archivo de huellas genéticas autorizado para ser implementado por el DCF en el artículo 34, resaltaron que debía de regir la interpretación que hizo la Sala Constitucional sobre el actual Archivo Criminal, para prohibir expresamente que se contará con la información de personas absueltas, sobreseídas o detenidas por error. También, que debía de hacerse referencia expresa a la regulación correspondiente de las otras bases de datos con las que cuenta el OIJ, que aún no están reguladas legalmente, como el AFIS (registros de huellas dactilares) y IBS (registros de armas). Respecto de las cuales es necesario establecer en forma expresa sus consecuentes limitaciones para evitar “**la utilización de los servicios para fines diversos (...) y sin vulnerar el derecho a la intimidad y la privacidad de los ciudadanos**”.⁴²⁰ (El resaltado no es del original). Pues estas son utilizadas actualmente para facilitar la colaboración internacional entre los cuerpos de policía del mundo.

El vicepresidente de la Corte concluyó señalando que si bien es cierto hay que encontrar medios eficientes para fortalecer a los cuerpos de policías y darles más recursos para enfrentar en forma eficiente las nuevas formas delincuencia,

Es necesario subrayar la importancia que tienen en cualquier estado derecho **la existencia de controles y pesos**. La inclusión del

⁴¹⁸ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17256: Reforma total a la ley orgánica del Organismo de Investigación Judicial y sus reformas: 01 de julio de 2009”, La Gaceta No.124 (29 jun., 2009): folio 699.

⁴¹⁹ Ibid., 698-699.

⁴²⁰ Ibid., 606.

Organismo de Investigación Judicial al Poder Judicial y los límites legales con los que realiza su actuación no se deben delimitar o eliminar, de lo contrario la ciudadanía no tiene garantía de que a un futuro no ocurran excesos, como los que en un pasado caracterizaron a los cuerpos de policía (...). **Es necesario lograr un equilibrio en materia de persecución y es una necesidad que este proyecto no logra encontrar (...). Este es un caso en el que hay que defender las libertades públicas a cualquier costo (...) no podemos tener una política persecutoria y represiva sin límites (...) no estamos en contra de darles a los órganos de persecución los medios fundamentales para que cumplan con su función, pero estamos defendiendo los derechos ciudadanos de todas y todos (...).**⁴²¹ (El resaltado no es del original).

Igualmente, resaltó que le llamaba la atención que el proyecto hubiera sido planteado directamente a la Asamblea Legislativa, sin cumplir -si bien es cierto no es un requisito reglamentario, ni formal- con una tradición que ha sido sana dentro del Poder Judicial; que es debatir las propuestas primero en la Comisión de Asuntos Penales, en la Corte misma, en el Consejo Superior, entre otros. Porque con ello se pretendía reformar una parte importante de la Organización del Poder de la República y “un proyecto consensuado les da a ustedes la posibilidad de que sea más viable (...) probablemente no hubo confianza en que el OIJ podría reformarse teniendo que pasar por criterio de jueces, fiscales y otros (...) **el tema de la policía es un tema tan serio que no se le puede dejar solo a los policías**”.⁴²² (El resaltado no es del original).

Todo lo anterior demuestra que tal como lo había resaltado la Licda. Isabel Porras -en la reunión realizada el 13 de mayo del 2011 en la Comisión de Asuntos penales- en el mismo periodo en el que se redactó el reglamento administrativo, existía en forma concomitante un proyecto de ley en la Asamblea Legislativa, propuesto por el OIJ con el cual se pretendía darle la competencia legal al

⁴²¹ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17256: Reforma total a la ley orgánica del Organismo de Investigación Judicial y sus reformas: 01 de julio de 2009”, La Gaceta No.124 (29 jun., 2009): folio 699.

⁴²² Ibid.,702.

Departamento de Ciencias Forenses para implementar una base de datos de perfiles de ADN con fines forenses -criminales y humanitarios-. Pero dado que el mismo fue rechazado y no llegó a convertirse en ley de la república, el reglamento administrativo deviene en ilegítimo, pues la limitación de derechos fundamentales que realiza no cuenta con un respaldo legal.

La Corte Plena, debió de esperar la aprobación de dicha reforma a la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, antes de aprobar el reglamento administrativo interno que regulaba aspectos más específicos sobre el funcionamiento de dicha base de datos. Pero la situación se agilizó porque tal como lo había resaltado el jefe del Departamento de Ciencias Forenses, desde hace varios años el Poder Judicial tenía la necesidad de contar con una tecnología de este tipo para coadyuvar en las investigaciones judiciales y la donación del equipo por parte del gobierno estadounidense estaba a las puertas, por lo que no iban a esperar más de 4 años para la aprobación de dicha competencia.

B. Ley 6723: Ley del Registro y Archivos Judiciales

La Ley 6723 crea el Registro Judicial de Delincuentes, como una dependencia del Poder Judicial, que colecciona los resúmenes de las sentencias condenatorias pronunciadas por los tribunales penales, ya sea por delitos culposos o dolosos, así como por faltas o contravenciones que tienen establecida pena de prisión por reincidencia. Cada resumen expresa: 1-los datos personales del convicto, 2- la calificación del hecho punible, fecha y lugar de perpetración, 3-nombre y calidades del ofendido, 4-naturaleza, duración o cuantía de la pena, 5-si el convicto tiene alguna enfermedad, 5-el tribunal que dictó la sentencia.⁴²³ Todos estos datos son recopilados en libros y tarjeteros -sea en soporté físico o digital-, los cuales son de carácter privado.⁴²⁴ La función principal de este registro es la comprobación de los antecedentes penales de los habitantes de Costa Rica y prestar colaboración a las

⁴²³ Poder Legislativo, "Ley 6723 Ley del Registro y Archivos Judiciales: 10 de marzo de 1982". (1982): artículo 5, SINALEVI (consultado 04 de junio, 2020).

⁴²⁴ Ibid., artículo 1.

oficinas y organismos públicos que la ley determina, ya sea para fines judiciales, así como para cuestiones académicas y laborales.⁴²⁵

También, esta ley crea el Archivo Judicial como una sección que se encuentra bajo la Jefatura del Registro Judicial.⁴²⁶ El cual tiene como principales funciones la custodia de expedientes judiciales fenecidos y abandonados de todos los Tribunales de Justicia del Poder Judicial; así como de los documentos y libros que determine el Consejo Superior. Igualmente, le corresponde la emisión de certificaciones y constancias de piezas de expedientes o documentos archivados, cuando resulte procedente, entre otras funciones. Los documentos que custodian tienen carácter privado y solo pueden ser examinados por las autoridades establecidas en dicha ley; a saber abogados, jefes o secretarios de oficinas, las partes involucradas en el proceso, estudiantes de Derecho o con fines de investigación.⁴²⁷

En ocasión de lo anterior, resulta evidente que la presente ley no tiene relación alguna con la implementación o el funcionamiento de la base de datos de perfiles de ADN para identificación humana, contemplada en la Acta No. 25-2011 de Corte Plena, objeto de esta investigación.

C. Ley 7202: Ley del Sistema Nacional de Archivos y su Reglamento ejecutivo N° 40554-C

Esta ley fue emitida en el año 1990 y por medio de la misma se crea el Sistema Nacional de Archivos, conocido popularmente como Archivo Nacional. El cual está compuesto por el conjunto de archivos administrativos públicos que contienen las instituciones públicas producto de su gestión -el Poder Legislativo, Judicial, Ejecutivo y las instituciones descentralizadas-, así como los archivos privados (producidos por

⁴²⁵ Poder Legislativo, "Ley 6723 Ley del Registro y Archivos Judiciales: 10 de marzo de 1982". (1982): artículo 13, SINALEVI (consultado 04 de junio, 2020).

⁴²⁶ Ibid., artículo 17.

⁴²⁷ Ibid., artículo 18.

organizaciones privadas) y particulares (producidos por una persona o familia) que voluntariamente los someten a la ley.⁴²⁸

En el artículo 3 del Reglamento ejecutivo N° 40554-C, determina que este Sistema comprende los siguientes archivos públicos centrales del Poder Judicial “el Archivo Judicial, Archivo del Organismo de Investigación Judicial, Archivo de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, Archivo del Ministerio Público, Archivo de la Dirección Administrativa y cualquier otro archivo de este Poder del Estado”.⁴²⁹ Los cuales regulan su funcionamiento de acuerdo con la Ley No. 7202 y su Reglamento ejecutivo.

Dentro de la exposición de motivos de su proyecto de ley número 10.655, se indica que la finalidad de instaurar este Sistema es contar con un órgano público especializado que custodie adecuadamente el patrimonio documental de la Administración Pública de Costa Rica. Pues estos poseen un gran valor histórico, social, científico y cultural.⁴³⁰ Por lo cual se le encarga la tarea a la Dirección General del Archivo Nacional de administrar, organizar y conservar estos documentos en formatos tradicionales o archivos electrónicos. Así como también de facilitar su acceso, funcionamiento y tratamiento.⁴³¹ Pero la información al que se hace referencia, es a la categoría de los documentos públicos que son de interés público, porque su acceso les permite a los ciudadanos una participación activa en la toma de decisiones que le afecten y ejercer un verdadero control sobre las actuaciones de la Administración Pública. Pues de acuerdo con la prohibición señalada en el artículo 23 inciso i), este Archivo no puede tratar información referente a los secretos de Estado y los documentos públicos de acceso restringido señalados en la ley.⁴³²

⁴²⁸ Poder Legislativo, Ley 7202 Ley del Sistema Nacional de Archivos: 24 de octubre de 1990, La Gaceta No. 225 (27 nov., 1990): artículo 1, SINALEVI (consultado 15 de mayo, 2020).

⁴²⁹ Poder Ejecutivo, Reglamento a la Ley del Sistema Nacional de Archivos, Decreto ejecutivo N° 40554-C: 29 de junio de 2017”, La Gaceta No. 170 (07 set., 2017): artículo 3, SINALEVI (consultado 6 de setiembre, 2020).

⁴³⁰ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003”, La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): folio 388.

⁴³¹ Ley 7202 Ley del Sistema Nacional de Archivos, artículo 8.

⁴³² Proyecto de ley 15178: Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, folios 354-355.

Esta ley en los artículos 31 al 54 establece lo relacionado con la vigencia administrativa-legal y el funcionamiento general de los archivos administrativos públicos. Así como una serie de normas y recomendaciones técnicas que las instituciones públicas deben de seguir para garantizar una adecuada producción, gestión, administración, conservación y eliminación de los documentos de interés público producidos, “de acuerdo con su valor científico-cultural”. Las cuales aseguran el óptimo tratamiento de la información almacenada en los archivos públicos que funcionan en Costa Rica.⁴³³

El artículo 39 de hace una clasificación de los archivos administrativos públicos regidos por esta ley: 1- Los archivos de gestión: los contienen cada una de las divisiones, departamentos y secciones del ente perteneciente al Sistema Nacional de Archivos. Por medio de estos se administra, organiza, conserva, facilita y centraliza la documentación administrativa producida por la unidad. Dicha documentación es la que se encuentra en gestión y ha sido producida en los últimos 5 años. 2- Los archivos centrales: son unidades que realizan las mismas funciones, pero centralizan la documentación de todo el ente. En este se encuentra la documentación que ha finalizado su trámite administrativo y tiene menos de 30 años de haberse producido. Esta es la archivalía transferida por la institución pública a la Dirección General del Archivo Nacional, para que su correspondiente tratamiento.⁴³⁴

Siendo así, la Ley 7202 no contempla ninguna disposición que habilite y regule -directa o indirectamente- la creación y funcionamiento del Registro de datos sensibles de perfiles de ADN para identificación humana del Departamento de Ciencias Forenses del Poder Judicial o algún archivo con esa finalidad. Porque como se indicó esta ley y su reglamento ejecutivo, solo se encargan de regular el funcionamiento general de los archivos administrativos públicos de los órganos estatales y el tratamiento -selección, almacenamiento y eliminación- que estas realizan, sobre la documentación que es de interés científico o cultural para el país.

No obstante, la base de datos de perfiles de ADN del Poder Judicial no puede ser considerada como un archivo de este tipo, porque como se expuso anteriormente,

⁴³³ Poder Legislativo, Ley 7202 Ley del Sistema Nacional de Archivos: 24 de octubre de 1990” La Gaceta No. 225 (27 nov., 1990): artículo 8, SINALEVI (consultado 15 de mayo, 2020), artículo 31-54.

⁴³⁴ Ibid., artículos 39-40.

la información almacenada es de carácter personal y por ende confidencial y de acceso restringido, porque no pertenece a la categoría de información pública de interés público. Por lo cual debe de estar revestida de una protección especial, en comparación de otros tipos de datos personales. Además, el Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, también autoriza la utilización y almacenamiento por un periodo determinado y bajo ciertos supuestos, del material genético -soporte de toda la información del genoma humano- extraído de los sujetos involucrados en ciertos procesos judiciales. Por lo que, lo contenido de la ley general 7202 y su reglamento ejecutivo resultan insuficientes para regular su funcionamiento. Aunado esto a que, este registro de perfiles de ADN no se encuentra dentro de los archivos policiales implementados por el Archivo Criminal, de conformidad con lo que establece la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial.

Sección D: Instrumentos internacionales de Derechos Humanos relacionados con la protección de los datos personales y los datos genéticos sensibles

Los Estados frente a los Derechos Humanos tienen la obligación de respetarlos para no causar daños a las personas, de garantizarlos para prevenir, investigar y sancionar violaciones a los mismos. Así como adecuar su ordenamiento interno a lo establecido en las normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos, incluidos en este los convenios, tratados, acuerdos y los instrumentos internacionales de los distintos sistemas de protección de Derechos Humanos.

Como lo ha recalcado la Sala Constitucional en el voto 09685-2000, el artículo 48 de la Constitución Política refiere que toda persona tiene derecho a gozar de las libertades fundamentales y los principios consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la república. Entendidos estos “instrumentos internacionales” no solo como las “convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (...) sino cualquier otro instrumento que tenga la **naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese**

trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país".⁴³⁵ De igual manera, la Sala Constitucional en el voto 02313-1995 indica que los instrumentos internacionales que se refieren al reconocimiento de derechos humanos "tienen no solamente **un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución**".⁴³⁶ (El resaltado no es del original).

Por ello, en esta sección se analizan una serie de normativas internacionales (convenios, declaraciones y recomendaciones internacionales) emitidas por los diversos sistemas de protección de Derechos Humanos -sean estos el universal, interamericano y europeo-, que han reconocido nuevos derechos humanos y principios universales de las personas, frente al tratamiento automatizado de su información genética por parte de entidades públicas y privadas. Además, han establecido una serie de obligaciones, estándares y directrices que los Estados deben respetar al elaborar las regulaciones internas -leyes, reglamentos y políticas- que los autorizan para realizar con una determinada finalidad, las tareas de recolección, almacenamiento, tratamiento e interconexión automatizada de los datos genéticos sensibles y las muestras biológicas. Puesto que este tipo de informaciones íntimamente ligadas con el núcleo de la personalidad y la dignidad humana, deben de "gozar de una especial posición, traducida en un reforzamiento de las medidas adoptadas para su garantía y protección",⁴³⁷ porque su utilización ilegítima genera consecuencias graves para los derechos humanos de la persona sometida a esta medida investigación.

Para finalizar haciendo mención a algunos aspectos relevantes sobre la experiencia de la Organización Internacional de la Policía Criminal (Interpol) en la implementación, utilización y regulación especial de sus 18 bases de datos de información personal y confidencial, incluida dentro de estas la Pasarela Internacional

⁴³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, consulta legislativa preceptiva: voto 09685-2000, del 01 de noviembre del 2000, 14:56 horas (expediente 00-008325-0007-CO).

⁴³⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 02313-1995, del 09 de mayo de 1995, 16:18 horas (expediente 95-006047-007-CO).

⁴³⁷ Ana Garriga Domínguez, "Una nueva exigencia de la libertad: la protección de los datos personales sensibles", *Revista jurídica da Universida de Santiago de Compostela*, Vol. 9, No. 2 (2000): 08 consultado 31 de marzo, 2020, https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7718/pg_051-084_dereito9-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y

en materia de ADN, que almacena perfiles genéticos con fines criminales y humanitarios. Igualmente, se recalcan diversas recomendaciones que esta Organización y su grupo de expertos, han emitido a los Estados miembros; para que realicen el tratamiento de los datos personales contenidos en sus bases de datos nacionales, siempre dentro del respeto a los derechos humanos de las personas objeto de la cooperación policial internacional.

A. Sistema Universal de protección de Derechos Humanos

En este sistema se hace alusión a una serie de declaraciones internacionales de derechos humanos emitidos por la UNESCO, ente especial de la Organización de las Naciones Unidas, que se fundó el 16 de noviembre de 1945 en Londres Reino Unido. El Gobierno de Costa Rica ingresó a la UNESCO el 19 de mayo del año 1950.⁴³⁸

Esta organización se encarga de contribuir a la paz en el mundo, mediante la cooperación internacional de los gobiernos en temas de educación, ciencia, la cultura, comunicación e información.⁴³⁹ Apoya programas y políticas científicas que son importantes para el desarrollo sostenible de los países y los “asesora (...) en sus inversiones en ciencia, tecnología e innovación (CTI)”.⁴⁴⁰ Además, reconoce que la ciencia y la tecnología pueden generar implicaciones jurídicas y éticas de gran envergadura; por lo que trabajan mano a mano con especialistas en ética, científicos, legisladores y sociedad civil, para ayudar a que los Estados miembros puedan aplicar políticas razonadas sobre estos temas.⁴⁴¹

⁴³⁸ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). “Países: Costa Rica”, consultado el 31 de marzo, 2020, <https://es.unesco.org/countries/costa-rica>

⁴³⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). “Sobre la UNESCO”, consultado el 31 de marzo, 2020, <https://es.unesco.org/about-us/introducing-unesco>

⁴⁴⁰Ibid.

⁴⁴¹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). “Ética en la Ciencia y la Tecnología”, consultado el 13 de mayo, 2020, <https://es.unesco.org/themes/etica-ciencia-y-tecnologia>

Por esta razón, creó foros de reflexión multidisciplinarios para afrontar los nuevos desafíos que generan las actividades científicas, tales como el Comité Internacional de Bioética (CIB), el Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB) y Comité Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST). Los cuales han sido pioneros en la elaboración de normas internacionales relativas a la ética imperante en el uso de la ciencia y la tecnología. Mismas que sirven de guía a los Estados para dictar sus ordenamientos jurídicos internos y adecuar el accionar de sus administraciones públicas, de manera acorde con el respecto a los derechos humanos de las personas afectadas.⁴⁴²

Estos instrumentos jurídicos por su carácter y naturaleza de protección de derechos humanos, no necesitan los trámites legislativos de aprobación, para entenderse como vigentes y con la fuerza normativa. Pues como lo indicó la Sala Constitucional en el voto 09685-2000, al Costa Rica ser parte de la Organización de las Naciones Unidas y por ser sus normas “producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización (...) y por referirse a derechos fundamentales, **tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense**”.⁴⁴³ (El resaltado no es del original).

También, se exponen una serie de recomendaciones emitidas por diversas Comisiones, Consejos y por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas; con el propósito de que orienten a los Estados miembros de la ONU para realizar una legislación adecuada sobre la protección de los datos personales frente a su tratamiento automatizado. Las cuales, si bien es cierto, no son de cumplimiento obligatorio al ser consideradas “soft law”, sus principios generales pueden convertirse en normas internacionales consuetudinarias cuando las aplican un gran número de Estados, con la intención de respetar una norma de derecho internacional. Toda vez que, dichas normas llevan implícitas el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr estos objetivos y señalan importantes valores

⁴⁴² Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). “La ciencia al servicio de un futuro sostenibles”, consultado el 13 de mayo, 2020, <https://es.unesco.org/themes/ciencia-al-servicio-futuro-sostenible>

⁴⁴³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, consulta legislativa preceptiva: voto 09685-2000, del 01 de noviembre del 2000, 14:56 horas (expediente 00-008325-0007-CO).

de responsabilidad, acción y cooperación. Asimismo, garantizan la tutela idónea de la dignidad humana y los Derechos Humanos de las personas en todas sus esferas.

Algunas de las normas internacionales de Derechos humanos más importantes sobre la utilización de los avances científicos de ADN y la información derivada de su análisis, son las siguientes:

I. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos (1997)

En el año de 1997 la UNESCO emite la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. La cual establece en su artículo 1 que el genoma humano, es “la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad”, por lo que constituye patrimonio común de la humanidad.⁴⁴⁴

Esta Declaración le indica a los Estados que deben de garantizar la prevalencia, el respeto y aplicación efectiva de la dignidad y los derechos fundamentales de los seres humanos involucrados en los “procesos de investigación del genoma humano y sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina”. Pues, no es legítimo reducir a los individuos a sus características genéticas y deben de respetar su carácter único y diversidad.⁴⁴⁵

En el numeral 5 refiere que la investigación y tratamiento del genoma humano de un individuo, solo puede efectuarse de conformidad con las exigencias establecidas en una legislación nacional. Además, recalca que se necesita obtener el consentimiento informado de la persona afectada o efectuarlo de acuerdo con las autorizaciones y condiciones estipuladas por una ley nacional, que debe de ser

⁴⁴⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: 11 de noviembre de 1997”, artículo 1, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 08 de septiembre, 2019).

⁴⁴⁵ Ibid., artículo 2.

compatible con la protección de los derechos humanos establecida en los instrumentos internacionales.⁴⁴⁶

En el artículo 7 establece que por medio de esta ley se deben de establecer las circunstancias especiales para proteger la confidencialidad de los datos genéticos “asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad”.⁴⁴⁷ Igualmente, el artículo 9 dispone el requisito de la emisión de una ley en caso que se pretenda “por razones imperiosas” limitar los derechos de las personas -como el consentimiento y la privacidad de sus datos genéticos- para realizar pruebas genéticas con finalidad legítimas. Debiendo cada Estado seguir acorde con el respeto del Derecho internacional de Derechos Humanos y el Derecho internacional público, esta disposición al momento de restringir las libertades fundamentales de los titulares de los datos genéticos.⁴⁴⁸

También, el artículo 25 resalta que ninguna disposición de la Declaración puede ser interpretada de manera que le confiera a un Estado la posibilidad o “el derecho de ejercer una actividad que vaya en contra de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, y en particular los principios establecidos en la presente norma”.⁴⁴⁹

II. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003)

El 16 de octubre de 2003, la Conferencia General de la UNESCO emite la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, la cual desarrolla de forma más específica las disposiciones que fueron previamente contempladas en la Declaración anteriormente indicada. Pues ya no solo se enfoca en la protección del genoma humano en su conjunto, sino en los datos que se pueden extraer del mismo

⁴⁴⁶ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: 11 de noviembre de 1997”, artículo 5, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 08 de septiembre, 2019).

⁴⁴⁷ Ibid., artículo 7.

⁴⁴⁸ Ibid., artículo 9.

⁴⁴⁹ Ibid., artículo 25.

a través de los avances científicos y tecnológicos. Así como en las muestras biológicas consideradas como el depósito que alberga toda la información genómica característica de una persona. Respecto a los datos genéticos reitera que su tutela reforzada no debe limitarse únicamente a los datos relativos a la salud derivados de la región codificante del ADN, sino también a los datos genéticos que se obtienen de la región no codificante, por su especificidad de datos sensibles y confidenciales. Por lo cual, según el artículo 4 “se debería prestar la debida atención al carácter sensible de los datos genéticos humanos e instituir un nivel de protección adecuado de esos datos y de las muestras biológicas”.⁴⁵⁰

Estipula en su artículo 3 que, al obtener un perfil genético de un ser humano, se está frente a la identidad de la persona en un sentido amplio y no solamente ante una configuración genética que expresa ciertos rasgos de un individuo. Pues es imposible separar la configuración genética de una persona del resto de los componentes que conforman su identidad.⁴⁵¹

En su artículo 5 contempla una serie de finalidades por medio de las cuales se puede recolectar, conservar y realizar un ulterior tratamiento de los datos genéticos humanos -no incluye las muestras biológicas-. Dentro de estas se incluye el contexto de la medicina forense y los procesos penales “cuando se trate de la investigación, el descubrimiento y el enjuiciamiento de delitos penales” o civiles “de pruebas de determinación de parentesco”.⁴⁵² Sin embargo, tanto el artículo 1 inciso c), como el artículo 12 de esta Declaración, establecen que cuando se recolectan datos genéticos humanos con fines de medicina forense, estas prácticas estarán sujetas a una legislación interna, que debe ser compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Esta normativa establece una serie de derechos humanos y principios generales que los Estados deben de respetar para elaborar sus legislaciones y

⁴⁵⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 4, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 28 de abril, 2020).

⁴⁵¹ Ibid., artículo 3.

⁴⁵² Ibid., artículo 5.

políticas, sobre el tratamiento de los datos genéticos humanos y las muestras biológicas. Los cuales serán abordados de forma amplia en el título III, capítulo II del presente trabajo de investigación.

III. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005)

Esta Declaración es promulgada por la Conferencia General de la UNESCO en la sesión n° 33 del 2005. Mediante esta se pretende garantizar el respeto de la dignidad humana, los derechos humanos y libertades de los individuos intervinientes en las pruebas de ADN. Al proporcionar a los Estados un marco universal de principios y procedimientos bioéticos que deben de implementar al utilizar los avances en la investigación científica, para así obtener resultados beneficios para toda la humanidad.

Para cumplir los objetivos planteados, dicha Declaración destaca algunos de los siguientes principios. El artículo 3 indica que los intereses y el bienestar de una persona tienen prioridad por sobre el interés exclusivo de la ciencia.⁴⁵³ El numeral 6 brinda las disposiciones que los Estados deben de respetar cuando practican las pruebas genéticas de ADN. Expresamente indica que estas investigaciones científicas solo deben llevarse a cabo con el consentimiento expreso e informado de la persona interesada. De igual manera, permite la excepción de este requisito siempre y cuando esta sea establecida en un ordenamiento jurídico interno ético y “compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente declaración y con el Derecho Internacional relativo a los Derechos Humanos”.⁴⁵⁴ Lo cual significa tal como lo dicta el artículo 27 de este cuerpo normativo, que las limitaciones a los derechos humanos enunciados en esta Declaración, únicamente deben de hacerse mediante una ley formal dictada por un órgano competente. Haciendo especial hincapié, en las leyes relativas a la “seguridad pública para investigar, descubrir y

⁴⁵³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencias y la Cultura, “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos: 19 de octubre de 2005”, artículo 3, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 28 de abril, 2020).

⁴⁵⁴ Ibid., artículo 6.

enjuiciar delitos, proteger la salud pública y salvaguardar los derechos y libertades de los demás”.⁴⁵⁵

En el numeral 9 de la Declaración estipula el carácter privado y confidencial de la información genética sensible. Por lo cual los Estados están obligados a respetar su intimidad y asegurarse que su acopio, se destine solamente a los fines que fueron previamente estipulados o por los cuales se obtuvo el consentimiento; prohibiendo que se utilice o revele para fines distintos.⁴⁵⁶

De igual manera, en los artículos 10 y 11 se estipulan los principios de igualdad y no discriminación de los sujetos involucrados. Estableciendo que se debe respetar la dignidad y derechos de todos los seres humanos por igual, evitando que sean sometidos a tratos ilegítimos; aunque tengan la condición de imputado en una investigación penal.⁴⁵⁷

IV. Resolución 2001/39 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre la privacidad y no discriminación (2001)

Esta resolución es emitida en el año 2001 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre la privacidad y no discriminación. A través de esta reconoce la importancia de los avances en la investigación genética para la humanidad y se pretende brindar a los Estados miembros de las Naciones Unidas, una serie de recomendaciones para proteger de manera efectiva la privacidad genética de los individuos y así evitar la discriminación por motivos de sus características genéticas.

Siendo así, exhortan de manera urgente a los Estados que protejan idóneamente la intimidad de las personas sujetas a los análisis genéticos y garanticen que todos los estudios que puedan efectuarse en su ADN se realicen con las medidas

⁴⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencias y la Cultura, “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos: 19 de octubre de 2005”, artículo 25, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 28 de abril, 2020).

⁴⁵⁶ Ibid., artículo 9.

⁴⁵⁷ Ibid., artículo 10-11.

adecuadas, de manera libre y con el consentimiento informado de la persona o por medio de una autorización obtenida según la ley, que sea acorde al Derecho Internacional de Derechos Humanos.⁴⁵⁸

V. Recomendación sobre la Ciencia y los Investigadores Científicos (2017)

Promulgada el 13 de noviembre de 2017 por la Conferencia General de la UNESCO. Esta recomendación va dirigida a los investigadores e instituciones destinadas a la investigación científica de cualquier tipo. Mediante esta se expone, que los Estados deben propiciar las condiciones idóneas para el desarrollo tecnológico y el avance científico. Sin que ello acarree un detrimento del bienestar humano, la dignidad y los derechos humanos tanto de los investigadores como de terceros.⁴⁵⁹

VI. Resolución 45/95 de la ONU sobre los principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales (1990)

Mediante la resolución 45/95 del 14 de diciembre de 1990 la Asamblea General de la ONU, aprobó una serie de principios rectores mínimos sobre la protección de datos personales que fueron desarrollados y analizados por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, y por la Comisión de Derechos Humanos.⁴⁶⁰ Los cuales deben de ser incorporados por los Estados miembros en las legislaciones internas que pretenden regular los ficheros computarizados que tratan datos personales. Estos principios son los siguientes:

⁴⁵⁸ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, “Resolución 2001/39 Privacidad genética y no discriminación”: 26 de julio de 2001, <https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2001/resolution-2001-39.pdf> (consultado 07 de julio, 2001).

⁴⁵⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencias y la Cultura, “Recomendación sobre la Ciencia y los Investigadores Científicos”, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=49455&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 07 de junio, 2020).

⁴⁶⁰ Organización de las Naciones Unidas, “Resolución 44/132 Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales”: 15 de diciembre de 1989, <https://undocs.org/es/A/RES/44/132> (consultado 24 de abril, 2020).

- Licitud y lealtad: establece que los datos personales de los individuos, no deben recogerse ni tratarse a través de procedimiento desleales o ilícitos.
- Exactitud: las autoridades encargadas de la creación de los ficheros computarizados de datos personales, tienen la obligación de verificar la exactitud y pertinencia de los datos registrados.
- Finalidad: el propósito de toda base de datos y su utilización debe especificarse y justificarse. Además, debe ponerse en conocimiento de la persona interesada. Lo anterior, para que este último pueda asegurarse que los datos siguen siendo pertinentes a la finalidad perseguida y que el período de conservación de los mismos en la base de datos, no excede del necesario para alcanzar la finalidad inicial.
- Acceso de la persona interesada: a toda persona se le garantizará el derecho de obtener la supresión cuando los registros son ilícitos e injustificados.
- No discriminación: no deben registrarse datos que puedan originar discriminación ilícita o arbitraria, ya sea información relativa al origen étnico, orientación sexual, opiniones políticas, religiosas o de otro tipo.
- Establecimiento de excepciones: se pueden autorizar excepciones a los principios si son necesarios para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud y los derechos y libertades de los demás. A reserva de que, estas excepciones sean previstas expresamente por una ley, adoptada de conformidad con el sistema jurídico nacional, en que se definan expresamente los límites y se establezcan las garantías apropiadas.
- Control y sanciones: cada legislación doméstica debe designar una autoridad encargada de controlar el respeto de los principios y derechos reconocidos. La cual debe ser imparcial, independiente con respecto a los organismos responsables del procesamiento de los datos y con competencia técnica. También, en caso de violaciones a las disposiciones de la legislación interna promulgada, se deben prever sanciones penales, civiles o administrativas según corresponda.⁴⁶¹

⁴⁶¹ Organización de las Naciones Unidas, "Resolución 45/95 Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales". 14 de diciembre de 1990, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2015.pdf> (consultado 03 de mayo, 2020).

B. Sistema Regional Interamericano

A nivel regional, en el área interamericana la problemática por la búsqueda de encontrar cómo garantizar una debida tutela al tratamiento automatizado de datos personales sensibles, ante los avances tecnológicos cada vez más rápidos en la sociedad de la información; ha generado que se realicen una serie de esfuerzos para encontrar una solución armoniosa ante este escenario. De allí que, la Organización de los Estados americanos a través de sus distintos órganos, se dio a la tarea de confeccionar una serie de estudios técnicos sobre la temática en cuestión.

Mediante estos informes técnicos, se analiza la situación en los países latinoamericanos sobre el trato brindado a los datos personales de sus ciudadanos. Además, abordan las normativas sobre protección de datos dictadas por distintas entidades internacionales y europeas, con la finalidad de encontrar disposiciones aplicables a la región interamericana. Lo anterior, para la emisión de recomendaciones y principios rectores destinados a sus Estados miembros, para que sean tomadas en cuenta al momento de emitir su correspondiente legislación doméstica al respecto.

I. Principios y recomendaciones preliminares de la OEA sobre la protección de datos personales (2010)

En fecha 14 de octubre de 2008 mediante resolución AG/RES.2418 (XXXVIII-O/08), la Asamblea General de la OEA solicitó al Departamento de Derecho de la protección de datos personales, la realización de un informe sobre los aportes de los Estados miembros, los órganos del sistema interamericano y la sociedad civil, sobre el tema. Por lo que en 2010 este Órgano presentó el documento titulado “principios y recomendaciones preliminares sobre la protección de datos personales.”⁴⁶² Posteriormente, fue remitido en el 2011 a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos

⁴⁶² Dante Mauricio Negro Alvarado, “Hacia un marco normativo en las Américas en materia de protección de datos personales”. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. No. IX-1, (2014): 9, consultado 25 de abril, 2020, https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/*/%22datos+sensibles%22/WW/vid/550006518

del Consejo Permanente de la OEA para su revisión y emisión el 17 de octubre de 2011 mediante la resolución CP/CAJP-2921/10 rev.1 corr.1.⁴⁶³

Dentro de este documento se definen algunos conceptos básicos en relación con la protección de datos personales. Lo anterior, con el fin de homogeneizar las normativas internas que se promulgan sobre el tema. Haciendo hincapié que las mismas no son absolutas; sino que, son flexibles a interpretaciones que tengan el objetivo de garantizar eficazmente la tutela a la información personal.

Una de estas nociones es el concepto del controlador de datos personales. El cual es definido por las Directrices sobre protección de la privacidad y flujos de datos personales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), “como la persona natural o jurídica, la autoridad pública, el organismo o cualquier otra entidad competente de acuerdo con la legislación nacional para decidir el propósito de un archivo de datos automatizado”.⁴⁶⁴ Igualmente, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, establece sobre dicho concepto que es cualquier ente, según la legislación nacional, que es competente para decidir sobre el uso de los datos personales. Así, a partir de estos dos criterios, el documento en cuestión establece que la entidad definida puede ser tanto pública como privada, pero que su competencia tiene que estar dada por una ley.

De igual manera, se definen los datos personales sensibles, entre los cuales se incluye a la información genética en sentido amplio y a los antecedentes penales”.⁴⁶⁵ Por lo que se establece la necesidad de que cada Estado delimite esta categoría de datos personales en una ley, en razón del tratamiento especial que requieren. Como lo es la existencia de una prohibición contra el procesamiento de este tipo de datos, a menos que se cuente con el consentimiento expreso del titular para su procesamiento, o que exista una excepción justificada y legítima en la ley.

⁴⁶³ Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos. Resolución CO/CAJP-2921/10 rev.1 corr.1: Informe sobre principios y recomendaciones sobre la protección de datos (la protección de datos personales). (2011), consultado 26 de abril, 2020, http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2921-10_rev1_corr1_esp.pdf

⁴⁶⁴ Ibid.

⁴⁶⁵ Ibid.

Este informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos establece 15 principios, para dirigir la adecuada regulación interna de cada Estado miembro en relación con la protección de datos personales. En este apartado se abordan aquellos de mayor relevancia para el objeto de estudio.

Los principios segundo y tercero disponen que el tratamiento de los datos debe responder a un propósito específico, ser limitados y necesarios. Por lo que debe encontrarse establecido por medio de una ley el fin exclusivo por el cual se procesa la información. Además, los datos personales recopilados y tratados, deben estar limitados a aquellos necesarios para cumplir con el propósito específico del controlador de datos especificado en la legislación nacional; porque lo contrario, conlleva a un uso excesivo de los mismos. Debiendo garantizar el tratamiento de la información personal mínima para la consecución de la actividad legítima que se trate.

El sexto principio denominado condiciones para el procesamiento de datos, establece que el tratamiento de los mismos solo puede realizarse si es justo, legítimo y cumple con las siguientes condiciones:

- Como regla general debe contarse con el consentimiento del titular de los datos. El cual solo podrá ser limitado por las leyes nacionales, según la necesidad de cada Estado.
- El controlador de los datos debe contar con un interés legítimo y es necesario que existan disposiciones legales que le permitan realizar el tratamiento de los datos personales del individuo. Por lo que solo se permite la manipulación de la información personal si ello resulta necesario para que esta autoridad cumpla con el deber legal impuesto por el estado o se cuenta con un interés legítimo. Debiendo cumplirse principalmente esta condición, en cuanto a “los órganos encargados de hacer cumplir la ley que procesan datos personales en el curso de sus deberes de investigación, autorizados por la legislación nacional”.⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos. Resolución CO/CAJP-2921/10 rev.1 corr.1: Informe sobre principios y recomendaciones sobre la protección de datos (la protección de datos personales). (2011), consultado 26 de abril, 2020, http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2921-10_rev1_corr1_esp.pdf

El decimoquinto principio denominado control, cumplimiento y responsabilidad, establece que, para respetar los principios de la protección de datos, los Estados miembros de la OEA deben contar con una autoridad supervisora y establecer un recurso judicial para las personas. Además, indica que los controladores de datos y quienes procesen los mismos, si no lo realizan estas actividades conforme con lo previsto en la legislación nacional aplicable; podrían estar sujetos a responsabilidad administrativa, civil y penal.

II. Informe del Comité Jurídico Interamericano de la OEA: Privacidad y protección de datos personales (2017)

Este informe fue emitido mediante la resolución CJI/doc.541/17 corr.1 del Comité Jurídico Interamericano, en agosto de año 2017. En este se presentan una serie de nuevos principios, aplicables a los sectores públicos y privados, relacionados con la protección de los datos personales y el derecho a la privacidad. Los cuales no son absolutos, sino que, puede tener limitaciones razonables.

Uno de los principios expuestos es el de Propósitos legítimos y justos, el cual prohíbe la recopilación de datos arbitraria; implicando la existencia de una estructura jurídica para garantizar esto. También, se establece el principio denominado Uso limitado y retención, que dispone principalmente la obligación de mantener los datos personales por el tiempo necesario para el fin para el cual fueron recopilados. Pues, la retención innecesaria y excesiva de los mismos, evidentemente lesiona la privacidad de la información. Por lo que, se deben eliminar cuando no se necesiten para el fin original, de conformidad con las leyes nacionales aplicables.⁴⁶⁷

En relación con el objeto de estudio, el principio noveno trata lo concerniente a los datos sensibles. Indicando que, esta categoría de información personal abarca aquella que puede afectar aspectos más íntimos de la persona -esto según el contexto cultural, social o político-, en la cual pueden incluirse los datos relacionados con su

⁴⁶⁷ Comité Jurídico Internacional. Resolución CJI/doc.541/17 CORR.1: Informe sobre la privacidad y la protección de datos personales, (2007), consultado 27 de abril, 2020, http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Proteccion_Datos_Personales_CJI-doc_541-17_corr1.pdf

salud personal, origen racial o étnico, entre otros. Siendo necesario, una regulación especial para este tipo de datos.

Por su parte el principio doceavo se relaciona con las excepciones a la regulación de los principios establecidos en el informe. Permitiendo la imposición por parte de los Estados, de excepciones a los principios cuando ello sea necesario, por motivos de seguridad nacional, la administración de justicia y el cumplimiento de normativa de orden público. Con el requisito de que las mismas deben ser debidamente puestas en conocimiento del público por medio de una ley.⁴⁶⁸

C. Sistema Regional Europeo

En este apartado, se desarrollarán una serie de convenios que cuentan con una carácter preceptivo y vinculante para los Estados miembros que los suscribieron. Así como dos recomendaciones sin potencialidad coactiva, pues son actos jurídicos con pautas orientadoras en materia de protección de datos genéticos, para la formación normativa de los distintos Estados europeos. Si bien es cierto estas no son de aplicación obligatoria para el Estado costarricense, son analizadas con el propósito de demostrar la protección especializada que dicho sistema ha otorgado a los datos genéticos de los individuos, en favor del reconocimiento de su dignidad y derechos humanos.

Las disposiciones enunciadas corresponden a normativa emitida por el Consejo de Europa. Organización regional creada en el año 1949 por el Tratado de Londres, que pretende fomentar la cooperación entre los Estados del continente europeo. En 1950 redactó el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Siendo a que partir de ello le siguieron una serie de normas destinadas a la promoción y tutela de Derechos Humanos de los

⁴⁶⁸ Comité Jurídico Internacional. Resolución CJI/doc.541/17 CORR.1: Informe sobre la privacidad y la protección de datos personales, (2007), consultado 27 de abril, 2020, http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/informes_culminados_recientemente_Proteccion_Datos_Personales_CJI-doc_541-17_corr1.pdf

ciudadanos dentro de los Estados europeos, por parte de sus gobiernos.⁴⁶⁹ Las de mayor relevancia para el objeto de estudio, son las siguientes:

I. Convención para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la medicina y la biología (1997)

Este es un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre la protección de los Derechos Humanos en el campo biomédico, por lo que tiene un carácter preceptivo y con potencialidad coactiva para sus Estados suscriptores. Fue promulgado en fecha 04 de abril de 1997 en Oviedo España por parte del Consejo de Europa, por lo que también es conocido como la Convención de Oviedo. El mismo se basa en los principios establecidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y pretende garantizar que los avances en el campo de la biología y la medicina, con respecto al estudio del genoma humano; se realicen en armonía con la dignidad, identidad y respeto de las libertades fundamentales de todos los seres humanos. Esto queda evidenciado en el artículo 2 al establecer el principio de primacía del ser humano, que indica “el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia”.⁴⁷⁰

En su artículo 26 señala que por medio de una disposición legal se debe autorizar la realización de pruebas genéticas destinadas a obtener un perfil genético; siempre que esta sea una medida necesaria para la prevención de infracciones penales, la protección de la seguridad pública o de terceros. Además, que dicha disposición legal debe ser fundamentada en razón de un interés de gran relevancia, para que pueda operar la limitación de derechos fundamentales.⁴⁷¹ Evidenciándose

⁴⁶⁹ Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Consejo de Europa. Consultado el 17 de mayo, 2020, <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Paginas/Inicio.aspx>

⁴⁷⁰ Consejo de Europa, “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina: 04 de abril de 1997”, artículo 02, consultado 05 de abril, 2020, <http://asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/BOLETINES/BOLETIN%2003/18824.%20%20Jurisprudencia%20relacionada/18824.%20%20CEDH.%20%20Convenio%20de%20Oviedo.pdf>

⁴⁷¹ Ibid., artículo 26.

así, el requisito del principio de reserva de ley en cuanto a restricción de derechos fundamentales de los titulares de la información genética y que dicha limitación debe ser proporcional para que sea considerada como legítima.

II. Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio 108) y su protocolo adicional relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos (1981)

Este Convenio internacional es emitido el día 28 de enero de 1981 por el Consejo de Europa. Es la primera norma que dispone una categoría particular de datos personales para clasificar a la información relativa a la salud, incluidos los datos genéticos. En el artículo 5 establece que los datos personales que sean objeto de un tratamiento automatizado, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Obtenerse y tratarse de manera leal y legítima.
- Registrarse para finalidades determinadas, legítimas y legales.
- Ser adecuados, pertinentes y no excesivos, en relación con la finalidad por la cual se registraron.
- Conservarse de manera que permita la identificación de las personas involucradas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para cumplir con la finalidad para la que fue registrada.⁴⁷²

El artículo 6 señala que los datos relativos a la salud solamente podrán tratarse en los casos que el Derecho Interno de cada país prevea las garantías apropiadas.⁴⁷³ Igualmente, el numeral 9 indica que los derechos referentes a la protección de los datos personales contenidos en esta norma, pueden soportar excepciones o restricciones. No obstante, dichas limitaciones deben estar previstas por la ley y

⁴⁷² Consejo de Europa, “Convenio 108 Para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal: 28 de enero de 1981”, artículo 05, consultado 05 de abril, 2020, <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/U12%20convenio%20n%20108.pdf>

⁴⁷³ Ibid., artículo 06.

perseguir una finalidad legítima, tales como la seguridad pública, seguridad del Estado y para la represión de delitos.⁴⁷⁴

III. Recomendación No. 5 (97), del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre protección de datos médicos (1997)

Dicha recomendación refiere que los datos personales constituyen información relativa a un individuo identificado o identificable. Brinda dos tipos de datos personales que se encuentran íntimamente ligados y por ende pertenecen a la categoría de información sensible de un individuo. Los datos médicos, que se refiere a la información relativa a la salud de una persona y, por otro lado; los datos genéticos de la sección codificante y la no codificante, que son información relacionada con la salud. Porque se refirieren a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de sujetos emparentados.⁴⁷⁵

También, esta recomendación determina que existe la posibilidad de obtener y utilizar los datos genéticos para fines judiciales de investigación criminal, siempre y cuando cada país establezca una ley específica que determine las medidas de salvaguarda necesarias. Porque, la información debe emplearse solamente para establecer si hay un perfil genético en la prueba biológica, aportada para lograr la identificación del autor de un delito investigado. Siendo prohibido el uso para determinar otras características genéticas.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Consejo de Europa, "Convenio 108 Para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal: 28 de enero de 1981", artículo 09, consultado 05 de abril, 2020, <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/U12%20convenio%20n%20108.pdf>

⁴⁷⁵ Comité de Ministros del Consejo de Europa, "Recomendación No. 5 (97): Sobre la protección de datos médicos: 13 de febrero de 1997", artículo 01, <https://www.bioeticaweb.com/recomendacion-nao-r-97-5-de-13-de-febrero-de-1997-del-comitac-de-ministros-del-consejo-de-europa-a-los-estados-miembros-sobre-protecciasn-de-datos-macdicos/> (consultado 30 de marzo, 2020).

⁴⁷⁶ Ibid., artículo 4.

IV. Recomendación N° 1 (92) sobre la utilización del análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la administración de justicia penal (1992)

Esta recomendación es emitida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en fecha 10 de febrero de 1992. Establece las pautas que deben seguir los países europeos al momento de regular la creación de bases de perfiles de ADN y el tratamiento automatizado de los datos genéticos con fines forenses.

Es de relevancia indicar que, con base en la protección de los datos personales recabados, se establece que los Estados no deben mantener almacenadas las muestras biológicas tomadas para el análisis de ADN; ya que estas deben ser eliminadas una vez que se dicte la sentencia que concluya el proceso. A menos que ello sea necesario para fines directamente relacionados con aquellos por los que fueron recogidas.⁴⁷⁷ Distinto a la información genética derivada del análisis de ADN, la cual puede ser conservada cuando el sujeto haya sido condenado por algún delito grave contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas. No obstante, establece que en esos casos los Estados deben definir periodos estrictos de conservación, pues pueden existir archivos permanentes.

Según esta recomendación, el establecimiento y utilización de cualquier base o archivo de ADN (incluye las bases de perfiles de ADN y los archivos de muestras biológicas) con fines de investigación penal y el procesamiento de los datos genéticos por la comisión de algún delito, se debe de regular por ley.⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ Comité de Ministros del Consejo de Europa, "Recomendación No. 1 (92): Sobre la utilización del análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la administración de justicia penal: 10 de febrero de 1992", artículo 08, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/32.pdf> (consultado 31 de marzo, 2020).

⁴⁷⁸ Ibid.

V. Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (2016)

Este reglamento conocido como Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, fue emitido el 2016 por el Parlamento Europeo. En su artículo 1 determina que el objeto de regulación, es proteger a las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos. Así, como los derechos fundamentales de las personas físicas y en particular, el derecho a la protección de los datos personales.⁴⁷⁹

Cabe resaltar que, dentro del numeral 2 al estipular el ámbito de aplicación del reglamento, indica que las disposiciones no se aplican al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales.⁴⁸⁰ Sin embargo, con respecto a los datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad, el artículo 10 indica que solo pueden tratarse datos personales cuando lo autorice el Derecho de los Estados miembros, en el cual se establezcan las garantías adecuadas para asegurar el respeto de los derechos y libertades de los interesados.⁴⁸¹

Lo anterior, siempre que se cumpla con los supuestos dictados por el artículo 6 apartado primero, para garantizar el tratamiento lícito de los datos personales. Los cuales indican que se requiere del consentimiento del interesado para realizar un tratamiento de sus datos personales, para uno o varios fines específicos. Además, el tratamiento que permite realizar al responsable, es el necesario para el cumplimiento de una obligación legal o una misión legítima en razón del interés público o el ejercicio un poder público conferido.⁴⁸²

⁴⁷⁹ Parlamento Europeo, "Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos: 27 de abril de 2016", artículo 01, consultado 11 de junio, 2020, <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

⁴⁸⁰ Ibid., artículo 02.

⁴⁸¹ Ibid., artículo 10.

⁴⁸² Ibid., artículo 06.

D. Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL)

En este apartado se aborda la experiencia de esta Organización Intergubernamental, respecto a la regulación e implementación de las bases de datos personales policiales, que son alimentadas y utilizadas por autoridades de policía criminal de sus 194 países miembros. Las cuales tienen la misión de lograr la cooperación internacional -constante y activa- y la asistencia recíproca de los países, para “prevenir, combatir y reprimir la delincuencia transnacional”; pero siempre respetando lo dispuesto por el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el marco legal de cada Estado.⁴⁸³

I. Red de comunicación de las Bases de datos policiales

La INTERPOL goza de una personería jurídica independiente a la de sus miembros y su principal instituto jurídico es el Estatuto de Constitución (denominado Estatuto OIPC-INTERPOL) que se aprobó en el año 1951, en el cual se establecen las normas y principios fundamentales que rigen su accionar.⁴⁸⁴ Para cumplir con sus objetivos la Organización cuenta con una Secretaría General, que apoya a los países miembros para lograr la cooperación internacional, al otorgarles acceso directo a una amplia gama de recursos policiales; entre los cuales se encuentra la Red de Comunicación de las Bases de datos Policiales. Las cuales contienen la información sobre crímenes y delincuentes, que ha sido aportada por todos los Estados miembros de Interpol.⁴⁸⁵

Cada país miembro puede acceder a estas las herramientas, para facilitar sus investigaciones criminales y humanitarias de carácter transnacional; por medio de su

⁴⁸³ Interpol. “Documentos Jurídicos”, consultado el 01 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Marco-juridico/Documentos-juridicos>

⁴⁸⁴ Interpol. “Marco Jurídico”, consultado el 01 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Marco-juridico>

⁴⁸⁵ Ibid.

Oficina Central Nacional (OCN). Pues esta se encarga de contactar los distintos cuerpos de policías entre sí y con la Secretaría General de la Interpol.⁴⁸⁶

El gobierno de Costa Rica es miembro de la Interpol desde el 14 de octubre de 1954 y la OCN de Interpol se encuentra adscrita y funciona bajo las órdenes de la Dirección General del Organismo de investigación Judicial,⁴⁸⁷ tiene su sede en San José y su objetivo es “facilitar la cooperación policial transfronteriza”. Por lo cual apoya a las organizaciones, autoridades y servicios que tienen como fin prevenir o combatir la delincuencia; presta servicios de información operativa, bases de datos con fines policiales y facilita al apoyo policial operativo.⁴⁸⁸

II. Base de datos internacional de perfiles de ADN

En el año 1998, en la reunión n° 67 de la Asamblea General -órgano rector supremo de la Interpol- se elabora la resolución N°AGN/67/RES/8. Mediante la cual la Interpol reconoce los avances científicos y técnicos derivados del análisis del ADN, lo que lo convierte en un medio eficaz para la investigación y resolución de los casos penales. Por ello, consideran la creación de una base de datos de ADN internacional, para ayudar en la investigación policial transfronteriza.⁴⁸⁹ Además, se recomendó que para garantizar la máxima utilidad de las bases de datos nacionales de ADN, éstas debían elaborarse dentro de los límites de las legislaciones vigentes, tanto nacionales como internacionales.⁴⁹⁰

En el año 1999, la Interpol instauró el grupo de expertos en ADN, compuesto por científicos y representantes de los servicios encargados de hacer cumplir la ley,

⁴⁸⁶ Interpol, “General Secretariat”, consultado el 01 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/Who-we-are/General-Secretariat>

⁴⁸⁷ Poder Legislativo, “Ley n°8754 contra la Delincuencia Organizada: 24 de junio del 2009” La Gaceta No.143 (24 jul., 2009): artículo: 12, SINALEVI (consultado el 02 de abril, 2020).

⁴⁸⁸ Poder Judicial, Organismo de Investigación Judicial, “Interpol”, consultado el 01 de abril, 2020, <https://sitiooj.poder-judicial.go.cr/index.php/oficinas/oficina-de-planes-y-operaciones/interpol>

⁴⁸⁹ Interpol, “Resolución No AG/67/RES/8: Análisis de ADN”, (1998): folio 01, consultado el 01 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/Resources/Documents>

⁴⁹⁰ Ibid., 2.

de un gran número de países.⁴⁹¹ El cual emitió en el año 2001 el “Manual sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN”, mediante el cual se armoniza el uso de las técnicas de análisis de ADN y las reglas de obtención de los perfiles de ADN; para propiciar el intercambio internacional de los datos de ADN de cada país miembro, con fines de investigación policial.⁴⁹²

En el año 2002, la Interpol puso en marcha el plan piloto de la base de datos internacional de perfiles ADN, que contenía la categoría de perfiles identificados (muestras de referencia) y no identificados (muestras indubitadas). Por medio del cual se empieza a facilitar el primer intercambio de perfiles de ADN a escala mundial por medio de los sistemas de telecomunicaciones de la Interpol.⁴⁹³

Para el año 2003, la Interpol reconoce que en razón de los marcos jurídicos diversos de cada país miembro, se debía desarrollar una carta internacional para asegurar la protección y el carácter confidencial de los datos insertos en esta base.⁴⁹⁴ Por lo que, en el año 2005 emiten la “Carta para la utilización de la base de datos automatizada de Interpol sobre perfiles de ADN”. La cual debe de ser aprobada y suscrita por los Estados miembros de Interpol, que quieren acceder y utilizar esta base de datos; ya que la Interpol exige mecanismos muy rigurosos para garantizar la privacidad y la seguridad de los datos sensibles almacenados.⁴⁹⁵

En el año 2012 Interpol reportó que la cantidad de perfiles genéticos almacenados en la base de datos internacional de ADN había incrementado notablemente, lo cual aumentó la cantidad de búsquedas y los resultados positivos, que le permiten a los países avanzar en sus investigaciones criminales y humanitarias. Hasta ese momento más de 62 países habían suscrito la Carta de ADN

⁴⁹¹ Secretaría General de Interpol, Informe anual de actividades, (1999): 23, consultado 01 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/Resources/Documents#Annual-Reports>

⁴⁹² Interpol, “Interpol facilita el acceso de los investigadores policiales al análisis de ADN”, consultado el 01 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2001/INTERPOL-facilita-el-acceso-de-los-investigadores-policiales-al-analisis-de-ADN>

⁴⁹³ Secretaría General de Interpol, Informe anual de actividades, (2002): 03, consultado 01 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/Resources/Documents#Annual-Reports>

⁴⁹⁴ Secretaría General de Interpol, Informe anual de actividades (2003): 07, consultado 01 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/Resources/Documents#Annual-Reports>

⁴⁹⁵ Secretaría General de Interpol. Informe anual de actividades. (2005): 03, consultado 02 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/Resources/Documents#Annual-Reports>

y aportado por primera vez sus perfiles de ADN, entre estos se hace referencia expresa al gobierno de Costa Rica.⁴⁹⁶

Actualmente esta base de datos se denomina “Pasarela Internacional en materia de ADN”. La misma contiene las siguientes categorías de perfiles de ADN: datos de crímenes sin resolver (perfiles obtenidos en el lugar de los hechos), de delincuentes conocidos, de personas desaparecidas y de cadáveres no identificados. Los Estados pueden conectarse a la misma por medio de la Oficina Central Nacional (OCN) de Interpol e incluso por medio de algunos laboratorios forenses o cuerpos de policía, previamente autorizados por la Interpol. Ya sea para incorporar, actualizar o eliminar electrónicamente los perfiles de ADN contenidos en sus bases de datos nacionales o regionales, o para realizar comparaciones automáticas de su información con los perfiles de ADN aportados por los demás estados participantes. De estas búsquedas reciben respuestas positivas o negativas. El resultado es positivo, si el perfil genético consultado ya había sido aportado por otro país, por lo cual el sistema alerta a ambos países sobre la coincidencia, se les insta a confirmar el resultado y compartir la información de relevancia para seguir con la investigación. El resultado es negativo, porque el perfil genético no se encuentra en la base de datos, por lo cual el sistema le pide permiso al país miembro para conservar el perfil genético en la base de datos para realizar futuras vinculaciones y ayudar a resolver la investigación.⁴⁹⁷

En este fichero solo se pueden almacenar los códigos alfanuméricos que los países miembros han asociado a los perfiles genéticos (serán identificadores de ADN anónimos) y no se ingresan datos nominales que los vinculen con una persona. Pues cada país miembro conserva la propiedad de esa información y “deciden sobre el acceso de otros países a ellos, así como sobre su envío y destrucción, de acuerdo con sus **leyes nacionales**”.⁴⁹⁸ (El resaltado no es original).

⁴⁹⁶ Secretaría General de Interpol, Informe anual de actividades, (2012): 21, consultado 02 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/Resources/Documents#Annual-Reports>

⁴⁹⁷ Interpol, “DNA”, consultado el 03 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/How-we-work/Forensics/DNA>

⁴⁹⁸ Secretaría General de Interpol, Informe anual de actividades (2005), consultado 02 de abril, 2020, <https://www.interpol.int/Resources/Documents#Annual-Reports>

II.I Recomendaciones del Grupo de expertos en ADN

El grupo de expertos en materia de ADN se compone de policías científicos e investigadores, que asesoran a la Interpol y animan a las autoridades policiales y forenses de los países miembros; para utilizar el análisis de ADN e implementar bases de datos de ADN nacionales en forma eficaz, “con miras a facilitar el intercambio internacional de los datos sobre el ADN, para descubrir y combatir delitos a escala nacional e internacional”.⁴⁹⁹

Para cumplir con esta labor este grupo de profesionales emitió en el año 2001 el “Manual sobre el intercambio y la utilización de los datos relativos al ADN”,⁵⁰⁰ el cual fue actualizado en el año 2009. Mediante el cual se brinda a los Estados, una serie de recomendaciones y directrices de vanguardia. En lo que interesa una de las más importantes, es que los Estados deben elaborar una legislación nacional que autorice la creación, regulación y gestión de las bases de datos genéticos y las muestras biológicas. Pues si bien esta es una gran herramienta tecnológica para luchar contra la delincuencia, su utilización debe de estar sujeta a una serie de restricciones claramente definidas; de conformidad con lo señalado por el marco del derecho internacional de derechos humanos.⁵⁰¹

Por ello, dictan como directriz que los gobiernos y las autoridades de investigación deben de proteger “con eficacia la confidencialidad y la privacidad de todas las personas en el marco de la ley”. En vista de que la manipulación, explotación o acceso no autorizados de la información personal contenida en estas bases de datos y de las muestras biológicas, puede dar lugar a violaciones al derecho a la intimidad y la vida de las personas.⁵⁰²

⁴⁹⁹ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 1° ed. (Lyon, Francia, 2001), 5.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, 8.

⁵⁰¹ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 67.

⁵⁰² *Ibid.*

Los Estados deben propiciar la movilización de las partes interesadas en la implementación de esta herramienta tecnológica, para lograr “un primer nivel de concientización”, tanto de la clase política, como de los funcionarios de la policía encargados del análisis de ADN y la investigación de los delitos. Donde los entes políticos se comprometan a promulgar y adaptar la legislación estricta y restrictiva, que es necesaria para lograr el equilibrio entre los intereses generales, la dignidad y libertades fundamentales de las personas sometidas a la manipulación de sus datos genéticos.⁵⁰³ La cuales

(...) deben respetar y tener en cuenta los derechos constitucionales y otras leyes (...) así como los instrumentos internacionales sobre derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.⁵⁰⁴

Pues, el principio supremo que rige el almacenamiento y manipulación de información genética de carácter sensible en esos ficheros, exige que esta

(...) se debe obtener por medios lícitos y justos y se debe utilizar con los fines para los cuales se ha recogido. (...) se deben fijar unos límites para el uso de los datos y las muestras. Los datos genéticos personales deben estar protegidos frente a los accesos y usos no autorizados mediante un sistema de seguridad. (...) Se debe hacer todo lo posible por garantizar que la manipulación de los datos genéticos se realice de conformidad con las declaraciones y convenios internacionales (...) para evitar una mala utilización de la información sobre el ADN.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 63.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, 69.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, 67.

Por esta razón, es que este grupo de expertos recalcan la promulgación de leyes específicas que justifiquen las razones de creación e implementación de las bases de datos de ADN, ya que “el articulado de la legislación es fundamental para el éxito la base de datos nacional, habida cuenta de que una ley inadecuada podría condenar al fracaso”.⁵⁰⁶

Además, indican que es por medio de una legislación nacional que se les tiene que permitir a los Estados miembros el acceso e incorporación de su información en la base de datos internacional sobre ADN de la Interpol; para garantizar la adecuada protección de los datos personales tratados en el marco de la cooperación internacional. Por ende, los procesos de comunicación de los perfiles de ADN de las bases de datos nacionales y la búsqueda en esta base de datos Internacional, debe de hacerse de conformidad con la “legislación nacional, con inclusión de las leyes sobre protección de datos y los códigos de conducta de la policía”. De manera que una vez que esto ha sido autorizado y que la información se encuentre en la base de la Interpol, esta se procesa con base en las normas reglamentarias de la Organización. También, indican que con base en estas leyes los estados pueden “(...) restringir el acceso a sus perfiles de ADN a determinados países u organismos encargados de la aplicación de la ley, cuando proceda”.⁵⁰⁷

Otra de las recomendaciones de importancia que disponen, es que las autoridades encargadas de estos ficheros nacionales deben elaborar Procedimientos de Operación Normados “relativos a la recopilación, el procesamiento, la utilización y el acceso a los datos genéticos”. Siguiendo para ello las normas del derecho internacional con la finalidad de garantizar la imparcialidad, transparencia, integridad de la información obtenida del ADN.⁵⁰⁸ Sobre este punto, recalcan que es importante que se capacite y se eduque al personal forense que participa en esos procesos,

⁵⁰⁶ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 69.

⁵⁰⁷ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 1° ed. (Lyon, Francia, 2001), 37-38.

⁵⁰⁸ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 68.

sobre el marco legal nacional e internacional referente la protección especial (confidencialidad, privacidad y seguridad) de la que gozan los datos genéticos que se almacenan en esos ficheros. Pues así se logra prevenir la utilización de los mismos con fines no autorizados.⁵⁰⁹

III. Protección especial de los datos personales almacenados en las bases de datos policiales

Las 18 bases de datos policiales de la Organización Internacional de Policía Criminal -incluida la Pasarela Internacional de ADN-, permiten que los países miembros de forma voluntaria puedan acceder, intercambiar y procesar información personal de carácter confidencial (sensible) con los cuerpos policiales de todo el mundo. Por ello, la Interpol ha reiterado que estas actividades deben de realizarse con apego “al **estricto marco legal, los principios y la reglas de protección de datos** para fomentar la confianza y garantizar la calidad de la información”.⁵¹⁰ (El resaltado no es del original).

Por lo cual se ha tratado de dotar a la Organización de un marco jurídico actualizado, sólido y eficaz, que asegure la eficiencia y la calidad de la cooperación internacional y al mismo tiempo supervise y promueva el adecuado tratamiento y protección de los datos confidenciales. Así como el respeto a los derechos fundamentales de las personas, cuya información se encuentra registra en estos sistemas informáticos.⁵¹¹ Una de las normas de mayor importancia es el Reglamento sobre el Tratamiento de Datos de la Organización, al cual se le realizaron sus últimas modificaciones de importancia en año 2019. Los aspectos de mayor importancia de esta normativa para el objeto de estudio, son tratados en la siguiente sección.

⁵⁰⁹ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2º ed. (Lyon, Francia, 2009), 69.

⁵¹⁰ Interpol, “Bases de datos”, consultado el 05 de mayo, 2020, <https://www.interpol.int/How-we-work/Databases>

⁵¹¹ Interpol, “Documentos jurídicos”, consultado el 06 de mayo del 2020, <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Marco-juridico/Documentos-juridicos>

III.I Reglamento de INTERPOL sobre el tratamiento de datos

La Asamblea General como órgano rector de la Interpol, dictó este reglamento. Según el artículo 1, son datos especialmente delicados o sensibles, “todos los datos de carácter personal sobre el origen racial o étnico de la persona, (...) así como toda información relativa a su salud”.⁵¹² Esta información de carácter íntima merece una protección especial. Además, por tener carácter privado serán conocidos solo por la voluntad de su titular o por circunstancias especiales descritas en una ley.

En el título I, capítulo II del reglamento, se desarrollan una serie de principios generales aplicables a toda operación de tratamiento de datos efectuada en los sistemas de Interpol. Considerado este como “toda operación o conjunto de operaciones que se aplique a unos datos (...), tales como la recogida, el registro, la consulta, el envío, la utilización, la divulgación o la eliminación”.⁵¹³ Algunos de los de mayor relevancia para el objeto de estudio son los siguientes:

El artículo 10 estipula las finalidades de la cooperación internacional por medio de las bases de datos de Interpol. Por lo cual el tratamiento de los datos por parte de las OCN, entidades nacionales y entidades internacionales autorizadas, solo es permitido si se efectúa de conformidad “con una finalidad determinada, explícita y conforme con los objetivos y actividades de la organización”. Estas finalidades policiales legítimas, se encuentran definidas en los artículos 10 y 132 de dicho reglamento, de manera que se prohíbe a los Estados realizar el procesamiento de los datos con otras finalidades diferentes. Algunas de las más importantes son: la búsqueda y localización de personas de interés para la policía, la obtención de información sobre las actividades delictivas de una persona, la identificación de personas o cadáveres, la defensa de los intereses de la Organización en el marco de procedimientos litigiosos, la investigación de carácter científico, histórico y estadístico.

El artículo 11 establece el principio de licitud, el cual dispone que todo tratamiento (recogida, introducción y consulta) de datos en el sistema de información de Interpol, por parte de las distintas oficinas involucradas; **“debe ser autorizado con**

⁵¹² Asamblea General de Interpol, “Resolución III/IRPD/GC/2011 (2019): Reglamento de Interpol sobre el tratamiento de datos”, artículo 01, <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Marco-juridico/Documentos-juridicos> (consultado 06 de mayo, 2020)

⁵¹³ Ibid., artículo 10 y 132.

arreglo a la legislación aplicable y respetando los derechos fundamentales de las personas objeto de la cooperación policial internacional”.⁵¹⁴ (El resaltado no es del original)

El principio de transparencia de la información dispuesto en el artículo 13, refiere que las organizaciones autorizadas, deben de garantizar en todo momento el respeto de los derechos referentes al tratamiento de datos de carácter personal, en los procesos de funcionamiento de las bases de datos.⁵¹⁵

El artículo 14 regula el principio de confidencialidad, el cual señala que los datos tratados en los sistemas de Información de Interpol, deben tener un grado de privacidad y reserva, debido a los riesgos que su divulgación entraña para las personas objeto de la cooperación. Además, que esta confidencialidad debe de ser respetada de modo que solo se consulten, envíen o utilicen datos por parte de las personas habilitadas y autorizadas para conocerlos.⁵¹⁶

En el artículo 15 se contempla el principio de seguridad, porque los datos tratados deben ser protegidos contra los peligros que afecten a su integridad y confidencialidad y encontrarse en todo momento a disposición de las distintas oficinas autorizadas para tener acceso directo a los sistemas. Por lo que las OCN son responsables de los accesos que conceda al sistema, de contar con seguridad en las instalaciones que permitan el acceso a los sistemas y cumplir con protocolos para garantizar la seguridad de los datos.⁵¹⁷

En el numeral 37 se enuncian las condiciones mínimas para el registro de la información en las bases de datos de la Interpol. Estableciendo que, en todas las bases de datos, el registro debe de incluir: la identidad de la fuente de los datos, la fecha del registro, la finalidad específica del registro, la situación de la persona y los

⁵¹⁴ Asamblea General de Interpol, “Resolución III/IRPD/GC/2011 (2019): Reglamento de Interpol sobre el tratamiento de datos”, artículo 11, <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Marco-juridico/Documentos-juridicos> (consultado 06 de mayo, 2020).

⁵¹⁵ Ibid., artículo 13.

⁵¹⁶ Ibid., artículo 14.

⁵¹⁷ Ibid., artículo 15.

datos que la relacionen con un hecho determinado, el grado de confidencialidad de los datos, el plazo de conservación de los datos y las restricciones de acceso.⁵¹⁸

En el caso de los datos especialmente delicados por su carácter de los datos sensibles -entre los cuales se incluye la información genética-, se establecen ciertas condiciones adicionales para su registro en las bases de datos policiales. Siendo estas, las siguientes:

- Que sean pertinentes y presenten un valor criminalístico de especial importancia para la consecución de los objetivos y finalidades impuestos previamente.
- No conlleven un juicio o comentario discriminatorio; y para ello, se debe registrar su condición de especialmente delicado.⁵¹⁹

Otro aspecto de importancia es el requisito de actualización establecido en artículo 46. Mismo que impone la obligación de que una vez alcanzada la finalidad en específica para la cual se registraron los datos, estos solo se podrán conservar o actualizar en la base de datos policial si la entidad que se encargó del registro determina la existencia de una nueva finalidad para registrarlos y justifica el cambio de finalidad.⁵²⁰

Asimismo, en el artículo 51 se dispone que es obligatoria la eliminación de los datos registrados una vez cumplan la finalidad preestablecida, sin que sea renovada la misma. La cual incluso se hará de manera automática cuando se venza el plazo de conservación, sin que haya pronunciamiento sobre la necesidad de conservarlos.⁵²¹

⁵¹⁸ Asamblea General de Interpol, “Resolución III/IRPD/GC/2011 (2019): Reglamento de Interpol sobre el tratamiento de datos”, artículo 37, <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Marco-juridico/Documentos-juridicos> (consultado 06 de mayo, 2020)

⁵¹⁹ Ibid., artículo 42.

⁵²⁰ Ibid., artículo 46.

⁵²¹ Ibid., artículo 51.

TÍTULO III: Análisis de la ilegitimidad del Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para identificación humana, con respecto a las exigencias establecidas en el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho de la Constitución

Una vez expuestas las disposiciones normativas nacionales e instrumentos internacionales de derechos humanos de mayor relevancia, que fundamentan la protección especial y rigurosa de los datos genéticos de naturaleza sensible que son tratados en las bases de datos de ADN forense. Resulta claro que la normativa reglamentaria con la que cuenta el Departamento de Ciencias Forenses del Poder Judicial para regular la base de datos de ADN forense que utilizan, vulnera una serie de principios universales y criterios jurídicos que deben imperar esta materia, por lo cual no se puede sustentar su legitimidad y validez para restringir derechos fundamentales de los titulares de los datos genéticos y las muestras biológicas.

Por ello, en este título se abordan los principios rectores que han sido desarrollados por la normativa nacional e internacional, la doctrina y la jurisprudencia constitucional; para orientar a los Estados a regular de manera idónea la utilización de una base de perfiles de ADN de uso forense. También, se desarrollan los derechos fundamentales cuyo contenido mínimo debe de ser respetado por los Estados cuando pretendan realizar las tareas de recolección, conservación, tratamiento y utilización posterior de los datos genéticos y muestras biológicas humanas. Así mismo, se exponen los aspectos específicos que deben de contener las legislaciones que permitan el funcionamiento de una base de datos de ADN con fines forenses, especialmente dentro del contexto del proceso penal.

Lo anterior, confrontando los criterios expuestos, con las disposiciones contenidas en el reglamento administrativo aprobado por Corte Plena en el Acta N° 25-2011, denominado Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana. Con el propósito de demostrar su ilegitimidad para disponer la creación y el manejo de una base de perfiles de ADN forense por parte del Departamento de Ciencias forenses del OIJ y la consecuente limitación a los derechos fundamentales de las personas intervinientes en los procesos de investigación criminal y humanitaria, cuya información sensible y muestras biológicas son tratadas.

Capítulo I: Principios generales que las autoridades estatales deben cumplir para establecer una base de datos genéticos de uso forense

En este capítulo se desarrollan los principios constitucionales rectores que deben de acatar los Estados al momento de confeccionar y emitir la normativa especial que permita creación y uso de una base de identificadores de ADN. Desde su definición y alcances dados por la doctrina; así, como su desarrollo normativo a nivel doméstico y en los distintos instrumentos internacionales, en conjunto con un análisis jurisprudencial de dichos principios constitucionales. Para exponer la manera legítima de imponer restricciones a los derechos fundamentales de los sujetos titulares de los datos genéticos que son tratados en una base de datos de ADN con fines forenses.

A. Principio de división de poderes

Históricamente desde el período de la Revolución Francesa, se establece la noción de dividir al Estado en tres poderes distintos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Creándose un sistema de pesos y contrapesos entre ellos. El cual, en general, resulta un sistema tripartito que ejerce un control autárquico entre cada una de las ramas del poder estatal. Es decir, cada una de estas vigila el cumplimiento de las funciones y los deberes de las otras, de manera que se controlen entre sí.⁵²²

Tres fuentes indispensables para comprender el desarrollo del principio de división de poderes son: John Locke en su segundo ensayo sobre el gobierno civil de 1690, Montesquieu con el ensayo El espíritu de las leyes de 1748 y Tocqueville en su libro La democracia en América de 1840. Estos trabajos surgen para establecer un marco político alternativo frente a monarquías absolutas y representan los inicios de los regímenes presidencialistas y parlamentarios.

⁵²² Ángela María Páez Murcia. "Aplicabilidad de la teoría de división de poderes en la actualidad, en algunos estados de América Latina" *Revista Dikaion*, No. 15 (dic., 2006): 251, *VLex* (consultado 03 de agosto, 2020), https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#/search/jurisdiction:CR,EA,AR,CL,CO,MX+content_type:4/%22divisi%C3%B3n+de+poderes%22/p4/WW/vid/826074645

De esta manera, se pueden establecer al menos tres nociones fundamentales para el funcionamiento del Estado. Primero, el conducto natural del pueblo para determinar las leyes. Segundo, la necesidad de brindar la capacidad suficiente para ejecutar y aplicar las leyes. Tercero, el investir de independencia y autonomía necesaria a los jueces con respecto de los otros poderes estatales, con el objeto de velar por la aplicación imparcial de las leyes.⁵²³ Esto desde un punto de vista bastante simple, ya que, al día de hoy se sabe que las funciones estatales no son solamente esas tres. Sino que, son más complejas y tantas cuantas necesite el Estado para su adecuado funcionamiento según el modelo de gobierno.

En lo que interesa, respecto la limitación de derechos fundamentales de los ciudadanos de un Estado, este principio de división de poderes resulta de gran importancia. Pues señala que se debe de cumplir con una condición de carácter competencial, la cual, establece que dentro de una sociedad democrática el Estado únicamente podrá limitar un derecho fundamental mediante el ente que la carta fundamental legitima para ello y solamente las garantías que la misma permite. Siendo así, el Poder Legislativo mediante ley formal, es el único poder estatal legítimamente validado para la regulación en esta materia.⁵²⁴

En el ordenamiento jurídico nacional, el artículo 9 de la Constitución Política consagra el principio de división de poderes como uno de los pilares fundamentales del Estado costarricense.⁵²⁵ En materia de restricción de derechos fundamentales, la misma se encuentra limitada a la ley formal emanada del Poder Legislativo. Siendo así, la Constitución Política establece que esta potestad de legislar es delegada por el pueblo a la Asamblea Legislativa y esta potestad no puede ser sujeta a limitación alguna, salvo por tratados internacionales conforme los principios del Derecho

⁵²³ Jheison Torres Ávila, “*Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes*”. Revista Justicia Juris, Vol. 10, No. 1, (2014): 88, consultado 03 de agosto, 2020, <https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#/search/jurisdiction:CR,EA,AR,CL,CO,MX/%22divisi%C3%B3n+de+pod+eres%22/WW/vid/678354765>

⁵²⁴ Hugo Tórtora Aravena, “*Las limitaciones a los derechos fundamentales*”. Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, No. 2, (2010): 169, consultado 28 de julio, 2019, <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/183/171>

⁵²⁵ Asamblea Constituyente, “Constitución Política: 08 de noviembre de 1949”: artículo 9, SINALEVI (consultado 02 de octubre, 2020).

Internacional.⁵²⁶ Lo anterior, en concordancia con el artículo 124 de la Constitución Política el cual dispone que estas leyes, deben haberse promulgado con apego al procedimiento legislativo instaurado al respecto, como requisito de su validez.⁵²⁷ Asimismo, el artículo 121 de la Constitución Política le atribuye expresamente a la Asamblea Legislativa, la potestad de dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica.⁵²⁸

En ese sentido, la Sala Constitucional respecto al principio de división de poderes, ha establecido en el voto 13428-2004

El modelo de la separación de los poderes, en sentido estricto, resulta de la combinación de dos principios: el primero atiende a la distribución de las funciones estatales; el segundo, a las relaciones entre los órganos competentes para ejercerlas. El principio de especialización de las funciones según el cual una función es una atribución exclusiva de un órgano si existen reglas que prohíben a cada órgano del Estado: 1) ejercer aquella función; 2) interferir en el ejercicio de esa función por parte del órgano al que está atribuida (obstaculizando o impidiendo el ejercicio), y 3) privar de eficacia los actos de ejercicio de esa función. Por su parte, el principio de independencia recíproca de los órganos donde dos órganos son recíprocamente “independientes” cuando cada uno de estos está libre de cualquier interferencia por parte del otro en cuanto a su formación, a su funcionamiento y a su duración. (...) Sin embargo, la doctrina y la práctica constitucionales, han dado paso a otro modelo, el de la división del poder; basado en un complejo sistema de frenos (o controles) y contrapesos (Montesquieu). Para evitar que los diversos órganos del Estado abusen de las competencias conferidas a ellos es necesario —no ya que los poderes estén perfectamente separados sino, al contrario— que a cada “poder” se contraponga otro, capaz de condicionar y de frenarlo. Siguiendo este modelo no existe

⁵²⁶ Asamblea Constituyente, “Constitución Política: 08 de noviembre de 1949”: artículo 105, SINALEVI (consultado 02 de octubre, 2020).

⁵²⁷ Ibid., artículo 124.

⁵²⁸ Ibid., artículo 121.

absoluta separación, aún más, nada impide que una misma función -no primaria- sea ejercida por dos Poderes o por todos, razón por la que no se puede hablar de una rígida distribución de competencias en razón de la función y la materia. El Estado es una unidad de acción y de poder, pero esa unidad no existiría si cada Poder fuere un organismo independiente, aislado, con amplia libertad de decisión. El Poder del Estado es único, aunque las funciones estatales sean varias.⁵²⁹

En igual sentido, la Sala Constitucional en el voto 1130-90, reiterado en el voto 2527-94; ha establecido que el principio de división de poderes o de distribución de funciones es un rasgo fundamental del sistema de gobierno costarricense. Mismo que, permite que los poderes estatales distintos al Poder Legislativo, tengan una competencia reglamentaria para desarrollar lo dispuesto en las leyes formales que regulen su actuación. Sin embargo, esta competencia reglamentaria tiene límites que no puede rebasar, sin cometer un exceso de poder prohibido, lo indicado por la norma de rango superior. Por lo que, esta competencia reglamentaria no se puede apartar del marco constitucional y se reconoce siempre y cuando se complementen las normas legales, respetando las atribuciones constitucionales y legales de la administración pública en cuestión.⁵³⁰

B. Principio de reserva de ley

El principio de reserva de ley en cuanto a limitación de derechos fundamentales a nivel nacional no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución Política. Ha sido desarrollado mediante la jurisprudencia constitucional que interpreta lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política, el cual indica que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales de los individuos. Todo, por supuesto, en la

⁵²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 13428-2004 del 26 de noviembre de 2004, 14:13 horas (04-0093230007-CO).

⁵³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta judicial: voto 02527-1994 del 31 de mayo de 1994, 15:30 horas (94-0002533-0007-CO).

medida en que la naturaleza y el régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables. Asimismo, que los reglamentos ejecutivos de las leyes pueden desarrollar los preceptos de estas, pero no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear nuevas limitaciones no establecidas por la ley. Siendo que, ni en los reglamentos ejecutivos, los reglamentos autónomos o las demás normas infra legales, la ley podría delegar la determinación de regulaciones o restricciones que solo ella puede establecer.⁵³¹

A nivel legal, esta garantía se encuentra contemplada en el artículo 19 y 124 de la Ley General de la Administración Pública. Disponiendo que el régimen jurídico de los derechos constitucionales está reservado a la ley.⁵³² Refiriéndose esta a la norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el Derecho interno de cada Estado. Asimismo, dicha ley debe ser dictada por razones de interés general, “concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático”, cuyo fin principal es “la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”.⁵³³

El artículo 7 de la Constitución Política, otorga a los convenios internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, un rango incluso superior a las leyes. A raíz de ello, resulta necesario analizar el principio de reserva de ley desde lo dispuesto por la normativa internacional aplicable en Costa Rica. Específicamente, el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece los requisitos esenciales para limitar algún derecho fundamental. Disponiendo también la obligatoriedad por parte del Estado, de realizar cualquier limitación de derechos mediante la emisión de ley formal y cuyo fin obedezca al interés general. Lo anterior,

⁵³¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta judicial facultativa: voto 01465-2001 del 21 de febrero de 2001, 14:36 horas (expediente 00-009923-0007-CO).

⁵³² Poder Legislativo, “Ley 6227 General de la Administración Pública: 02 de mayo de 1978 “: artículos 19 y 124, SINALEVI (consultado 02 de octubre, 2020).

⁵³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva: La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay: OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

para que dicha limitación sea considerada legítima desde el punto de vista del Derecho de la Constitución.⁵³⁴

En relación con lo anterior, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a través del voto 1147-90, emite una interpretación sobre el artículo 7 de la Constitución Política y la opinión consultiva OC-6/86 del 09 de mayo de 1986 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la cual indica lo siguiente,

En realidad, no se ignora que el de jubilación, como cualquier otro derecho, está sujeto a condiciones y limitaciones, pero unas y otras solamente en cuanto se encuentren previstas por las normas que las reconocen y garantizan y resulten, además, razonablemente necesarias para el ejercicio del derecho mismo, de acuerdo con su naturaleza y fin. Esto no es otra cosa que expresión de un conocido principio del Derecho de los Derechos Humanos, que puede denominarse de proporcionalidad, y que se recoge, en general, como condición sine qua non de las limitaciones y restricciones a tales derechos autorizadas excepcionalmente por los propios textos que los consagran; principio que se encuentra enumerado, por ejemplo, en los artículos 29.2 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁵³⁵

También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado indicando que los Estados deben ajustar sus actuaciones a la Convención Americana De Derecho Humanos y a los principios allí contenidos. Esta temática fue tratada en la sentencia Radilla Pachecho vs. México. Estableciendo lo siguiente,

Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención

⁵³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva: La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay: OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

⁵³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 1147-1990 del 21 de septiembre de 1990, 16:00 horas (expediente 90-000208-0007-CO).

Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención.⁵³⁶

La Sala Constitucional en el voto 2448-2006, analiza el principio de reserva de ley en relación con la restricción de los derechos fundamentales, señalada en el artículo 28 constitucional. Enunciando cuatro corolarios que se deben seguir al momento de limitar legítimamente una libertad fundamental,

- a.) El principio mismo de «reserva de ley», del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;
- b.) Que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su «contenido esencial»;
- c.) Que ni aún en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial;

⁵³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 23 de noviembre, 2009, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.doc

d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley (...).⁵³⁷

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido expresamente que, en ocasión del artículo 28 de la Constitución Política, así como los principios de reserva de ley y de libertad. La capacidad reglamentaria de la Administración Judicial se encuentra limitada en el siguiente sentido,

Esta norma, vista como garantía implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2, el cual crea, así, una verdadera "reserva constitucional" en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público. La inmediata consecuencia de esto es que, si bien existe una potestad o competencia del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público, o perjudiquen los derechos iguales o superiores de terceros; sin embargo, como ya lo había dicho la Corte Plena en el fallo citado, **no es cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas** dentro de las excepciones previstas por dicho artículo 28, **sino únicamente las normativas con rango de ley**, excluyéndose así, expresamente, los "decretos" o "decretos reglamentarios" dictados por el Poder Ejecutivo, y los "reglamentos autónomos", dictados por el mismo Poder Ejecutivo o por las entidades descentralizadas para la autorregulación de sus funciones, o servicios, lo mismo que por cualquier otra norma de igual o menor jerarquía.⁵³⁸ (El resaltado no es del original).

⁵³⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 2448-2006 del 24 de febrero de 2006, 08:59 horas (expediente 04-008099-0007-CO).

⁵³⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 09255-2004 del 25 de agosto de 2004, 16:03 horas (expediente 03-007301-0007-CO).

Así, el principio de reserva de ley se trata de una garantía normativa a favor de las personas, según la cual solamente la Asamblea Legislativa, representante de la voluntad del pueblo soberano, depositada mediante el sufragio, es competente para adoptar medidas generales que restrinjan el disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales. A través, de un acto legislativo revestido de la ritualidad y la publicidad propia de la ley formal. Por esto, este principio reviste una garantía a la libertad de los ciudadanos; así lo ha señalado la Sala Constitucional en el voto 09255-2004

De esta forma han sido tutelados diversos valores de rango constitucional, revistiéndolos con un fuero que los protege de la inestabilidad propia de las decisiones políticas unilaterales. Se busca así, de asegurar que aquellas normas que restrinjan el ejercicio de derechos de las personas, sean producto de consensos en el seno de la sociedad, plasmados mediante la superación de todos los requisitos previstos para la creación de la Ley formal.⁵³⁹

Con respecto a la creación de un registro de perfiles de ADN con fines forenses, el mismo incide en los derechos fundamentales de los titulares de los datos genéticos y muestras biológicas almacenadas. Lo anterior, toda vez que, en una sociedad democrática, esto significa una limitación principalmente a los derechos a la intimidad y la autodeterminación informativa de los sujetos cuyos datos personales que están siendo tratados con fines penales y humanitarios, por parte de las autoridades judiciales.⁵⁴⁰ En este orden de ideas, la Sala Constitucional ha manifestado en la resolución 04623-2016,

(...) En este contexto, la acumulación de una cantidad importante de información por parte de la Administración Pública -incluida la Administración de Justicia-, impacta muchas veces, aspectos relevantes y sensibles de la vida de las personas e impone someter el proceso de administración de esos datos a los principios jurídicos que regulan la materia, con el fin de armonizar el cumplimiento de los fines públicos y

⁵³⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 09255-2004 del 25 de agosto de 2004, 16:03 horas (expediente 03-007301-0007-CO).

⁵⁴⁰ Rodolfo Herrera Bravo, “*Los registros de ADN y los derechos constitucionales: ¿Cómo esquilmar sin despellejar?*”, Revista Foro Jurídico, No. 03, (2004): 105-114, consultado 26 de julio, 2019, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18343/18586>

el ejercicio de los derechos fundamentales de los usuarios y de los titulares de los datos, particularmente, tratándose de información sensible. Precisamente, por lo anterior, **la información sólo puede ser obtenida, tratada y utilizada de forma lícita**, ya sea con **previa autorización del titular o mediante mandato legal**, máxime en tratándose de información sensible. Por lo anterior, los sistemas judiciales - y por ende los datos que se recaben- deben ajustarse al alcance y finalidades que se procure conseguir.⁵⁴¹ (El resaltado no es del original).

En el año 2011 el magistrado Fernando Cruz Castro, había analizado la necesidad de respetar el principio de reserva de ley en cuanto a cualquier limitación legítima a los derechos que poseen los individuos sobre sus datos personales y al manejo que se le dé a los mismos. Indicando que,

(...) en el tema de la autodeterminación informativa existe un verdadero “derecho natural” en el que se desarrollan las relaciones entre los individuos y el desarrollo de las herramientas de las tecnologías de la información y la comunicación; la intervención de la Sala Constitucional en cada uno de los casos, sólo aminora la anomia que prevalece en la autodeterminación informativa. Debería evolucionar hacia un régimen de garantías, que ofrezca a los ciudadanos la seguridad de que sus datos sensibles, así como el perfil que define su intimidad, sean tratados dentro de un marco consecuente con su sensibilidad y vulnerabilidad. **El principio de reserva de ley constituye una garantía frente a todo acto que incide en cualquier derecho fundamental, pero adquiere una relevancia especial cuando se trata de la autodeterminación informativa. En virtud de aquél, todo acto de acopio, sistematización y transferencia de datos personales, sólo puede tener lugar en los supuestos previstos por la Ley, conforme a las condiciones y garantías que en ella se defina. Como reflejo de esta exigencia, sólo puede acopiarse y elaborarse un dato personal si**

⁵⁴¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 004623-2016 del 6 de abril de 2016, 09:00 horas (expediente 14-017016-0007-CO).

así lo autoriza una ley. El principio de legalidad, por su condición de tal, excluye actuaciones de tal naturaleza, ya que ellas terminarían eliminando la finalidad garantista de este principio. Resulta constitucionalmente más adecuado para una mejor garantía de la autodeterminación informativa, que el régimen de su desarrollo y limitación esté reservado a la Ley.⁵⁴² (El resaltado no es del original).

Aunado a lo anterior, la utilización de la base de datos de ADN en estudio se encuentra mayormente destinada a la finalidad pública de la persecución penal. Resulta necesario que esta materia se encuentre regulada por una disposición legal. Así lo ha manifestado también la Sala Constitucional en el voto 02805-1998. El cual indica,

El procedimiento "acusatorio", bajo cuya influencia se estructura nuestro actual Código Procesal Penal y que se le considera permeado por los principios constitucionales de la forma de gobierno democrática y de Estado de Derecho, de manera que la propia y más calificada doctrina moderna sobre el Derecho procesal penal, afirma que la necesaria "división del procedimiento penal" en varias fases, bajo el dominio de órganos distintos, corresponde a la básica idea de la teoría de la división de poderes, teoría que permite que el legislador independiente pueda introducir en la investigación y en el enjuiciamiento las "formas legales" garantizadoras, que transforman el sospechoso de mero objeto de investigación, bajo el imperio del Ejecutivo, en un sujeto del procedimiento judicial. Este principio, sin embargo, no implica el funcionamiento de cada órgano judicial en forma independiente, sino controlándose mutuamente e imponiéndose límites. La condición de Estado de Derecho supone que **la investigación de un hecho delictivo se realice en estricta observancia a las disposiciones legales que norman la actividad de los órganos del Estado intervinientes en el proceso y que además, se respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos.** Una investigación y una

⁵⁴² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 07297-2011 del 03 de junio de 2011, 09:00 horas (expediente 11-005605-0007-CO).

persecución eficiente y efectiva de un hecho delictivo por parte de los órganos del Estado, a los que se ha encomendado esa función, es un principio de relevancia constitucional ínsito en el principio de paz social y seguridad jurídica, y es por ello que **resulta de trascendental importancia que los órganos actúen dentro de los cánones de constitucionalidad y legalidad dispuestos.**⁵⁴³ (El resaltado no es del original).

En igual sentido, el Código de Ética del OIJ que regula sin excepción a todos sus servidores y servidoras; indica que las actuaciones de sus órganos -entre los cuales se incluye el Departamento de Ciencias Forenses como ente encargado de la administración de la base de datos de perfiles genéticos en estudio-, deben de someterse a los principios de objetividad, legalidad y respeto a la dignidad humana.⁵⁴⁴ Por consiguiente, deben desarrollar las diligencias de investigación, que signifiquen una intervención a derechos fundamentales de las personas investigadas; acorde con los principios señalados en la Constitución Política y la ley.⁵⁴⁵

A nivel legal, el artículo 8 de la Ley 8968 en concordancia con el numeral 14 de su reglamento ejecutivo 37554-JP. Establece una lista *numerus clausus*, de los supuestos en los cuales de manera excepcional es posible limitar legítimamente el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa -incluido dentro de este la garantía del consentimiento informado-. Siendo uno de ellos, cuando se persiga el fin de “prevención, persecución, investigación, detención y represión de las infracciones penales, o de las infracciones de la deontología en las profesiones”. Pero recalca que los casos y los alcances en los cuales se aplicará dicha medida deben ser

⁵⁴³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de habeas corpus: voto 02805-1998, 27 de abril de 1998, 17:30 horas (expediente 98-002595-0007-CO).

⁵⁴⁴ Poder Judicial, “Reglamento 28 Código de Ética para el Organismo de Investigación Judicial: 13 de octubre de 2005” Boletín Judicial No. 207 (27 oct., 2005): artículo 04, SINALEVI (consultado 25 de agosto, 2019).

⁵⁴⁵ *Ibid.*, artículo 14.

establecidos en el contenido de una ley justa, razonable y acorde con al principio de transparencia de la Administración Pública frente a los administrados.⁵⁴⁶

Respecto al tratamiento de los datos genéticos, como lo ha señalado el Derecho Internacional su regulación se encuentra inexorablemente relacionada con los Derechos Humanos, por lo que debe contemplarse en la ley. Así lo recalca Sala Constitucional en el voto 1668-2010, al referirse a las prácticas de experimentación relacionada con la información genética y la tutela que debe tener,

(...) en reiterada jurisprudencia se ha considerado que el régimen de derechos humanos y libertades fundamentales es materia de reserva de ley, por esta razón un tema como la experimentación con seres humanos que incluye derechos tan esenciales e importantes como la vida, la salud, la dignidad, la intimidad de los seres humanos, exige su regulación mediante una ley, no solo porque se encuentra previsto dentro del sistema de libertad que garantiza el artículo 28 de la Constitución Política, sino que además se trata de un principio material que forma parte del régimen democrático, condición que le da un rango intrínsecamente fundamental (ver en este sentido, sentencias número 2002-01764, 2008-017305, 2009-13605). (...) la trascendencia de los derechos fundamentales del involucrado en esta materia obliga a que su regulación deba de ser por ley y no mediante un reglamento.⁵⁴⁷

En ocasión de lo anterior, siendo que los datos de ADN son reveladores de la información personal, pues a través de ellos se logra identificar de forma inequívoca a un sujeto, extraer rasgos sobre su personalidad y herencia. Resulta necesario que esta materia se encuentre sometida al principio de reserva de ley,⁵⁴⁸ pues las tecnologías modernas permiten un procesamiento y transmisión de estos datos almacenados, de forma fluida y veloz; lo cual genera graves afectaciones a los

⁵⁴⁶ Poder Legislativo, Ley 8968 Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales: 07 de julio de 2011” La Gaceta No. 170 (05 sept., 2011): artículo 8 inciso c), SINALEVI (consultado 02 de octubre, 2020).

⁵⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta judicial facultativa: voto 01668-2010 del 27 de enero de 2010, 15:12 horas (expediente 03-005236-0007-CO).

⁵⁴⁸ Carlos Romeo Casabona y Sergio Romeo Malanda, *Identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, (Navarra, España, Editorial ARANZADI, 2010), 159-161.

derechos fundamentales de las personas involucradas, si no se establece el debido control y protección jurídica.⁵⁴⁹

Por ello, la creación de una base de datos de ADN forense debe de pasar por un debate amplio y sustanciado del Poder Legislativo, en el cual se logre determinar los lineamientos de su implementación: el tipo de datos personales que pueden ser procesados, la finalidad del procesamiento, el modelo de funcionamiento, ya sea los supuestos en los cuales se puede registrar, transmitir o eliminar dicha información sensible; y sobre todo la fundamentación justa y necesaria por medio de la cual se van a restringir ciertas garantías del derecho fundamental a la autodeterminación informativa de los titulares de los datos genéticos -mayormente en el caso del imputado, quien es el sujeto procesal más afectado por esta medida-.

Pero en Costa Rica dicha discusión no se realizó en el Plenario legislativo, sino que la misma se llevó a cabo a lo interno del Poder Judicial. Institución que decidió de manera unilateral los casos y los alcances en los cuales se utiliza este fichero informático con fines criminales y humanitarios; así como las limitaciones a diversos derechos fundamentales de los involucrados. Además, el Acta administrativa de Corte Plena mediante la cual se aprobó, se dio a conocer a través de una circular que fue publicada en el Boletín Judicial y no en el Diario Oficial La Gaceta. Lo cual resulta contrario a lo indicado por la Sala Constitucional,

(...) con base en el principio de reserva de ley, **una norma reglamentaria no puede regular materia destinada con exclusividad a la ley formal**, como lo es toda aquella relativa al goce de los derechos fundamentales. (...) Es así, como **un reglamento no puede limitar o disminuir la protección de un derecho constitucional** (...) cuando ya existe una Ley que regula el tema, **teniéndose que su variación está reservada exclusivamente a la Asamblea Legislativa, mediante el**

⁵⁴⁹ Vanessa Morente Parra, “Derechos fundamentales y protección de datos genéticos”, Revista del Insituto Bartolomé de las Casas, No. 18, (2008): 200, consultado 26 de julio, 2019, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8377/DyL-2008-18-DerechosMorente.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

procedimiento constitucionalmente establecido.⁵⁵⁰ (El resaltado no es del original).

En relación con el Derecho Internacional, el principio de reserva de ley es desarrollado en diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos que resultan de aplicación obligatoria para el gobierno costarricense. Los cuales, detallan los alcances de este principio y su injerencia en la decisión de la Administración Pública para limitar de manera legítima los derechos a los ciudadanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos aborda la reserva de ley en cuanto a la limitación de derechos fundamentales, en su artículo 29. Al señalar “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 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 en una sociedad democrática”.⁵⁵¹ Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 4 que el Estado de manera legítima, puede someter limitaciones al ejercicio de derechos a sus ciudadanos. Siempre que se realice únicamente por ley, en la medida que resulten compatibles con la naturaleza de esos derechos y con exclusivo objeto de promoción del bienestar general en una sociedad democrática.⁵⁵²

Lo cual es acorde con lo dispuesto en la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos. Estableciendo que, “cuando se recolecten datos genéticos humanos (...) con fines de medicina forense o como parte de procedimientos civiles o penales (...), la extracción de muestras biológicas, (...) sólo debería efectuarse de

⁵⁵⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 8409-2011 del 28 de junio de 2011, 14:31 (expediente 07-005934-0007-CO).

⁵⁵¹ Organización de las Naciones Unidas, “*Declaración Universal de Derechos Humanos*”. 23 de febrero de 1970, <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20los,historia%20de%20los%20derechos%20humanos.&text=La%20Declaraci%C3%B3n%20establece%2C%20por%20primera,a%20m%C3%A1s%20de%20500%20idiomas>. (consultado 25 de agosto, 2019).

⁵⁵² Organización de las Naciones Unidas, “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”: 16 de diciembre 1966, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (consultado 25 de agosto, 2019)

conformidad con el derecho interno, compatible con el derecho internacional”.⁵⁵³ Siendo así, la creación de una base de datos de ADN por parte del Estado para perseguir diversas finalidades públicas, debe respetar este principio.

En la región europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 8.2 establece que no puede existir injerencia alguna de la autoridad pública en el ejercicio al derecho a la vida privada; en tanto ésta no esté prevista por una ley. Además, que dicha limitación debe justificarse mediante una causa legítima y de relevancia social, indicando como una de estas “la protección de la seguridad pública y la prevención de infracciones penales”.⁵⁵⁴

En este sentido, la directiva 95/46 del Parlamento Europeo que tiene por objetivo actualizar los mecanismos existentes para la tutela de la protección de datos frente a la era digital. Estable que, los Estados deben de cumplir con una serie de principios rectores y normas reconocidas por el Derecho Internacional para garantizar la efectiva protección de los datos personales. Uno de los más importantes es el principio de legalidad, pues estos solo pueden ser recopilados y tratados solamente respetando la legislación nacional aplicable, los derechos y libertades de las personas.⁵⁵⁵

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha establecido en su jurisprudencia ciertas condiciones por cumplir para la imposición de limitaciones a los derechos. En el caso *Klass y otros contra Alemania*, indican la necesidad de una previsión legal para poder restringir de forma legítima el goce de un derecho. Asimismo, se establece que las medidas deben ser necesarias en una sociedad

⁵⁵³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 12, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 28 de abril, 2020).

⁵⁵⁴ Consejo de Europa. “Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: 04 de noviembre de 1950”, artículo 8.2, https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf (consultado __ de octubre, 2020).

⁵⁵⁵ Dante Mauricio Negro Alvarado, “Hacia un marco normativo en las Américas en materia de protección de datos personales”. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. No. IX-1, (2014): 5, consultado 23 de abril, 2020, https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/*/%22datos+sensibles%22/WW/vid/550006518

democrática para la seguridad nacional, la defensa del orden o la prevención de las infracciones penales.⁵⁵⁶

También, en el caso *S. y Marper* contra Reino Unido, indicó que el almacenamiento de perfiles de ADN constituye una restricción a derechos fundamentales como la intimidad. Esto por la información sensible que puede brindar la huella genética. Por ende, su uso puede ser legítimo siempre y cuando se cumplan tres requisitos. Que la medida se encuentre prevista legalmente, se persiga una finalidad legítima y que resulte proporcional.⁵⁵⁷

En general, la aplicación forense de las técnicas de ADN comporta una injerencia de elevada intensidad en determinados derechos humanos -que son ampliamente desarrollados en el siguiente capítulo-. Por esta razón, resulta aplicable el principio de reserva de ley, ya que toda medida que pretenda utilizar los resultados de muestras de ADN bajo estos registros informáticos, con la finalidad de esclarecer e investigar un hecho punible, tiene que encontrarse prevista legalmente. Siendo ello, una garantía de resguardo de los ciudadanos frente a la injerencia estatal en su esfera íntima, que pretende evitar abusos.⁵⁵⁸

C. Principio de legalidad

En el ordenamiento jurídico costarricense este principio se encuentra contemplado en el artículo 11 de la Constitución Política. El cual dispone que los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas por ella.⁵⁵⁹ Sobre este asunto, la Sala Constitucional en el voto 1998-00440, manifestó,

⁵⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Klass y otros vs. Alemania*, sentencia del 06 de septiembre de 1978, <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/55425/1/34198-95543-1-PB.pdf>

⁵⁵⁷ Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Caso *S. y Marper vs. Reino Unido*, sentencia del 04 de diciembre de 2008, <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/46194/27689>

⁵⁵⁸ Edmundo Hernández Hernández, "La aplicación de los análisis de ADN en el proceso penal" (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Área Académica de Derecho y Jurisprudencia, 2007), 54.

⁵⁵⁹ Asamblea Constituyente, "Constitución Política: 08 de noviembre de 1949": artículo 11, SINALEVI (consultado 02 de octubre, 2020).

En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto. En nuestra Constitución Política, el principio general de legalidad está consagrado en el artículo 11, y resulta, además, del contexto de éste con el 28, que recoge el principio general de libertad -para las personas privadas- y garantiza la reserva de ley para regularla, con el 121, especialmente en cuanto atribuye a la Asamblea Legislativa competencias exclusivas para legislar (incisos 1º, 4º y 17), para crear tribunales de justicia y otros organismos públicos (incisos 19 y 20) y para disponer de la recaudación, destino y uso de los fondos públicos (incisos 11, 13 y 15); potestades que no pueden delegarse ni, por ende, compartirse con ningún otro poder, órgano o entidad (artículo 9º), y que generan consecuencias aún más explícitas como las que se recogen en la Ley General de la Administración Pública, principalmente en sus artículos 5º y 7º -que definen las jerarquías normativas-, 11 -que consagra el principio de legalidad y su corolario de regulación mínima-, 19 y 59.1 -que reafirman el principio de reserva de la ley para régimen de los derechos fundamentales y para la creación de competencias públicas de efecto externo-. Téngase presente, asimismo que en Costa Rica tal reserva de ley está confinada a la ley formal emanada del órgano legislativo, por estar prohibida constitucionalmente toda delegación entre los poderes públicos (art. 9º), haciendo así

impensables los actos con valor de ley, por lo menos en situaciones de normalidad.⁵⁶⁰

En dicho voto la Sala Constitucional realiza un análisis relacional del principio de legalidad y el requisito de reserva de ley. Estableciendo que solo mediante la ley formal emitida por la Asamblea Legislativa, el Estado puede crear de manera legítima medidas que limiten libertades o derechos de los ciudadanos, con el propósito de garantizar el idóneo y efectivo ejercicio de sus competencias.

En este sentido, la Procuraduría General de la República indica que, los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa desde luego el sometimiento a la Constitución y a la ley, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como "el principio de juridicidad de la Administración". En este sentido es claro que, frente a un acto ilícito o inválido, la Administración tiene, no solo el deber sino la obligación, de hacer lo que esté a su alcance para enderezar la situación. Siendo evidente que, el Estado incluido el Poder Judicial, debe sujetar necesaria e imperiosamente su actuación al bloque de legalidad. Entendido este como todo el ordenamiento jurídico y no solo a la ley formalmente emanada de la Asamblea Legislativa. Lo cual significa que la Administración Pública en sentido amplio, requiere de una habilitación del ordenamiento para actuar.⁵⁶¹

D. Principio de la proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es otro requisito que se debe tomar en cuenta ante cualquier medida limitadora de derechos fundamentales. Este principio establece principalmente que las limitaciones que se impongan mediante una ley deben ser idóneas, adecuadas y necesarias para conseguir el fin planteado y su injerencia en el

⁵⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta judicial preceptiva: voto 00440-1998 del 27 de enero de 1998, 15:27 horas (expediente 97-008755-0007-CO).

⁵⁶¹ Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica OJ-103-2000 del 18 de septiembre de 2000, SINALEVI, (consultado el 03 de octubre, 2020).

goce de los derechos fundamentales en cuestión, debe ser mínima al ponderar los bienes jurídicos en juego.⁵⁶²

A la luz de este principio, los fines legítimos por los cuales se permite recabar, almacenar y tratar de manera automatizada los datos personales, deben estar determinados y explicitados en una ley. De manera que, una vez utilizados para la finalidad legal para la que hubiesen sido recabados no puedan ser reutilizados para el cumplimiento de objetivos distintos a aquellos para los que se solicitaron y registraron. Debiendo ser cancelados y no pudiendo conservarlos durante más tiempo del necesario que permita la identificación de la persona de interés.⁵⁶³

La Sala Constitucional ha establecido que, en cuanto a la limitación de derechos fundamentales se debe respetar el principio de razonabilidad o proporcionalidad. El cual indica que las leyes para su validez, no solamente deben ser acordes con los preceptos constitucionales, sino también al sentido de justicia contenido en ella. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado los componentes que conforman el principio de proporcionalidad y lo dividen en tres subprincipios o requisitos distintos.

El primer requisito es la idoneidad, el cual “indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido”. El segundo es la necesidad, el cual hace referencia a “que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona”. Por último, se encuentra la proporcionalidad en sentido estricto, que dispone “aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al

⁵⁶² Hugo Tórtora Aravena, “Las limitaciones a los derechos fundamentales”. *Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, No. 2, (2010): 184, consultado 28 de julio, 2019, <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/183/171>

⁵⁶³ Ana Garriga Domínguez, “Una nueva exigencia de la libertad: la protección de los datos personales sensibles”, *Revista Derecho*, Vol. 9, No. 2, (2000): 61 consultado 04 de octubre, 2020, https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7718/pg_051-084_dereito92.pdf?sequence=1&isAllowed=y

individuo”.⁵⁶⁴ En ese mismo sentido, la Sala Constitucional en el voto 19030-2018 ha indicado lo siguiente,

En consecuencia, cuando de restricción de determinados derechos fundamentales se trata, el principio de proporcionalidad impone el deber que dicha limitación se encuentre justificada por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad. Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que de mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo, algunos de estos, cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión (...).⁵⁶⁵

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, “nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone (...) de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad”.⁵⁶⁶ Sin embargo, el hecho que los derechos puedan ser limitados por el interés general, no significa que éste sea superior a los derechos y la dignidad de la

⁵⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta judicial facultativa: voto 01465-2001 del 21 de febrero de 2001, 14:36 horas (expediente 00-009923-0007-CO).

⁵⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 19030-2018 del 14 de noviembre de 2018, 17:15 horas (expediente 14-014251-0007-CO).

⁵⁶⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acciones de inconstitucionalidad: voto 08858-1998 del 15 de diciembre de 1998, 16:33 horas (expediente 97-004250-0007-CO).

persona involucrada. Solamente implica que los derechos pueden restringirse excepcionalmente, en atención del interés colectivo. Además, las restricciones deben ser establecidas en términos generales, de manera que no conlleven cargas particulares contrarias a la igualdad.⁵⁶⁷

Por ende, en esta materia resulta necesaria una reflexión que corresponde al legislador. Pues al realizar un correcto planteamiento y resolución del principio de proporcionalidad, debe deducir el ámbito general de aplicación la base de datos de perfiles ADN y su intensidad en la intromisión o restricción de los derechos fundamentales de los sujetos intervinientes en los procesos judiciales.⁵⁶⁸

El principio de proporcionalidad resulta un criterio de especial relevancia tanto en el Derecho Procesal Penal como el Derecho Penal. Debido a que, no solo es indispensable su observancia al momento de determinar el alcance y duración de las penas. Sino que, previamente, a lo largo de todo el proceso, el mismo resulta una garantía esencial. Especialmente cuando se procede a la adopción de medios probatorios.⁵⁶⁹ Siendo que, es el instrumento que actúa como límite al ente acusatorio al llevar a cabo el juicio de ponderación de intereses, al producirse una colisión entre dos valores del ordenamiento jurídico.

El subprincipio de idoneidad exige que toda medida de intervención en derechos fundamentales tenga un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea para la obtención del mismo. En relación con las bases de datos de ADN con fines forenses, la normativa que la regule debe perseguir un fin legítimo, como lo es la investigación y persecución de hechos delictivos. Siendo el análisis de ADN una medida idónea para ello, dado que es factible que en la escena del crimen o en el cuerpo de la ofendida se encuentre ADN que facilite la identificación del autor de los

⁵⁶⁷ Tórtora Aravena, Hugo. "Las limitaciones a los derechos fundamentales". Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, No. 2, (2010): 182, consultado 04 de octubre, 2020, <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/183/171>

⁵⁶⁸ Carlos Romeo Casabona y Sergio Romeo Malanda, *Identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, (Navarra, España, Editorial ARANZADI, 2010), 159-161.

⁵⁶⁹ María Victoria Álvarez Buján, "Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica" (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, 2018), 190.

hechos. Sin embargo, la determinación de la idoneidad de la prueba debe ser considerada por la autoridad jurisdiccional según el caso concreto.⁵⁷⁰

Por su parte, se debe determinar si esta medida de investigación, resulta necesaria para alcanzar la finalidad propuesta, porque no existe ninguna otra medida menos lesiva. Debido a que, “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”.⁵⁷¹

Por lo que, la inscripción y tratamiento automatizado de perfiles genéticos en una base de datos de ADN, solamente debe ordenarse cuando sea indispensable, en razón que no hay otro medio probatorio para determinar el objetivo procesal pretendido. Pues las pericias de ADN como toda medida limitadora de derechos fundamentales, no deben realizarse, automáticamente o por defecto; sólo pueden ser válidamente practicadas cuando no exista otra medida o diligencia menos gravosa para los derechos de la persona afectada y mediante la cual se permita lograr el mismo objetivo.⁵⁷² Por cual esta medida no podrá ser implementada si es posible obtener mediante cualquier otro medio, la identificación criminal que permita al ente acusatoria avanzar en la investigación del encartado, para llegar a sostener una acusación en su contra y destruir la presunción de inocencia.

Igualmente, para establecer si una medida restrictiva es proporcional en sentido estricto, es necesaria la realización de un juicio de ponderación entre los intereses que entran en conflicto. Así se ha de valorar el interés del sujeto investigado y el interés del Estado en cuanto a la persecución penal; pudiendo imponer la aplicación de la medida cuando es preponderante el interés de la Administración de Justicia en aumentar las posibilidades de éxito en la investigación penal, que llegara a concretarse en la posible imposición de una pena.

⁵⁷⁰ María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica” (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, 2018), 204.

⁵⁷¹ *Ibid.*, 205.

⁵⁷² *Ibid.*, 356.

Por ello, resulta exigible al individuo su sometimiento a esta diligencia de investigación, si de la medida derivan más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre los bienes o intereses particulares. Es decir, que la diligencia de investigación, “aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que se imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes”.⁵⁷³

En ocasión de lo anterior, es importante que se disponga la utilización de la base de datos de ADN y el tratamiento automatizado de los perfiles genéticos contenidos, según la gravedad delictiva de los hechos investigados. Pues, debido a la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, es necesario que, “la información que se pretenda obtener con la misma guarde relación o no exceda de los límites del hecho punible investigado, en cuyo caso la medida resultará claramente desproporcionada y vulnerará (...) otros derechos fundamentales afectados”.⁵⁷⁴ Por esto, también resulta necesario que la información genética recabada sea meramente identificativa. Sin que se recaben otros datos de índole sensible, como los recolectados de la sección codificante del ADN. En este sentido, la directiva 95/46 del año 2010 del Parlamento Europeo señala que los datos personales objeto de tratamiento deben ser solamente los necesarios y adecuados para el fin para el que se recogieron.⁵⁷⁵

De igual manera, acorde con el principio de proporcionalidad, los perfiles genéticos y el material biológico deben almacenarse por un período limitado, el cual se ha señalado que es el necesario para cumplir con la finalidad perseguido. Por lo que estos deben eliminarse cuando dejen de ser necesarios.⁵⁷⁶ Sobre esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que la conservación indefinida de datos

⁵⁷³ María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica” (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, 2018), 207.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, 208.

⁵⁷⁵ Parlamento Europeo, “Directiva 95/46/CE Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”: 24 de octubre de 1995, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN> (consultado 04 de octubre, 2020).

⁵⁷⁶ Dante Mauricio Negro Alvarado, “Hacia un marco normativo en las Américas en materia de protección de datos personales”. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. No. IX-1, (2014): 5, consultado 05 de octubre, 2020, https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/*/%22datos+sensibles%22/WW/vid/550006518

de ADN de quien ha sido absuelto en un procedimiento penal resulta estigmatizante, puesto que recibe el mismo tratamiento que el condenado. Esto provoca un trato desigual en las personas sometidas a un proceso judicial.⁵⁷⁷

Con respecto a la valoración y cumplimiento del principio a la proporcionalidad para regular y crear una base de datos de ADN, este le corresponde al órgano legislativo, pues debido a lo invasivo que resulta el almacenamiento de información genética en un fichero de este tipo, la ley formal es la que debe establecer su ámbito de aplicación y la intensidad en la restricción de los derechos fundamentales.⁵⁷⁸ También, la normativa que regule dicho fichero, debe contener la limitación de contemplar solamente la utilización de los marcadores identificatorios (ADN no codificante)⁵⁷⁹ y de restringir el almacenamiento de la muestra biológica, pues allí se encuentra el mapa genético completo del individuo.

Por todo ello, la aplicación de esta medida de investigación limitativa de los derechos fundamentales, debe estar prevista en la ley, que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo y adoptada en el proceso penal mediante resolución judicial motivada.⁵⁸⁰ Este último principio será abordado en el siguiente apartado.

E. Principio de control o reserva judicial

Antes de abordar el principio de control judicial, resulta prudente establecer el motivo por el cual cobra importancia el respeto a este principio rector. Tal como se desarrollará de manera amplia en apartados posteriores, el tratamiento automatizado de datos sensibles en una base de datos de ADN tiene una injerencia importante en

⁵⁷⁷ Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Caso S. y Marper vs. Reino Unido, sentencia del 04 de diciembre de 2008, <https://recyt.fecyt.es/index.php/RDCE/article/view/46194/27689>

⁵⁷⁸ Carlos Romeo Casabona y Sergio Romeo Malanda, *Identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, (Navarra, España, Editorial ARANZADI, 2010), 160.

⁵⁷⁹ Jaime Moreno Verdejo, *ADN y proceso penal análisis de la reforma operada por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, Estudios Jurídicos, No. 2004, (2004): 1825.

⁵⁸⁰ Lorena Donoso Abarca, *“Bases de datos de adn para identificación criminal”*, Enciclopedia de Bioderecho Bioética, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, consultado 05 de octubre, 2020, <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/25>

la identidad personal, la intimidad genética y autodeterminación informativa de las personas involucradas.

Por lo que, al ser un medio de prueba que vulnera derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Solo podría ordenarse la recolección, introducción y tratamiento de un perfil genético en una base de esta índole, mediante una resolución judicial debidamente fundada y motivada. Esto para velar por la proporcionalidad de la aplicación de la medida. Siendo que este es “el único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la Constitución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y de bienes constitucionales en pugna”.⁵⁸¹ En esta resolución el juez de garantías está obligado a justificar la razón y necesidad de almacenar el perfil genético de una parte del proceso para esclarecer investigaciones posteriores, ponderando así el interés social por sobre los derechos fundamentales afectados.⁵⁸²

Según el Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, que regula la base de datos de ADN. Este fichero solamente debe de utilizarse en los casos criminales, para registrar información de los imputados mayores de edad sometidos a investigaciones penales y condenados, por delitos graves con penas mayores de más de 5 años, con algunas excepciones allí establecidas. No obstante, actualmente son los peritos judiciales de la sección de Bioquímica los que deciden con base en la calificación legal inicial -que la Policía Judicial o el Ministerio Público le otorgan al hecho investigado-, que consta en la solicitud de dictamen pericial; si almacenan y tratan un perfil genético de un imputado en la categoría del “Archivo penal” de la base de datos. Así fue referido por la perito judicial Anayanci Rodríguez Quesada en la entrevista realizada

(...) normalmente vieras que el asunto es complicado. Porque digamos aquí viene robo y bueno hay varias clasificaciones de robo, y no sabemos si hay una que tenga menos de cinco años, digamos que sea

⁵⁸¹ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 129-130.

⁵⁸² Laura Adriana Alvarelos, *Identificación humana y bases de datos genéticos*, (Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009), 74-75.

una pena menor. Entonces cuando tenemos duda mandamos a preguntar que condena tiene eso o buscamos en Sinalevi, a ver qué condena tiene. (Depende de la clasificación con la que venga). (...) Menores de edad no. La duda que tenemos, no sé si ustedes nos pueden ayudar con eso, lo que pasa a veces es que el imputado cometió el delito siendo menor de edad, pero como que nunca lo encontraron o no sabemos que pasa, entonces cuando viene aquí ya tiene veinte años. Entonces uno dice, este lo puede agregar o no, porque ya tiene veinte años cuando vino a hacerse la toma de muestra. Pero siempre nos ha surgido esa duda.⁵⁸³

Esto denota una gran falencia en el control de la información personal de carácter sensible que se permite que sea almacenada y procesada en dicha base de datos. Pues los peritos judiciales de esta Sección no cuentan con un conocimiento jurídico suficiente para comprender con rigor y precisión la calificación legal inicial de los hechos investigados. Por lo cual esta intervención errada en esa etapa procesal, vulnera los derechos fundamentales de los sujetos sometidos a dicha medida.

En ocasión de la carencia de competencia profesional y técnica para realizar una adecuada subsunción de los hechos investigados en los tipos penales; resulta necesaria la participación y tutela del Juez de garantías para la adecuada implementación de este medio de prueba en el proceso penal. Pues este es quien debe realizar con anterioridad el análisis jurídico y fundamentar la adecuación del ilícito investigado a un determinado tipo penal, así como determinar si este se encuentra dentro de los supuestos, por medio de los cuales se autoriza legalmente el ingreso de su información personal a la base de datos de ADN.⁵⁸⁴

Ello porque como se ha resaltado con anterioridad, esta es una medida que restringe derechos fundamentales. Así a la luz de lo estipulado en el artículo 277 del

⁵⁸³ Entrevista Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

⁵⁸⁴ María Casado y Margarita Guillen, ADN forense: problemas éticos y jurídicos: El conocimiento como premisa del consentimiento. Una visión crítica de la ley orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, (Barcelona, España: Publicaciones y Editoriales de la Universidad de Barcelona, 2014), 294.

Código Procesal Penal toda actuación que en el curso de una investigación penal genere restricciones o injerencias en los derechos fundamentales, debe ser autorizada por medio de una resolución judicial motivada dictada por el juez competente encargado del proceso. Lo cual demuestra el carácter de excepcionalidad de dichas medidas.⁵⁸⁵

Respecto a la participación del Juez de Garantías durante la etapa de investigación dirigida por el Ministerio Público, que tiene como finalidad esencial la recolección de los elementos de prueba que permitan fundar una acusación fiscal. La Sala Constitucional ha resaltado que existe una necesidad preponderante de tutela por parte del Juez de garantías durante esta etapa procesal,

(...) es posible definir cuatro actividades en esta etapa: las de investigación, decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento, anticipos de prueba y **las decisiones o autorizaciones que están vinculadas con los actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales**; la primera actividad, que se refiere a la investigación fiscal, está impregnada del principio de informalidad y su objetivo primordial es el de constatar la posible existencia del hecho punible y sus circunstancias, para establecer y asegurar los elementos probatorios indispensables que deberán ser evacuados en el juicio oral y público y para determinar la posible intervención del acusado, lo que se hace, entre otras normas, con fundamento en lo que señala el párrafo primero del artículo 290 del Código Procesal, al señalar que el Ministerio Público, **practicará las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional**. Esta idea es básica, puesto que la actuación fiscal **no es jurisdiccional y por ello el sistema se complementa con la intervención del juez**

⁵⁸⁵ Poder Legislativo, “Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998”. La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 277, SINALEVI (consultado 12 de octubre, 2020).

que vela por el respeto de los derechos y garantías de las partes.⁵⁸⁶

(El resaltado no es del original).

En igual sentido, la Sala Constitucional ha establecido que en ocasión de los principios que rigen el sistema procesal penal, se le otorga al juez penal -en el transcurso de la investigación-, una función de vigilancia, de control, de observancia y respeto a la ley y a los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso. La cual, resulta de relevancia en un sistema procesal que potencia la agilidad de los trámites con respeto a derechos fundamentales. Esta separación entre las funciones del Ministerio Público y la autoridad jurisdiccional durante la etapa preparatoria del proceso penal, determina que

(...) los representantes del Ministerio Público no tienen poderes decisorios, ni tienen capacidad para decretar, autónomamente, medidas que limiten, de alguna forma, derechos constitucionales fundamentales (libertad, intimidad, recepción de pruebas irreproductibles, etc.), reservándose esta materia a una autoridad judicial que será la que mantendrá un control sobre la investigación, protegiendo los derechos del acusado, sin comprometerse en la investigación del hecho denunciado", doctrina que desarrolla lo dispuesto en el artículo 277 del Código Procesal Penal.⁵⁸⁷

Siendo así, resulta necesario que las resoluciones que decreten esta práctica pericial, sean ineludiblemente motivadas, revistiendo, por consiguiente, la forma de autos y no de providencias. Esto en la medida en que suponen una limitación importante de derechos fundamentales, por cual el juicio jurisdiccional debe plasmarse en una decisión judicial que no sea de mera tramitación, sino en un auto judicial en el que, al acordarse la medida, se plasmen las razones a que obedeció el órgano judicial para considerarla idónea, necesaria y proporcionada.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de hábeas corpus: voto 02805-1998 del 27 de abril de 1998, 17:30 horas (expediente 98-002595-0007-CO).

⁵⁸⁷ Ibid.

⁵⁸⁸ María Victoria Álvarez Buján, "Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica" (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, 2018), 264.

El ordenamiento jurídico costarricense le ha otorgado una robusta tutela al derecho a la intimidad contemplada en el artículo 24 constitucional, de los sujetos investigados en un proceso penal. Otorgando la garantía constitucional de reserva de ley para la intervención de la esfera de la intimidad. Estableciendo expresamente que en el ámbito de las comunicaciones, solamente por ley se pueden intervenir las documentaciones y comunicaciones privadas.⁵⁸⁹ De manera tal, que si bien es cierto es un derecho fundamental que no es irrestricto y absoluto, la esfera de intimidad de las personas, solo puede ser lesionada en los casos de excepción que se desprenden de la norma constitucional y el especial desarrollo del procedimiento para ejecutar dichas medidas se deja a la ley.⁵⁹⁰

Así, por ejemplo, la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones (ley 7425) regula el procedimiento mediante el cual se pueden intervenir las comunicaciones y documentos privados en concordancia con las garantías constitucionales. Lo cual representa el cumplimiento del principio de reserva de ley para la restricción del derecho a la intimidad. De los artículos 1 al 3 y del 9 al 10 de la Ley 7425, se regulan los aspectos principales sobre el secuestro de documentaciones privadas y comunicaciones del sujeto investigado. Los cuales dictan como requisito sine qua non, que, toda intervención debe realizarse por resolución judicial fundada del Juez de garantías competente. Lo anterior, ya sea a solicitud del Ministerio Público o de oficio. Con la finalidad de contribuir a la averiguación de la verdad de los hechos en las investigaciones penales, en los delitos establecidos taxativamente en la ley.⁵⁹¹

En ese sentido, la jurisprudencia ha manifestado sobre la intervención de comunicaciones y documentos privados que,

En el campo procesal, el acceso a la información privada se concibe como una diligencia de investigación de naturaleza coercitiva o cautelar,

⁵⁸⁹ Asamblea Constituyente, “Constitución Política: 08 de noviembre de 1949”: artículo 24, SINALEVI (consultado 08 de octubre, 2020).

⁵⁹⁰ Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto del 23 de agosto de 2006, 11:00 horas (expediente 06-013377-0042-PE).

⁵⁹¹ Poder Legislativo, Ley 7425 Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones: 09 de agosto de 1994”. La Gaceta No. 171, (08 ago., 1994): artículos 01, 02, 03, 09 y 10, SINALEVI (consultado 09 de octubre, 2020).

por medio de la cual se pretende obtener elementos de prueba que verifiquen, confirmen o aseguren la existencia de rastros de un ilícito. Es decir, que previo al juez ordenar el acceso y entrega de información privada está en la obligación del juez de verificar que la información privada que se pretende acceder sea para confirmar, asegurar o verificar los rastros de un delito, de lo contrario debe rechazar en forma absoluta tal intromisión a la intimidad personal. De ahí que resulte necesario (...) que exista una investigación que haya arrojado elementos suficientes para presumir que las personas a quien se le va a secuestrar su información privada, hayan cometido algún ilícito grave.⁵⁹²

En este sentido, la Sala Tercera al ser consultada sobre los actos en los que debe intervenir un juez penal como garante de los derechos de los imputados en un proceso, indicó lo siguiente,

Por ello, al no haber intervención telefónica en esta causa, no había necesidad legal de la presencia de un juez en ninguna de las diligencias relacionadas. (...) Estos actos, de conformidad con los artículos 185, 198, 199 del Código Procesal Penal, puede recaer en el Juez, en el Ministerio Público, o en la policía judicial la realización del secuestro de un bien, **salvo que se trate de un acto que implique la intromisión con un derecho fundamental o que sea definitivo e irreproducible, casos específicos en los que debe intervenir el Juez.**⁵⁹³ (El resaltado no es del original)

Visto lo anterior, la información que se genera a raíz de la realización de una diligencia de intervención telefónica; tiene carácter secreto y privado, por lo que el legislador estipula en el artículo 223 del Código Procesal Penal, el deber del perito de guardar reserva de todo lo que conozca con motivo de su actuación.⁵⁹⁴ Es decir, tiene

⁵⁹² Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto del 23 de agosto de 2006, 11:00 horas (expediente 06-013377-0042-PE).

⁵⁹³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Procedimiento de revisión: voto 00511-2012 del 16 de marzo de 2012, 11:12 horas (expediente 09-000283-0006-PE).

⁵⁹⁴ Poder Legislativo, "Ley 7594 Código Procesal Penal: 01 de enero de 1998", La Gaceta No. 106 (04 jun., 1996): artículo 223, SINALEVI (consultado 20 octubre, 2020).

la obligación de reservar el contenido de documentos de trabajo, de las grabaciones, manifestaciones y declaraciones del evaluado, lo cual únicamente le puede servir de ayuda a la hora de rendir el dictamen, debiendo en forma absoluta omitir y no divulgar dentro del peritaje cualquier información privada. Es claro que tal deber de reserva deviene de la necesidad de tular el carácter sensible de la información privada, pues se encuentra cubierta por el derecho a la intimidad.

Resulta inverosímil entonces, que en el ordenamiento jurídico costarricense, en el caso de la intervención de las comunicaciones y documentos privados de las personas, considere necesario respetar la reserva de ley y principalmente el principio de control judicial de un Juez de garantías durante la instrucción de una investigación penal, al momento de restringir el derecho a la intimidad de la persona encausada. Mientras que, en relación a la información genética reveladora de los datos más íntimos de una persona, como lo es la constitución de su genoma humano; no se cuenta actualmente con la tutela de un Juez competente contralor del respeto de las garantías y derechos de las personas imputadas durante la investigación penal. En concordancia con el principio de reserva de ley.

También, resulta necesaria la intervención del Juez penal para la realización del análisis de proporcionalidad. Toda vez que, tampoco es posible comparar la obtención de una huella genética, a una huella dactilar. Esta consideración ha sido ampliamente rechazada por gran parte de la doctrina científica, ya que la información contenida en las distintas regiones del ADN, pertenece a la esfera de la personalidad y por tanto merece una protección especial. Esto en virtud de que la obtención de los datos de la región no codificante de la molécula de ADN,

(...) se realiza sobre el mismo material celular, por tanto susceptible de ser utilizado para la averiguación de datos que no se limitan a las informaciones meramente identificativas y, por otra, el estado de la ciencia en la actualidad no parece permitir la separación rigurosa entre el ámbito codificante del ADN y el que no lo es, posibilitando en el futuro que éste último pueda ser calificado como codificante.⁵⁹⁵

⁵⁹⁵ Ana Garriga Domínguez, et al., *“Bases de datos policiales de ADN con fines de investigación Criminal. Recomendaciones y propuestas en torno a la ley orgánica 10/2007, de 8 de octubre, de base de datos*

El perfil genético al ingresarse asociado con un código alfanumérico en una base de datos, no puede compararse a la huella dactilar registrada en un sistema informático, puesto que mediante su utilización no se revelan de datos personales que forman parte del núcleo protegido del derecho a la privacidad e intimidad genética, como lo es su sexo, vínculos familiares, características fenotípicas como: la raza, origen étnico, y demás las características físicas y genotípicas de una persona.

Otro aspecto que diferencia la huella genética de la huella dactilar u otro registro, es que del análisis biológico que acompaña a la obtención del perfil genético, es posible también determinar el tipo de fluido biológico o tejido biológico del que proviene el ADN. Lo cual puede aportar una información especialmente relevante acerca del grado de implicación en el delito, dato que normalmente no aporta el estudio de la huella dactilar. Así, no es lo mismo determinar la presencia de una huella dactilar del acusado en un objeto de la escena del delito, que identificar restos de semen en el cuerpo de la víctima. Por lo que, todas estas consideraciones dejan constancia de las diferencias existentes entre estos métodos de identificación humana, con respecto a su grado de intromisión en la esfera de la intimidad personal y la necesidad de una protección especial los datos genéticos y las muestras biológicas.⁵⁹⁶

F. Principio de No uso del ADN codificante

Este principio dicta que para permitir la extracción del perfil genético del material biológico y su posterior ingreso a la base de datos de ADN de uso forense, no se puede analizar la región codificante del ADN, con la finalidad de obtener de esta algún tipo de información personal. Debido a que, mediante la misma se obtendrían datos sensibles relativos a la salud y herencia de la persona involucrada. Es decir, aquella sintomática de una enfermedad o de predicción de la misma, así como características genotípicas o fenotípicas del individuo. Información personal que tal

policial de identificadores obtenidos a partir del ADN”, Informe El tiempo de los derechos, No.4, (2010): 13-14, consultado, 16 de octubre, 2020, <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun10/i4.pdf>

⁵⁹⁶ Antonio Alonso Alonso, “Conceptos básicos de ADN forense”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No.2004, (2004): 1868, consultado 10 de octubre, 2020, https://www.academia.edu/35941095/CONCEPTOS_B%C3%81SICOS_DE_ADN_FORENSE

como se indicó en apartados anteriores, no tienen capacidad individualizante. Al contrario, la información allí contenida presenta una alta variabilidad. Por lo que, no cumple una finalidad forense de identificación únicamente. Siendo así, no resulta justificable la utilización de la región codificante del ADN de las personas.

En virtud de este principio, al momento de crear una base de datos que recopile y trate de manera automatizada perfiles genéticos, es necesario estipular medidas preventivas dirigidas al personal encargado de las pericias genéticas y de la utilización de la base de datos. Lo anterior, para evitar cualquier uso de la información contenida en la región codificante del ADN. Asimismo, es necesario que el legislador a su vez imponga en la norma legal, las sanciones pertinentes ante el incumplimiento de este principio rector.⁵⁹⁷ Lo cual va acorde al principio de responsabilidad propuesto en la directiva 95/46 del Parlamento Europeo dentro de los criterios rectores para regular el tratamiento automatizado de los datos personales. Mismo que establece la obligación para las entidades encargadas, de adoptar medidas idóneas para cumplir con los principios y obligaciones previstos en los instrumentos internacionales y legislación aplicable.⁵⁹⁸

Por el riesgo que conlleva la utilización de este tipo de base de datos, el legislador debe delimitar expresamente que las pruebas genéticas únicamente se realizarán sobre la región no codificante del ADN. De lo contrario, se podría obtener otro tipo de información de la esfera íntima del individuo que no necesariamente es de utilidad o necesaria para la investigación penal. Por todo ello, los análisis de ADN en los procesos judiciales solo deben tener un carácter excepcional, realizarse por orden judicial y en regiones estrechamente delimitadas y en las partes del genoma humano que revistan importancia para la individualización del sujeto investigado y que no permitan aportar ningún otro tipo de información sensible.⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ Carlos Romeo Casabona y Sergio Romeo Malanda, *Identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*, (Navarra, España, Editorial ARANZADI, 2010), 161.

⁵⁹⁸ Dante Mauricio Negro Alvarado, "Hacia un marco normativo en las Américas en materia de protección de datos personales". *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. No. IX-1, (2014): 5, consultado 23 de abril, 2020, https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/*/%22datos+sensibles%22/WW/vid/550006518

⁵⁹⁹ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 142.

Capítulo II: Derechos fundamentales relacionados con la protección de los datos genéticos y las muestras biológicas, que han sido vulnerados por la falta de una legislación para crear e implementar una base de datos de ADN forense

Los derechos fundamentales deben ser entendidos desde dos perspectivas, una subjetiva y otra objetiva. La dimensión subjetiva indica que los derechos “tienen el individuo por sujeto activo (...) y cumplen una función de garantizar a los ciudadanos un estatuto jurídico o la libertad en un ámbito de existencia”. Lo cual exige que las relaciones entre el Estado y las personas no sean desiguales y se limiten, con el propósito de no marginar la libertad de una persona. Mientras que, la dimensión objetiva, tiene la misión de lograr el equilibrio y orden en la actuación de los poderes públicos de un Estado social y democrático de Derecho. Exigiendo de estos “ya no solo una mera conducta de abstención, sino una actitud más activa, encaminada a favorecer el desarrollo de las libertades”.⁶⁰⁰ Pues la persona es “un valor en sí mismo y un principio rector del ordenamiento jurídico”,⁶⁰¹ por lo cual sus libertades fundamentales deben servir como pauta al legislador para limitar las actividades de las autoridades públicas.

Por ello, los instrumentos internacionales de Derechos humanos han reconocido que la persona debe de gozar de una protección especial por parte del Estado frente a los avances científicos y tecnológicos que desarrollan las autoridades públicas y los sujetos privados, en el campo de la genética. Lo cual ha ampliado el contenido de los derechos fundamentales ya existentes y reconocido nuevos derechos humanos. Con el propósito de que los Estados puedan generar en este escenario, un marco jurídico eficaz que permita asegurar que estos avances no se utilicen para limitar, sino para reforzar la dignidad de las personas y sus libertades fundamentales. Logrando con ello “atender en forma equitativa las necesidades del individuo y las de la colectividad”.⁶⁰²

⁶⁰⁰ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 23.

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² Ana Garriga Domínguez et al., “Base de datos policiales de ADN con fines de investigación criminal: Recomendaciones y propuestas en torno a la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, de Base de datos policiales de identificadores obtenidos a partir del ADN”, Informe elaborado dentro del programa “El

Sin embargo, dichos derechos fundamentales no fueron respetados al autorizar -sin límites, ni controles- mediante un reglamento administrativo redactado por la Comisión de Asuntos Penales y aprobado por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia; la implementación de una base de datos informática que almacena y trata los datos genéticos de carácter sensible y un archivo que conserva muestras biológicas, con fines criminales y humanitarios.

En este apartado se expone de manera sucinta el régimen de derechos y libertades fundamentales que fueron intervenidos y limitados en forma injustificada por el Poder Judicial. Desde su definición a nivel doctrinario, normativo -nacional e internacional- y el desarrollo de su contenido por la vía jurisprudencial. Para finalizar, haciendo mención sobre los artículos del “Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana”, que limitan el contenido esencial de estas libertades fundamentales.

A. Derecho la dignidad humana

La dignidad humana es el valor jurídico fundamental en el que “se proclaman los derechos humanos que quieren garantizar que todos los seres humanos son acreedores de determinado tratamiento”.⁶⁰³ Implica el necesario reconocimiento de un atributo inherente e intrínseco de los miembros de la familia humana - independiente de los contenidos de la conducta-, mediante el cual se afirma que todos los seres humanos sin distinción, son titulares de derechos propios e inalienables - civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- que son oponibles al Estado. De manera que, la negación y el desconocimiento de alguno de sus derechos, “significa la negación y el desconocimiento de la dignidad humana en su ineludible e integral generalidad”.⁶⁰⁴

tiempo de los derechos”, No. 4 (2009): 04 consultado 16 de octubre, 2020, <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun10/i4.pdf>

⁶⁰³ María Luisa Marín Castan, “La dignidad humana, los derechos humanos y derechos constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, No. 9 (enero: 2007): 4, consultado 16 de octubre, 2020, http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD9_ArtMarin.pdf

⁶⁰⁴ Héctor Gros Espiell, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 4 (2003): 198, consultado 16 de octubre, 2020, <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0303110193A/20932>

Además, la dignidad humana es considerada como el objeto de un derecho específico, que debe ser reconocido, considerado y no violentado. Debido a que, engloba “el respeto, garantía y protección de todos los derechos humanos, de todos los seres, con base en la igualdad, y por ende, sin ninguna discriminación”.⁶⁰⁵

Este derecho a la dignidad humana ha sido proclamado expresamente como un principio universal y derecho de los pueblos en diversos instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos. En el sistema universal se encuentra contemplado en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que liga este derecho al principio de igualdad, al señalar que, “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.⁶⁰⁶ Por lo cual, “toda discriminación, que niegue a algunos seres humanos su dignidad y las consecuencias que de ella se derivan es, por ende, una violación del artículo 1”.⁶⁰⁷ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen en su preámbulo que los derechos humanos proclamados en dichos instrumentos internacionales tienen su fundamento en la dignidad inherente a la persona humana. Por lo cual, imponen a los Estados Partes la obligación de redoblar sus esfuerzos para ofrecer a todos los seres humanos las “condiciones materiales, económicas, sociales y culturales capaces de sustentar una vida libre y que por estar carente de coacciones, intolerancias, carencias y discriminaciones, asegure la posibilidad de una vida realmente humana, es decir digna”.⁶⁰⁸

A nivel regional, el sistema interamericano en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, señala en su preámbulo que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, lo cual sirve de fundamento para dotar de contenido y protección a los derechos reconocidos en ese instrumento

⁶⁰⁵ Héctor Gros Espiell, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, Anuario de Derechos Humanos, Vol. 4 (2003): 223, consultado 16 de octubre, 2020, <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0303110193A/20932>.

⁶⁰⁶ Organización de las Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derechos Humanos: 10 de diciembre de 1948”, artículo: 01, consultado el 16 de octubre de 2020, <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁶⁰⁷ Gros Espiell, 204.

⁶⁰⁸ Ibid., 208.

internacional. También, el Pacto San José en el artículo 11 inciso 1), refiere que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, por lo cual no es permitido limitar o suspender el reconocimiento de este derecho, ya que ello sería incompatible con el Derecho Internacional, pues este derecho es “el fundamento de todos los derechos humanos y algo consustancial e inseparable de la vida humana”.⁶⁰⁹

A nivel nacional, el Estado costarricense en el artículo 1 de la Constitución Política proclama una organización democrática en la que el ser humano por el simple de hecho de haber nacido como tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados como consecuencia de su dignidad intrínseca y “que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las leyes”.⁶¹⁰

Así, este derecho fundamental a la dignidad humana tiene una afirmación positiva que se manifiesta singularmente en el pleno y libre desarrollo de la personalidad humana, la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y el derecho de interactuar en la sociedad. Además, una garantía negativa que lleva consigo una pretensión de respeto por parte de los demás, incluidos los particulares y los poderes públicos, para que las personas no puedan ser objeto de discriminación. La Sala Constitucional, en el voto 10285-2008 ha indicado que la dignidad humana, es el mínimo jurídico que se le debe de respetar a una persona para asegurar su calidad de vida, pues se encuentra

Estrechamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos de integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen; y que es universal, al no haber ninguna excepción ni discriminación, en tanto ha de permanecer inalterado, cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -aplicable por igual a los procesados, condenados, absueltos, reo, y por supuesto, a los

⁶⁰⁹ Héctor Gros Espiell, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, Anuario de Derechos Humanos, Vol. 4 (2003): 219, consultado 16 de octubre, 2020, <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0303110193A/20932>

⁶¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 12017-2002 del 18 de diciembre de 2002, 09:06 horas (02-009774-0007-CO).

sujetos que únicamente hayan sido detenidos por las autoridades administrativas, sin que esa detención motive una causa penal en su contra-, constituyéndose de este modo, en un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece toda persona.⁶¹¹

En el campo de los avances científicos utilizados en el área de la Medicina y la Ciencia, este derecho fundamental cobra una gran importancia. Pues con base en esta libertad se considera prohibida e ilegítima, toda actividad que tienda a degradar o colocar al ser humano como un objeto; ya que este es un “un fin y no un medio para alcanzar fines de otros sujetos de Derecho”.⁶¹² Así lo ha indicado la Sala Constitucional en el voto 1668-2010,

(...) Puede calificarse como contrario a la dignidad del ser humano cualquier pretensión de convertirlo en un instrumento para el logro de determinados fines, aun cuando dichos fines sean fundamentales y por ende también puedan ser considerados lícitos. Dicha dignidad reafirma, por demás, la igualdad de los seres humanos: todo ser humano es igual en dignidad, **lo que lleva a prohibir el establecimiento de discriminaciones en el reconocimiento de los derechos inalienables y sagrados de todo ser humano. En razón de la dignidad humana, la primacía de la persona humana se impone sobre el interés de la sociedad y de la ciencia.** (...) Al afirmarse que la dignidad de la persona humana es la causa y origen de los derechos fundamentales se adopta un sistema de valores: se reconoce al ser

⁶¹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 10285-2008 del 19 de junio de 2008, 16:10 horas (07-012503-0007-CO).

⁶¹² Héctor Gros Espiell, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, Anuario de Derechos Humanos, Vol. 4 (2003): 198, consultado 16 de octubre, 2020, <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0303110193A/20932>

humano como centro del sistema político, social y económico, como razón de ser última de la organización en sociedad.⁶¹³

En materia de la Genética, la dignidad humana se encuentra reconocida como un principio democrático en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, la Declaración Internacional sobre Datos genéticos humanos y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Estos tres instrumentos internacionales enmarcan por primera vez la noción de la dignidad humana, estrechamente vinculada con los avances en la bio-ciencia (incluida la genética humana) y resaltan el impacto que los mismos generan sobre el ser humano. Por lo cual, reconocen una serie de Derechos Humanos que pretenden salvaguardar y preservar la dignidad humana en este campo.

Así, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que es un instrumento internacional “que posee por su naturaleza jurídica y su incidencia en el Derecho Internacional, un carácter análogo a la Declaración Universal de Derechos Humanos”.⁶¹⁴ Pretende proteger los derechos fundamentales de las personas frente a las amenazas o peligros que pueden entrañar las investigaciones y los descubrimientos de la biogenética y el estudio del genoma humano. Por lo cual, hace mención a una serie de principios universales que los Estados y la comunidad científica, deben de respetar para lograr un equilibrio entre la libertad de la investigación científica, la dignidad y los derechos fundamentales.⁶¹⁵

En su artículo 1 dispone que el genoma humano es la base del reconocimiento de la dignidad intrínseca y la diversidad de todos los miembros de la familia.⁶¹⁶ Pues es la dignidad la que hace a cada ser humano un “sujeto individual, distinto y diferente,

⁶¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 01668-2010 del 27 de enero de 2010, 15:12 horas (03-005236-0007-CO).

⁶¹⁴ Héctor Gros Espiell, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, Anuario de Derechos Humanos, Vol. 4 (2003): 210, consultado 16 de octubre, 2020, <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0303110193A/20932>

⁶¹⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: 11 de noviembre de 1997”, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 16 de octubre, 2020)

⁶¹⁶ Ibid., artículo 1.

a todos los otros seres del universo, y naturalmente también diverso a cualquier otro ser humano”.⁶¹⁷

Además, en su artículo 2 hace referencia expresa al “derecho al respeto de la dignidad humana” y se resaltan los principios rectores de igualdad y la prohibición absoluta de la estigmatización y discriminación. Mediante este derecho se exige que con base en la dignidad humana se dé un necesario respeto del cuerpo humano, para que no se pueda reducir a un sujeto a sus características genéticas, debiendo de respetar su carácter único y diverso.⁶¹⁸ En consecuencia, tal y como lo señala el artículo 6 se prohíbe la discriminación de los individuos en razón de la constitución específica de su información genética y la de sus familiares, pues no es permitido colocar a un persona o grupo de personas en una condición incompatible con su dignidad, porque con ello se atenta contra sus derechos humanos.⁶¹⁹

En virtud de la dignidad humana, los artículos 10, 11, 12 y 15 establecen que los Estados y las organizaciones internacionales, están en la obligación de tomar medidas para realizar cualquier investigación sobre el genoma humano y sus aplicaciones en las esferas de la Biología, la Genética y la Medicina. Respetando la dignidad de las personas y sus derechos libertades fundamentales, prohibiendo toda forma de discriminación basada en esas características genéticas y cualquier práctica que sea contraria a los fines pacíficos de la dignidad humana.⁶²⁰

Por su parte, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, debe de ser entendida como una extensión y ampliación de la Declaración Universal del Genoma humano, pues “esta fue pensada como un instrumento para su

⁶¹⁷ Héctor Gros Espiell, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, Anuario de Derechos Humanos, Vol. 4 (2003): 199, consultado 16 de octubre, 2020, <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0303110193A/20932>

⁶¹⁸ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: 11 de noviembre de 1997”, artículo: 02, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 16 de octubre, 2020)

⁶¹⁹ Ibid., artículo 6.

⁶²⁰ Ibid., artículos 10-15.

implementación”.⁶²¹ La misma señala que los Estados deben de efectuar las aplicaciones en el genoma humano y las muestras biológicas -fuente primaria de la que se obtiene la información genética-; así como las actividades de acceso, manejo, almacenamiento y uso de los datos genéticos -considerados como información sensible- con fines de identificación de las personas en el campo de la ciencia forense; de conformidad con el Derecho Interno. Pero a su vez este marco interno debe de estar subordinado al marco del derecho internacional que propugna el respeto a la dignidad humana y los Derechos Humanos reconocidos de forma universal en dicha Declaración. Porque las consideraciones éticas en la utilización del genoma y la dignidad humana están “por encima de cualquier otra consideración de interés y conveniencia por razones de interés público”.⁶²²

Esta Declaración Internacional destaca que, cuando se realiza un uso indebido de los datos genéticos por parte de terceras personas -sean estos particulares o poderes públicos-, se coloca a los titulares y al grupo al que pertenece -pues tienen en común al menos una parte de estos datos genéticos-, dentro de un grupo vulnerable. Es decir “en situación de fragilidad exacerbada o aumentada”, pues se lesionan “sus más elementales derechos a la intimidad y privacidad, a sus libertades fundamentales”, pero también “su dignidad como personas”. Ello puede suceder cuando los datos genéticos -sobre todo si son nominativos- son desviados de sus objetivos o finalidades, son usados, vendidos, cedidos o comunicados o revelados a terceros que no están autorizados legalmente para poseerlos o sin el consentimiento de su titular. Lo cual representa “una prerrogativa abusiva (...) de disposición de información para control legal (utilización, fuera de lo estipulado en la ley, de bases de datos de personas sospechosas de delitos civiles o penales)”.⁶²³

Por ello, el artículo 1 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos, dispone que los Estados cuando realicen actividades de recolección, tratamiento, utilización y conservación de datos científicos, médicos y personales, así como de las muestras biológicas; deben de elaborar leyes y políticas que establezcan las pautas

⁶²¹ Genoveva Burian von Dedina, “Dignidad, integridad y vulnerabilidad desde las declaraciones de la UNESCO”, Revista colombiana de bioética, Vol. 04, No. 2, (2009): 200, consultado 17 de octubre, 2020, <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189214316009.pdf>

⁶²² Ibid., 207.

⁶²³ Ibid., 218.

idóneas que se deben seguir para que el desarrollo de esas actividades se haga respetando el derecho a la dignidad humana y los Derechos Humanos.⁶²⁴ Asimismo, el artículo 7 de esta Declaración establece que los Estados deben de garantizar que los datos genéticos no se utilicen con fines que puedan dar lugar a la discriminación o estigmatización que atente contra la dignidad.⁶²⁵

Por otra parte, la Declaración Universal sobre la Bioética y Derechos Humanos, condiciona los avances tecno-científicos al respeto de los Derechos Humanos y al cumplimiento de una serie de principios democráticos, con la finalidad de garantizar “un desarrollo racional y fundado de la ciencia”.⁶²⁶ En su preámbulo refiere que los Estados deben procurar que los rápidos desarrollos científicos y tecnológicos en la biología, la biotecnología y la genética, se realicen bajo el marco de una serie de valores éticos que limiten dichas actividades, para aportar soluciones a los problemas que se plantean y evitar prácticas abusivas.

Así, el principal objetivo de la Bioética es el respeto pleno de la dignidad humana, los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, porque “los intereses y el bienestar de la persona” deben tener prioridad sobre el interés exclusivo de la ciencia o la sociedad, y deben ser protegidos de cualquier intervención inadecuada o injustificada.⁶²⁷ El anteproyecto de este instrumento internacional refirió que la dignidad humana es un atributo del ser humano y un valor incondicional que debe ser respetado, “más allá o por encima de su situación o limitación”.⁶²⁸ En general, tal como lo señala Suárez Espino,

⁶²⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 01, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 17 de octubre, 2020).

⁶²⁵ *Ibid.*, artículo 07.

⁶²⁶ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidación Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 17.

⁶²⁷ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencias y la Cultura, “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos: 19 de octubre de 2005”, artículo 03, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 17 de octubre, 2020).

⁶²⁸ Genoveva Burian von Dedina, “Dignidad, integridad y vulnerabilidad desde las declaraciones de la UNESCO”, *Revista colombiana de bioética*, Vol. 04, No. 2, (2009): 215, consultado 17 de octubre, 2020, <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189214316009.pdf>

La bioética se convierte en una fuente de inspiración para los legisladores, a la hora de articular las normas jurídicas, encargadas de evitar que se produzcan abusos en el campo de la ciencia, aunque esto no tiene lugar de manera inmediata sino después de que transcurrieron aproximadamente veinte años desde que las cuestiones éticas pasaran a ser materia de reflexión tanto en Europa como en Norteamérica. (...) desde sus inicios hasta el día de hoy las normas bioéticas han constituido una válida y eficaz fuente de inspiración para el legislador en esta materia. (...).⁶²⁹

También, la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, busca lograr el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito de las ciencias médicas. Este Convenio de Derechos Humanos -no es una mera declaración, posee fuerza jurídica vinculante- está abierto a los Estados no miembros de la Organización y reconoce una serie de principios mínimos que pretenden proteger al ser humano y sus derechos fundamentales, frente a la amenaza provocada por la mala utilización de los adelantos biotecnológicos.⁶³⁰

En su artículo 1 indica que se protegerá al ser humano y sus demás derechos fundamentales, con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”. Lo cual demuestra, una primacía de su interés y bienestar por sobre los intereses de la sociedad y la ciencia. Además, se prohíbe cualquier forma de discriminación de la persona, en razón de su patrimonio genético.⁶³¹

⁶²⁹ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 22.

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ Consejo de Europa, “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina: 04 de abril de 1997”, artículos 01-02, consultado 17 de octubre, 2020, <http://asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/BOLETINES/BOLETIN%2003/18824.%20%20Jurisprudencia%20relacionada/18824.%20%20CEDH.%20%20Convenio%20de%20Ovi%20edo.pdf>

B. Derecho de la identidad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad

El derecho a la identidad otorga a las personas la posibilidad de contar con todos los rasgos y características propias de su personalidad -de orden físico, biológico, social o jurídico-, que les permiten ser únicas y determinarse. Además, estos atributos sirven de fundamento al resto -incluido el Estado-, para poder diferenciar a esa persona del resto de los componentes de la sociedad y otorgarle una identificación e individualidad exclusiva en todas las áreas de su vida, ya sea íntima, privada, familiar, política, profesional, social, entre otras.⁶³²

Este atributo inherente a la persona no depende de si el Estado decide otorgarle o imponerle determinadas características, pues el ser humano tiene “la potestad suficiente para elegir por sí mismo todas aquellas características que le afecten exclusivamente de manera personal y en las que de ninguna forma se vean comprometidas las prerrogativas de un tercero”.⁶³³ Esto es lo que se conoce como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual es el medio necesario e instrumental para que una persona ejercite en forma plena su derecho a la identidad y los demás derechos de orden civil, personal y familiar.

Este derecho al libre desarrollo de la personalidad implica “la capacidad de elegir de manera libre y autónoma, que derechos desea ejercitar y en qué términos hacerlo”.⁶³⁴ Dejando a la libre determinación los aspectos más íntimos de su personalidad, pues le pertenecen solo a la persona.

Además, esta garantía impone al Estado que realice el marco administrativo y jurídico necesario para lograr en forma eficaz “el goce inmediato de estas determinaciones personales, sin necesidad de recurrir a los medios jurisdiccionales (...) para lograr el goce del derecho concreto”. De manera que, el Estado debe

⁶³² Marcela López Serna, “Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad”, *Revista División de Derecho, Política y Gobierno*, No. 14, (2018): 68, consultado 17 de octubre, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7103692.pdf>

⁶³³ *Ibid.*, 69.

⁶³⁴ *Ibid.*, 67.

reconocer a la persona la facultad de decidir en forma individual quién quiere ser “sin coacción, ni controles injustificados”.⁶³⁵

En el ámbito internacional el derecho a la identidad personal se encuentra regulado en el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estableciendo que todo ser humano tiene derecho, al reconocimiento de su personalidad. Asimismo, el numeral 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que, “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a (...) la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.⁶³⁶

En el ámbito nacional este derecho se deriva de la protección reconocida en el artículo 24 de la Constitución Política. Pues la información personal debe de ser protegida, pues son datos relevantes y trazables, en virtud de su poder identificador.⁶³⁷

Como se ha resaltado con anterioridad las pruebas de ADN no codificante realizadas a las personas intervinientes en un proceso penal o humanitario, son un método científico de identificación humana. Pues mediante el perfil genético -obtenido a partir del estudio de un gran número de marcadores genéticos presentes en alelos alternativos que tienen un alto grado de variabilidad- se logra conocer la constitución genética única de un individuo -excepto en el caso de gemelos idénticos- y se revela su sexo y vínculos familiares.⁶³⁸ Además, si se analizan otras regiones del genoma

⁶³⁵ Marcela López Serna, “Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad”, Revista División de Derecho, Política y Gobierno, No. 14, (2018): 66, consultado 17 de octubre, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7103692.pdf>

⁶³⁶ Organización de las Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derechos Humanos: 10 de diciembre de 1948”, artículo: 22, consultado el 17 de octubre de 2020, <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁶³⁷ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 913.

⁶³⁸ Mariana Córdoba y Paula Lipko, “Identidad personal y genética: reflexión sobre la cristalización de una estrategia”, Colección de Filosofía de la Educación, No. 15, (2013): 13, consultado 17 de octubre, 2020, https://www.researchgate.net/publication/318614962_Identidad_personal_y_genetica_reflexion_sobre_la_cristalizacion_de_una_estrategia_Personal_and_genetic_identity_crystallization_of_a_strategy_under_consideration

humano, se podría llegar a obtener otra cantidad de información personal sensible, como lo es la predisposición genética a padecer enfermedades, entre otros rasgos fenotípicos y genotípicos. Asimismo, el ADN puede contener otra cantidad de información personal que aún no es conocida por la ciencia.

Por lo cual, tal como lo señala el artículo 2 de la Declaración Universal del Genoma Humano; esta información genética y las muestras biológicas, constituyen un rasgo o atributo biológico distintivo, que en conjunto con otros complejos factores educativos, ambientales, sociales, espirituales y psicológicos, determinan una parte sustancial de la identidad de un individuo. Por eso, se impone a los Estados la obligación de protegerlas de manera especial y rigurosa en el contenido de una ley, para con ello garantizar el libre desarrollo de la personalidad e identidad.⁶³⁹

Además, porque esta información puede tener no solo implicaciones individuales, sino también grupales, pues mediante el acceso al genoma humano de una persona se puede conocer las características particulares de su familia biológica y el grupo humano -comunidad o etnia-. Así lo recalca la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos, en su artículo 4 estableciendo que los datos genéticos humanos son singulares porque: i) pueden indicar predisposiciones genéticas de los individuos; ii) pueden tener para la familia, comprendida la descendencia, y a veces para todo el grupo al que pertenezca la persona en cuestión, consecuencias importantes que se perpetúen durante generaciones.⁶⁴⁰ En efecto, los datos genéticos

representan una extensión o prolongación de la información médica, pero mucho más, la posibilidad de identificación de forma unívoca de una persona. Se conjugan así el hecho legal de la atribución de una identidad jurídica y social única, con el hecho sanitario de la definición del devenir biológico de esa misma persona, en un solo tipo de información codificada, cuya posibilidad de trazabilidad corre el peligro

⁶³⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: 11 de noviembre de 1997”, artículos: 01, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 17 de octubre, 2020).

⁶⁴⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 04, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 18 de octubre, 2020).

de encontrarse fuera del control del propio sujeto. **Esta situación demanda el máximo posible de defensas y barreras de contención. Como en ningún otro contexto, la vulnerabilidad de los individuos se hace evidente y demandante de principios fuertes a favor de la protección de las libertades, la privacidad y confidencialidad, y del respeto de la dignidad de las personas.** Puesto que estos datos pueden ser compartidos parcialmente por la familia, incluida la descendencia en varias generaciones, y la colectividad o comunidad a la que pertenece la persona, merecen especial cuidado y protección.⁶⁴¹ (El resaltado no es del original).

C. Derecho a la intimidad genética

La intimidad considerada como un bien jurídico se encuentra estrechamente ligado al derecho a la dignidad humana, la libertad, la igualdad, seguridad, autodeterminación informativa, y demás derechos fundamentales que son necesarios para proteger el libre desarrollo de la personalidad o la autodeterminación individual.⁶⁴² Tradicionalmente, este derecho se considera como una libertad individual de carácter un carácter negativo, que reconoce al titular el poder jurídico de tener su vida privada, personal y familiar, en un círculo reservado y con exclusión del conocimiento o acción de los terceros -sean estos particulares o poderes públicos-.⁶⁴³

Su función principal es reconocer a la persona la facultad para defenderse y resguardar su esfera privada de cualquier invasión, agresión e injerencia ajena, no consentida, ilícita e ilegítima. De manera que, pueda imponer su voluntad de no dar a

⁶⁴¹ Genoveva Burian von Dedina, “Dignidad, integridad y vulnerabilidad desde las declaraciones de la UNESCO”, *Revista colombiana de bioética*, Vol. 04, No. 2, (2009): 219-220, consultado 18 de octubre, 2020, <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189214316009.pdf>

⁶⁴² José Seoane Rodríguez, “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre)”, *Revista de Derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, No. 16, (2002): 84, consultado 18 de octubre, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2044982>

⁶⁴³ *Ibid.*, 85.

conocer dicha información o prohibiendo su divulgación no consentida.⁶⁴⁴ Así, se ha señalado que,

(...) es un poder de control sobre la publicidad de la información (...) con independencia de aquello de desea mantener al abrigo del conocimiento público (...) es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan que somos o lo que hacemos, vedando que terceros (...) decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio.⁶⁴⁵

Este derecho erga omnes, implica que los terceros y la autoridad pública tienen el deber de respetar el ámbito privado de las personas y abstenerse de realizar intromisiones no consentidas, abusivas o arbitrarias, y teniendo la una prohibición para hacer uso de lo conocido.⁶⁴⁶ Así lo ha indicado la Sala Constitucional en el voto 04623-2016, estableciendo que, “la información sólo puede ser obtenida, tratada y utilizada de forma lícita, ya sea con previa autorización del titular o mediante mandato legal, máxime en tratándose de información sensible”.⁶⁴⁷

En el ámbito nacional este derecho se encuentra consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política, el cual garantiza “el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones”.⁶⁴⁸ De manera que, existe un deber de respeto a la vida privada y solo autorizan intromisiones de la autoridad pública en cuanto esté prevista por la ley y constituya una medida que, socialmente democrática, sea necesaria para cumplir con una finalidad pública.

⁶⁴⁴ José Seoane Rodríguez, “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre)”, *Revista de Derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, No. 16, (2002): 85, consultado 18 de octubre, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2044982>

⁶⁴⁵ *Ibid.*, 87.

⁶⁴⁶ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 82.

⁶⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de amparo: voto 04623-2016 del 06 de abril de 2016, 09:00 horas (14-017016-0007-CO)*.

⁶⁴⁸ Asamblea Constituyente, “Constitución Política: 08 de noviembre de 1949”: artículo 24, SINALEVI (consultado 18 de octubre, 2020).

En el ámbito internacional se reconoce en el artículo 12.1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, que, “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.⁶⁴⁹ En este sentido, los Estados están obligados a respetar las normas internacionales en materia de Derechos Humanos, cuando con ciertas finalidades pretendan tratar información íntima y personal.

El artículo 5 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dispone que, “toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos (...) a su vida privada y familiar”.⁶⁵⁰ En igual sentido, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁶⁵¹ y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia (...)”.⁶⁵²

Este derecho adquiere una especial relevancia en el marco de la sociedad de la información, pues son contantes las injerencias de los avances tecnológicos en la vida privada de las personas. Por lo cual ha dejado de ser considerado solo como un derecho de defensa para aislar o excluir a terceros de la esfera privada de una persona. A ser complementado con una dimensión positiva o activa, mediante la cual se otorga a su titular la capacidad de controlar y disponer mediante su consentimiento o autorización, sobre la cantidad y calidad de la información íntima o privada a la cual

⁶⁴⁹ Organización de las Naciones Unidas, “Declaración Universal de los Derechos del Hombre: 10 de diciembre de 1948”, artículo: 12, consultado el 18 de octubre de 2020, <http://www.filosofia.org/cod/c1948dhu.htm#:~:text=Todos%20los%20seres%20humanos%20nacen,los%20unos%20con%20los%20otros.&text=Todos%20son%20iguales%20ante%20la,igual%20proteccion%20de%20la%20ley>

⁶⁵⁰ Conferencia Internacional Americana, “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: 1948”, artículo: 05, consultado 18 de octubre, 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-americana-derechos-deberes-hombre.pdf>

⁶⁵¹ Organización de las Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 23 de marzo de 1976”, artículo: 17, consultado 18 de octubre, 2020, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

⁶⁵² Organización de los Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos: 23 de febrero de 1970”, artículo: 11, consultado 18 de octubre, 2020, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

los terceros pueden tener el acceso.⁶⁵³ Es decir, el sujeto decide y controla el flujo de las informaciones que sobre sí mismo circulan y esto le permite participar activamente en los procesos que puedan afectarle. Esta característica vincula a esta libertad, con otros derechos fundamentales, como lo es la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Así es como nace el derecho a la intimidad genética en el campo de la ciencia y la tecnología genética y otras ramas que intervienen en el análisis del genoma humano. El cual es entendido como la libertad de una persona para decidir sobre “las condiciones, límites y formas en la que los terceros pueden acceder, recolectar y tratar”⁶⁵⁴ sus muestras biológicas y la información contenida en su genoma. Excluyendo la injerencia de terceros si no se cuenta con el consentimiento previo e informado del titular.⁶⁵⁵ Así, como para exigir la intervención de los poderes públicos para proporcionar una efectiva protección y defensa de su información genética, los derechos de la herencia genética y la inmutabilidad genética.

El sujeto activo de este derecho, de acuerdo con la dignidad es todo ser humano, el cual cuenta con configuración genética cuya privacidad y confidencialidad debe de ser respetada, independiente de su nacionalidad, raza, sexo o edad, entre otros. Mientras que, el sujeto pasivo puede ser el Estado o los poderes públicos, pues este derecho se puede oponer frente a su actividad, ya que, son estos “los que por su posición pueden verse tentados en mayor medida a acceder a esta clase de información de sus ciudadanos, por ejemplo, con fines (...) de investigación criminal”. Así, como los sujetos particulares.⁶⁵⁶

⁶⁵³ José Seoane Rodríguez, “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre)”, *Revista de Derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, No. 16, (2002): 89, consultado 18 de octubre, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2044982>

⁶⁵⁴ *Ibid.*, 89.

⁶⁵⁵ Lorena Donoso Abarca. “Bases de datos de ADN para identificación criminal”, *Enciclopedia de Bioderecho Bioética*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, consultado 18 de octubre, 2020, <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/25>

⁶⁵⁶ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 92.

Además, esta garantía impone a quien obtiene la información genética y las muestras biológicas -ya sea con el consentimiento de su titular o por mandato legal-; la prohibición para revelarlas, difundirlas y utilizarlas con fines distintos a los previamente establecidos. Pues tienen un carácter confidencial, por lo cual deben ser resguardadas para evitar una utilización o manipulación ilegítima, de la cual pudiera llegar a resultar un perjuicio para la persona, tanto en el ámbito privado como en el público. Así, lo recalca la Sala Constitucional en el voto 05802-1999, al referirse al derecho a la intimidad

(...) a través suyo el sujeto exige que la información que él ha proporcionado o que ha sido legalmente requerida permanezca secreta para terceras personas, de forma tal que se controla el cumplimiento de los fines para los que la información es recolectada. En este caso la información recabada puede resultar correcta y haber sido adquirida por medios legítimos, pero se trata de información que no puede ser facilitada indiscriminadamente y tiende a que los datos no sean revelados salvo que obedezca a la solicitud de autoridad competente o del interesado.⁶⁵⁷

En Costa Rica esta facultad no se ha reconocido expresamente, pero se puede deducir del derecho fundamental a la intimidad tutelado en el artículo 24 de la Constitución Política.⁶⁵⁸ El cual está referido a una serie de garantías normativas como lo es “reserva de ley para su desarrollo” y judiciales como lo es la posibilidad de recurrir en amparo de la Sala Constitucional cuando se considera vulnerado este derecho. Respecto a su protección penal específica, no se ha creado un tipo penal específico en el Código Penal que permita sancionar a quién se apodere, utilice, o modifique en perjuicio de tercero y sin consentimiento los datos personales almacenados en ficheros automatizados -soportes informáticos, telemáticos o electrónicos- o manuales, ya sean públicos o privados. De igual manera, la Ley 8968 no considera que las actuaciones de los órganos públicos que afecten los datos personales sensible, sean sancionables. Mientras que, sobre los manejos de los datos

⁶⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 05802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas (95-006047-0007-CO).

⁶⁵⁸ Asamblea Constituyente, “Constitución Política: 08 de noviembre de 1949”: artículo 24, SINALEVI (consultado 18 de octubre, 2020).

por parte de las bases de datos de carácter privado, establece que “cualquier infracción que afecte los datos considerados como sensibles, entre los cuales se podría incluir sin lugar a dudas los datos genéticos, sería calificada como infracción muy grave”. Por lo cual se incumple con su protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico.⁶⁵⁹

El reconocimiento de esta garantía se ha dado en el marco del Derecho Internacional. Así, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, en su artículo 7 reconoce que, esta unidad característica de la esfera privada de una persona y su familia, debe de estar protegida por el Estado “en las condiciones estipuladas por la ley”, con la finalidad de garantizar privacidad y confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, aun cuando estos deban de ser conservados y tratados para fines legítimos.⁶⁶⁰ Además, en su artículo 5 reconoce el derecho al consentimiento o autorización libre, previo e informado del titular, como la forma válida para efectuar una investigación, tratamiento o cualquier otra intervención sobre el genoma de una persona.⁶⁶¹ De manera, que tal y como lo establece el artículo 9, si un Estado pretende limitar los derechos universales al consentimiento y la confidencialidad, con la finalidad de proteger otros derechos fundamentales; deberá de efectuarlo por medio de una legislación nacional que estipule las condiciones y las razones imperiosas de ello, la cual se exige que sea compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁶⁶² Pues, como lo establece el artículo 10, **“ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los Derechos**

⁶⁵⁹ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 31 inciso a), SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁶⁶⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: 11 de noviembre de 1997”, artículo: 07, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 19 de octubre, 2020).

⁶⁶¹ Ibid., artículo 5.

⁶⁶² Ibid., artículo 9.

Humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana”.⁶⁶³ (El resaltado no es del original)

La Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, en su artículo 14 reconoce el derecho a la privacidad y confidencialidad de la información obtenida a raíz de los análisis científicos y las muestras biológicas -como depósito de la constitución genética de una persona-; pues se asocian “con una persona, una familia o, en su caso, un grupo identificables”. Por lo cual, el Estado tiene que cumplir con tres obligaciones: 1-Proteger a la persona y revestir de un carácter reservado a los datos genéticos y las muestras biológicas. 2- No podrá darlas a conocer, ni ponerlas a disposición de terceros, “salvo que sea por razones de interés público en los restringidos casos que deben estar previstos en una normativa interna que se compatible con el derecho internacional de derechos humanos o cuando haya consentimiento previo e informado”. Debido a que, “una inadecuada utilización compromete seriamente el futuro de la especie” y con ello se pretende evitar “cualquier discriminación o estigmatización o el abuso en el uso de los datos genéticos”. 3- No deberá conservar los datos genéticos y las muestras por más tiempo del necesario para cumplir con la finalidad por la que fueron recolectados o tratados. Asimismo, el inciso c) de dicho artículo establece que por regla general, aun cuando los datos genéticos humanos estén disociados de la identidad de una persona “deberían adoptarse las precauciones necesarias para garantizar la seguridad de esos datos o esas muestras biológicas”.⁶⁶⁴

El artículo 9 de este cuerpo normativo, indica que para “recolectar, tratar, utilizar y conservar” estos datos genéticos y las muestras biológicas, ya sea por medio de instituciones públicas o privadas, se debe de contar con el consentimiento de la persona a la que pertenecen.⁶⁶⁵ De igual manera, el artículo 12 establece que si este

⁶⁶³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: 11 de noviembre de 1997”, artículo: 10, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 19 de octubre, 2020).

⁶⁶⁴ Ibid., artículo 14

⁶⁶⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 08, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 19 de octubre, 2020).

y otros principios reconocidos en dicha Declaración van a ser limitados cuando se persigan finalidades forenses -en proceso civiles y penales-, el Estado deberá de efectuarlo en los restringidos casos previstos “en el Derecho Interno, compatible con el Derecho Internacional relativo a los Derechos Humanos”.⁶⁶⁶

El Convenio de Oviedo en su artículo 10 inciso 1) resalta “toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud”.⁶⁶⁷ Además, el artículo 26 indica que de forma excepcional solo por medio de una la ley se pueden establecer restricciones sobre el ejercicio de los derechos contenidos en dicho Convenio. Siempre que estas medidas pretendan garantizar la seguridad pública, la prevención de infracciones penales o la protección derechos y libertades de terceros o de mayor relevancia que el que se pretende limitar.⁶⁶⁸

Por todo ello, se denota que con la implementación una base de uso forense que informatiza datos genéticos y el consecuente almacenamiento de las muestras biológicas; se realiza una limitación al derecho a la intimidad genética de los sujetos investigados. Por lo cual tal como lo han recalcado las diversas normas internacionales, cuando el Estado pretenda con ciertos fines legítimos, limitar o afectar el poder de control que una persona tiene sobre su configuración genética; se debe de contar con una norma de rango legal, que establezca los alcances y límites en los cuales se permitirá la conservación de las muestras biológicas y la utilización de los datos genéticos, con fines de identificación forense.

En ocasión de lo anterior, el Estado costarricense debe de cumplir con los requisitos legales impuestos por la normativa internacional, para poder limitar en forma legítima el derecho a la intimidad genética. Además, esta debe de ser proporcional al lograr un equilibrio armonioso entre los derechos individuales y los

⁶⁶⁶ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 12, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 19 de octubre, 2020).

⁶⁶⁷ Ibid., artículo 10 inciso 1.

⁶⁶⁸ Consejo de Europa, “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina: 04 de abril de 1997”, artículo 26, consultado 19 de octubre, 2020, <http://asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/BOLETINES/BOLETIN%2003/18824.%20%20Jurisprudencia%20relacionada/18824.%20%20CEDH.%20%20Convenio%20de%20Oviedo.pdf>

intereses públicos implicados,⁶⁶⁹ y garantizar el respeto a la protección, defensa, el uso adecuado y la seguridad de la información genética registrada en estos ficheros y las muestras biológicas almacenadas.⁶⁷⁰

D. Derecho a la protección de los datos personales

En la década de los años ochenta los legisladores y juzgadores toman conciencia de los graves riesgos que representan las bases de datos personales, para las libertades fundamentales. Pues mediante estas se logra almacenar una cantidad impensable de perfiles y patrones que revelan aspectos de la personalidad de un individuo, los cuales incluso pueden haber sido recolectados sin autorización de su titular y son usados con diversos fines. Por lo cual establecen la necesidad de crear un derecho especial que proteja de forma eficaz la información personal del individuo y limite su almacenamiento y tratamiento en este tipo de registros.⁶⁷¹

Es así, como surge el derecho a la protección de los datos personales o autodeterminación informativa. El cual se perfila por primera vez como una libertad de rango fundamental en la sentencia del 15 de setiembre de 1983, dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Mediante la cual se indica que esta libertad se deriva del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, pues por medio de ellas se da la facultad a toda persona para controlar los datos referentes a su persona, que obtengan las instituciones públicas y privadas. De manera que pueda decidir “cuándo y dentro de qué límites se podrán revelar situaciones que hagan referencia a su vida privada y familiar”.⁶⁷²

Se configura como una libertad individual positiva que le otorga al titular de la información, un poder decisivo para disponer y gobernar “sobre los datos que a él se refieren”, ya sea que estos pertenezcan al ámbito íntimo y privado o sean datos de

⁶⁶⁹ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 140.

⁶⁷⁰ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, *La Gaceta* No.204 (21 oct., 2009): folio 427.

⁶⁷¹ *Ibid.*, 72.

⁶⁷² *Ibid.*, 75.

carácter personal en el ámbito público. La persona tiene la posibilidad de decidir quién, en qué condiciones accede a su información personal de todo tipo -aunque no pertenezca estrictamente a la vida privada de dicha persona-,⁶⁷³ cuál será el uso y destino que se le dará, “con el propósito de impedir un tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado”.⁶⁷⁴

Este derecho fundamental representa un arma de defensa y protección de la persona frente a actividades de terceros, especialmente frente al inminente poder que ostenta el Estado, para recabar y utilizar los datos personales de la población⁶⁷⁵. Pues, si bien no “impide el aprovechamiento óptimo de las indudables ventajas que ofrece la informática”,⁶⁷⁶ para tratar ciertos tipos de informaciones personales necesarias, le impone al Estado la prohibición de convertirse en fuentes de información personal de los individuos sin límites y el cumplimiento de diversos “deberes jurídicos de hacer”, cuando pretendan “accesar, recolectar, almacenar, utilizar y transmitir las informaciones personales” por dichos medios.⁶⁷⁷

Su objetivo es construir una ética informativa que pondere las “necesidades de circulación de información” y la “necesidad de tutela individual del sujeto frente al uso desmedido de sus datos personales”. Para que se logre una tendencia hacia la transparencia mediante “una nueva forma de entender el manejo y tratamiento de las informaciones”, pero evitando que “se sistematicen, procesen y se utilicen a espaldas de los afectados” de manera abusiva e indebida sus informaciones personales.⁶⁷⁸ Pues de lo contrario se provocan lesiones a sus intereses y violaciones a sus derechos fundamentales.

⁶⁷³ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 71.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, 82.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, 76.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, 74.

⁶⁷⁷ Ana Garriga Domínguez, “Una nueva exigencia de la libertad: la protección de los datos personales sensibles”, *Revista Derecho*, Vol. 9, No. 2, (2000): 06 consultado 19 de octubre, 2020, https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7718/pg_051-084_dereito92.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁶⁷⁸ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003”, *La Gaceta* No.102 (29 mar., 2003): 11.

El derecho a la autodeterminación informativa es considerado como un redimensionamiento del derecho a la intimidad, que cobra una nueva jerarquía normativa y que refuerza los anteriores derechos fundamentales que procuran la defensa de la esfera de la intimidad, la vida privada y los datos de carácter personal. Por lo que su aparición “no implica la eliminación y sustitución del anterior o anteriores, cuya necesidad y eficacia perviven”.⁶⁷⁹ Sin embargo, tiene una tutela más amplia y adecuada a la información que por su naturaleza tiene la capacidad de identificar o permitir la identificación de un individuo, pues sirve para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económicos, entre otros. El bien jurídico protegido es cualquier dato íntimo, personal, privado y público, cuyo conocimiento o empleo por parte de terceros puede afectar sus derechos fundamentales.⁶⁸⁰ En general este derecho protege “la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto a la dignidad personal (...) el honor, la ideología, la intimidad personal y familiar”.⁶⁸¹

Se compone de una serie de facultades esenciales que le han sido reconocidos a su titular y que resultan indispensables para que la persona pueda ampliar y hacer efectivo este verdadero poder de disposición y control de su información personal.⁶⁸² Estas garantías llevan consigo una serie de repercusiones, pues si bien el derecho a la autodeterminación informativa, no es una libertad irrestricta, porque la persona no tiene una soberanía absoluta y sin restricciones sobre sus datos personales. El Estado solo puede imponer a límites esta facultades cuando ello resulte necesario e indispensable para garantizar otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.⁶⁸³ Además, no se podrían restringir “hasta el extremo de hacer impracticable o extremadamente difícil el ejercicio del derecho fundamental

⁶⁷⁹ José Seoane Rodríguez, “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre)”, *Revista de Derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, No. 16, (2002): 76, consultado 20 de octubre, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2044982>

⁶⁸⁰ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 72.

⁶⁸¹ Seoane Rodríguez, 100.

⁶⁸² *Ibid.*, 78.

⁶⁸³ Suárez Espino, 83.

a la protección de los datos”, pues como se indicó estas dotan de contenido a este derecho fundamental, así como a la “dignidad de la persona (...) y las demás libertades fundamentales”.⁶⁸⁴

Por lo cual, se imponen una serie de requisitos que el Estado debe de cumplir cuando pretenda limitar el contenido de algunas de estas garantías fundamentales:

- Que se persiga un fin legítimo,
- Que la medida este prevista en una norma legal clara y suficiente. Requisito que resulta indispensable para garantizar la seguridad jurídica y limitar el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, “prohibiendo aplicar otras penas distintas a las previstas por el ordenamiento jurídico para cada tipo de delito”.
- Solo pueden ser llevadas a cabo por los jueces mediante una resolución motivada y redactada en términos claros, pues estos son los garantes naturales de los derechos fundamentales en el proceso judicial.
- El respeto al principio de proporcionalidad entre las medidas restrictivas que se pretenden adoptar y los objetivos que persiguen tales fines.⁶⁸⁵

En Costa Rica inicialmente el reconocimiento del derecho a la protección de la información personal se potenció por medio de la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Propiamente mediante la garantía procesal de Habeas Data, la cual se acordó en favor de las personas que sufrían una lesión en su ámbito de intimidad, privacidad y honor, producto de usos abusivos de sus informaciones de carácter personal. La jurisprudencia de la Sala Constitucional señala que esta garantía, se deriva de una interpretación amplia y garantista del derecho a la intimidad, contenido en el artículo 24 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que surgió como respuesta ante la insuficiencia de las garantías tradicionales para proteger la información personal ante el desarrollo exponencial de la tecnología. Pues si bien,

⁶⁸⁴ José Seoane Rodríguez, “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre)”, *Revista de Derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, No. 16, (2002): 96, consultado 20 de octubre, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2044982>

⁶⁸⁵ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 126-127.

el acceso a la información es un poderoso instrumento de progreso individual y para el ejercicio de los derechos políticos y sociales. (...) **debe reconocerse que el progreso no significa que los ciudadanos deban quedar en situación de desventaja frente al Estado o a los particulares.** El derecho (...), debe ponderar (...) entre el legítimo interés de la sociedad a desarrollarse utilizando la información, como la también necesidad de tutelar a la persona frente al uso arbitrario de sus datos personales.⁶⁸⁶

La Sala Constitucional lo reconoce como el derecho de toda persona física o jurídica, para ejercer el control real y efectivo de su información personal, de manera que pueda,

decidir quién, cuándo, dónde y bajo qué y cuáles circunstancias tiene contacto con sus datos. (...) conocer lo que conste sobre ella, sus bienes o derechos en cualquier registro o archivo, de toda naturaleza, incluso mecánica, electrónica o informatizada, sea pública o privada; así como la finalidad a que esa información se destine y a que sea empleada únicamente para dicho fin, el cual dependerá de la naturaleza del registro en cuestión. Da derecho también a que la información sea rectificadora, actualizada, complementada o suprimida, cuando la misma sea incorrecta o inexacta, o esté siendo empleada para fin distinto (...) que se le cause un perjuicio ilegítimo.⁶⁸⁷

En el año 2003 se presentó en la Asamblea Legislativa el primer proyecto de ley para dotar a este derecho procesal de una función reactiva y preventiva, ya que al no estar reconocido legamente como una garantía fundamental sus efectos eran “siempre acordados en favor del afectado de un caso concreto” y no tenían efectos extensivos hacia las demás personas que sufrían las mismas lesiones.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 01345-1998 del 27 de febrero de 1998, 11:36 horas (97-005213-0007-CO).

⁶⁸⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 04847-1999 del 22 de junio de 1999, 16:27 horas (99-002128-0007-CO).

⁶⁸⁸ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003”, La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): 13 y 16.

Pero es hasta setiembre del año 2011, que entro en vigencia la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales (Ley 8968), mediante la cual se complementan “las garantías generales del estado de derecho (...) y se limitan las ansias exorbitantes de información del Estado”.⁶⁸⁹ Esta disposición legislativa recalca en su artículo 1 que la autodeterminación informativa es el derecho fundamental previsto para que toda persona física -independientemente de su nacionalidad, residencia o domicilio-, pueda obtener el respeto a su privacidad o intimidad, personalidad, la libertad e igualdad.⁶⁹⁰ De modo que, mediante el conjunto de garantías y principios que le son reconocidas a su titular, este puede oponerse a las intromisiones abusivas e indebidas en sus datos personales, que son concretadas con un fin específico.⁶⁹¹

En su artículo 4 indica que el “conjunto de principios y garantías” deben ser respetados para garantizar el legítimo tratamiento de los datos personales, en los procesos de información que se realizan en el ámbito privado y público.⁶⁹² También, el artículo 14 del Reglamento ejecutivo N° 37554-JP determina que solo se pueden establecer restricciones al ejercicio de este conjunto de facultades “en los casos y con los alcances previstos en las leyes aplicables en la materia, mediante resolución de la autoridad competente debidamente fundamentada y motivada”.⁶⁹³

En el Derecho internacional de Derechos humanos la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, es la norma marco que regula el tratamiento de los datos genéticos conforme a los lineamientos derivados del derecho a la autodeterminación informativa. Por lo cual establece una serie de principios universales que deben de servir de guía a los Estados para elaborar las legislaciones

⁶⁸⁹ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003”, La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): 13 y 16.

⁶⁹⁰ Ibid., artículo 1.

⁶⁹¹ Mercedes Muñoz Campos y Hannia Soto Arroyo, *Derecho de autodeterminación Informativa* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2005), 38.

⁶⁹² Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 04, SINALEVI (consultado 20 de octubre, 2020).

⁶⁹³ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 14, SINALEVI (consultado 20 de octubre, 2020).

y políticas que autorizan la “recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, y las muestras biológicas de las que esos datos provengan”, de manera compatible con las exigencias del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Así, como para “sentar las bases para que las instituciones y personas interesadas dispongan de pautas sobre prácticas idóneas en estos ámbitos”.⁶⁹⁴

Por su parte, la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, en su artículo 27 establece que cualquier limitación que realicen los Estados a los principios universales se debe de hacer “por ley, en particular las leyes relativas a la seguridad pública para investigar, descubrir y enjuiciar delitos, proteger la salud pública y salvaguardar los derechos y libertades de los demás”. La cual tiene como requisito indispensable “ser compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”.⁶⁹⁵

a. Derechos integrantes del derecho a la autodeterminación informativa

Las autoridades públicas y los sujetos privados que manejan bases de datos manuales y automatizadas, tienen el requisito indispensable de adecuar sus procedimientos y reglas de actuación, así como el contenido de sus bases de datos a las exigencias establecidas en el Derecho Internacional de Derechos humanos y la Ley 8968.⁶⁹⁶ Por lo cual, al momento de recolectar, conservar y procesar de los datos genéticos sensibles, deben respetar y observar los siguientes principios integrantes del derecho a la autodeterminación informativa:

⁶⁹⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 01, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 21 de octubre, 2020).

⁶⁹⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencias y la Cultura, “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos: 19 de octubre de 2005”, artículo 27, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 21 de octubre, 2020).

⁶⁹⁶ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): transitorio 01, SINALEVI (consultado 21 de octubre, 2020).

I. Limitación en el tratamiento de los datos personales

Esta garantía establece que el ente responsable de la base de datos debe ser una persona física o jurídica, competente con arreglo de la ley para administrar un fichero público o privado y para decidir sobre su finalidad, la categoría de datos personales que se registrará y el tipo de tratamiento que se les aplicará.⁶⁹⁷ Estos supuestos deben de contemplarse legalmente para que se autorice su funcionamiento legítimo como centro de acopio de datos personales:

- Finalidad de la base: debe especificar el fin por el cual se recolecta, almacena, trasmite y se procesa la información personal en una base de datos. Mismo que debe ser legítimo, lícito, explícito y determinado.⁶⁹⁸ Por medio de este requisito se limita la actuación del ente responsable para tratar la información personal, pues no podrá utilizarla para otros propósitos distintos a los inicialmente autorizados por la ley o por el titular. Pues de acuerdo con el artículo 30 inciso c) de La Ley 8968 ello constituiría constituye una falta grave.⁶⁹⁹
- Categoría de datos personales: debe definir con claridad el tipo y la cantidad de información personal que va a ser almacenada y procesada en la base de datos.⁷⁰⁰ Este aspecto está limitado por el tratamiento que autoriza la Ley 8968, dependiendo de la categoría particular del dato personal:
 - Datos sensibles: Ninguna persona está obligada a suministrar este tipo de información personal, porque al pertenecer a su esfera más íntima se encuentra reservada del conocimiento o acceso de los terceros, pues su tratamiento puede afectar sus derechos e intereses. Por lo cual existe una prohibición para que los sujetos públicos o privados realicen un procesamiento de estos datos. Salvo que “la persona interesada haya hecho públicos voluntariamente o sean necesarios para el

⁶⁹⁷ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 03 inciso h), SINALEVI (consultado 21 de octubre, 2020).

⁶⁹⁸ Ibid., artículo 06.

⁶⁹⁹ Ibid., 30 inciso c).

⁷⁰⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 05802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas (95-006047-0007-CO).

reconocimiento, el ejercicio o la defensa de un derecho en un procedimiento judicial”.

- Datos de acceso restringido: al ser datos de interés para el titular y la administración pública, su tratamiento solo está permitido en bases de datos públicas de acceso restringido, cuando se cuenta con el consentimiento expreso del titular o se persigan fines públicos.
- Datos de acceso irrestricto: pueden ser tratados en bases de datos públicas de acceso general, según lo disponga una ley y respecto a la finalidad para la cual fueron recolectados.⁷⁰¹
- Tipo de tratamiento: debe demarcar el conjunto de operaciones específicas o etapas mediante las cuales efectuará el tratamiento automatizado o manual de los datos personales, abarcando desde el proceso informativo hasta el flujo transfronterizo de los datos. Porque en razón de la confidencialidad y privacidad de la información personal, cada operación que se realice debe estar claramente autorizada en el marco de una la ley o contar con el consentimiento de su titular. De lo contrario, resultara una injerencia abusiva e ilegítima, pues el acceso de los terceros a los datos personales es limitado.⁷⁰²

Siendo así, respecto a los datos genéticos existe una prohibición para su registro y tratamiento automatizado o manual, salvo que el titular otorgue su consentimiento o que responda a un fin legítimo y bajo los supuestos específicos dispuestos en una ley. En el marco del Derecho Internacional de Derechos Humanos, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, indica en sus artículos 5 y 12 que los datos genéticos humanos -al constituir información de naturaleza sensible- y las muestras biológicas; pueden ser recolectadas, conservadas y tratadas en forma legítima, cuando se persigan fines de “medicina forense o como parte de procedimientos civiles o penales u otras actuaciones legales, comprendidas las pruebas de determinación de parentesco, la extracción de muestras biológicas, in

⁷⁰¹ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 09, SINALEVI (consultado 21 de octubre, 2020).

⁷⁰² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 05802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas (95-006047-0007-CO).

vivo o post mortem”.⁷⁰³ Pero ello, deberá de hacerse “teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo c) del Artículo 1”, que impone que dicha actividad debe de estar sujeta a una “legislación interna que sea compatible con el Derecho Internacional relativo a los Derechos Humanos”.⁷⁰⁴

Esta garantía no se cumple porque la competencia del Departamento de Ciencias Forenses del OIJ, no se encuentra dada en una ley; sino que como ha sido ampliamente abordado, es un reglamento administrativo el que le da la facultad de administrar e implementar la base de datos sensibles. Además, si bien es cierto el reglamento define que solo se puede tratar la información no codificante extraída de las muestras biológicas dubitadas e indubitadas con fines de identificación humana, este requisito no se cumple en la praxis pericial.⁷⁰⁵ Porque actualmente las muestras biológicas recolectadas están siendo utilizadas para diversas finalidades a las inicialmente autorizadas en la normativa, ya que según lo detallado por la perita judicial Anayanci Rodríguez Quesada en la entrevista realizada, las regiones codificantes de las muestras biológicas dubitadas están siendo analizadas, con la finalidad de realizar estudios genéticos poblacionales que permitan obtener las características fenotípicas de los presuntos responsables de los hechos delictivos y en un corto periodo serán procesadas en una nueva base de datos de ADN.⁷⁰⁶ También, de acuerdo con lo detallado en el formulario del consentimiento informado (que constan en los anexos) proporcionados por la misma perita judicial, a los imputados y los familiares biológicos de personas desaparecidas, se le solicita autorización para utilizar posteriormente el material biológico que se les recolecta y sus perfiles genéticos con fines académicos, sin que ello esté autorizado en una ley.

⁷⁰³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 12, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 21 de octubre, 2020).

⁷⁰⁴ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 05, SINALEVI (consultado 22 de octubre, 2020).

⁷⁰⁵ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 3, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

⁷⁰⁶ Entrevista Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

II. Consentimiento informado

La Ley 8968 en su artículo 5 punto 1) impone la obligación al ente administrador de la base de datos pública o privada, de contar con el consentimiento “libre, específico, informado e inequívoco” del titular de los datos personales o de su representante legal, tanto para recolectarlos como para realizar todas las actividades que conllevan el respectivo tratamiento automatizado. El consentimiento, debe contar con los siguientes requisitos:

- Libre: no debe mediar error, mala fe o violencia que pueda afectar la manifestación de la voluntad.
- Específico: la persona debe consentir una finalidad determinada y definida que justifica el tratamiento del dato personal en un fichero automatizado o manual.⁷⁰⁷
- Informado: el titular debe saber cuál es el ente responsable de la base de datos previamente, el tipo de tratamiento al que será sometida su información personal y las consecuencias de otorgar su consentimiento. Así como las personas tendrán acceso a esta información y en que condiciones.
- Inequívoco: la manifestación de conformidad debe de entregarse por un medio que permita demostrar de manera indubitable su otorgamiento y consulta posterior.⁷⁰⁸
- El formulario de la toma del consentimiento puede realizarse por medio de un documento físico o digital, que debe de ser completado por el personal experto en el tema, con el fin de que tenga la capacidad para resolver todas las consultas generadas antes de la firma del documento. Además, se deberá de dejar constancia de este en el expediente respectivo.⁷⁰⁹

El ente responsable debe establecer el proceso de comunicación mediante el cual va obtener el consentimiento del titular conforme con la ley. En el cual ha de

⁷⁰⁷ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 02 inciso f), SINALEVI (consultado 22 de octubre, 2020).

⁷⁰⁸ Ibid., artículo 04.

⁷⁰⁹ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 729-730.

informar a la persona titular de los datos, en forma gratuita, clara y comprensible (en un lenguaje adecuado) por medio de un profesional especializado y calificado; sobre la naturaleza del procesamiento, así como los riesgos y beneficios que ello conlleva. Para que con base en ese amplio conocimiento, decida si autoriza o no la recolección, conservación y tratamiento posterior de sus datos personales.⁷¹⁰

Con base en el principio de transparencia nacional e internacional de los datos personales, la Ley 8968 en su artículo 5 punto 2) indica que “se prohíbe el acopio de datos sin el consentimiento informado de la persona o bien por medios fraudulentos, desleales e ilícitos”. El artículo 30 inciso a) de la Ley 8968 estipula como una falta grave “recolectar, almacenar, transmitir o de cualquier otra forma emplear datos personales sin el consentimiento informado y expreso del titular de los datos”.⁷¹¹ Algunas de las excepciones mediante las cuales se permite limitar en forma legítima este principio, serán cuando: 1- se disponga mediante una orden fundada dictada por una autoridad judicial competente o una comisión especial de Investigación de la Asamblea Legislativa , 2- se trate de datos de acceso irrestricto que han sido obtenidas por fuentes de acceso público, 3-cuando una disposición legal o constitucional establezca que en determinados casos el titular se encuentra obligado a entregar los datos para que sean tratados, aun sin contar con su consentimiento.⁷¹²

En materia genética la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos en su artículo 8, indica que respecto a los datos genéticos de naturaleza sensible se debe de respetar el principio de autonomía. El cual impone como regla general de que, para recolectar los datos genéticos y muestras biológicas, así como para realizar su ulterior tratamiento (utilización y conservación); se debe de obtener el consentimiento expreso -nunca tácito-, previo, libre, informado y voluntario de la persona interesada o su representante legal. Salvo que por medio de una legislación del Derecho Interno “se disponga en forma expresa los “límites a este principio del

⁷¹⁰, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, artículo 05.

⁷¹¹ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 30 inciso a), SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷¹² Ibid., artículo 05.

consentimiento por razones poderosas (...) compatibles con el Derecho Internacional relativo a los Derechos Humanos”.⁷¹³

De acuerdo con el Proyecto de Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana, establecía que el personal calificado responsable de obtener el consentimiento informado del titular o representante legal, tenía que cumplir con las siguientes condiciones necesarias:

- Dar su identificación y credenciales
- Respetar la privacidad de la persona durante el asesoramiento genético
- Manejar de forma confidencial la información
- Comunicarse en forma clara durante el proceso de consentimiento y asesoramiento genético
- Valorar la capacidad cognitiva y volitiva y de juicio del usuario para el libre ejercicio de su voluntad, con apoyo interdisciplinario

Igualmente, dicho cuerpo normativo indicaba que para obtener el consentimiento la persona titular o su representante legal, para autorizar la recolección y tratamiento de las muestras biológicas y los datos genéticos; se debía de informar a la persona interesada en forma veraz, completa, clara, objetiva, suficiente y apropiada, sobre todos los siguientes aspectos:

- La finalidad con la que se obtienen los datos genéticos humanos de la muestra biológica recolectada.
- Descripción completa del análisis genético a consentir: el tipo de información preliminar que se obtiene de la muestra biológica.
- Beneficios, los riesgos y las consecuencias esperados para la persona y su familia.⁷¹⁴
- El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas que se le formulan durante la recolección de los datos genéticos.

⁷¹³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 07, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 22 de octubre, 2020).

⁷¹⁴ Ibid., artículo 06.

- Explicar la existencia legal una base de datos genéticos de carácter sensible: la identidad del organismo responsable de la base y los usuarios encargados.
- La finalidad que se persigue con la conservación y tratamiento posterior de los datos genéticos, la información personal y las muestras biológicas (esta es una finalidad distinta a la de su recolección, por lo cual requiere consentimiento o disposición legal). Si la persona no consiente el tratamiento posterior, los datos genéticos deben eliminarse después del análisis preliminar.
- Informar la forma en la que se registra la información personal en este fichero informático: 1- que los datos genéticos obtenidos del análisis de ADN son transformados en un código alfanumérico que será conservado en el “archivo de perfiles genéticos”. 2- que los demás datos personales del donante de la muestra biológica (nombre, apellidos, sexo, número de identificación, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, número único de la causa, el tipo de asunto del que se trata, firma) serán conservados en “el archivo de identificación personal”, con la finalidad de asociar el código alfanumérico a una persona identificable. Además, detallar el tiempo legal por el cual se permite su conservación y los supuestos mediante los cuales la persona puede solicitar la eliminación de los mismos.
- El procesamiento al que se someterán los datos genéticos en la base de datos: 1-En los casos penales, los perfiles genéticos del imputado se compararán en forma sistemática con los perfiles pendientes de identificación. 2-En los casos humanitarios: los perfiles genéticos de familiares se compararán con los extraídos de los restos humanos pendientes de identificación.
- Sobre las muestras biológicas: detallar la finalidad por la cual se almacenan, en qué lugar se almacenan, quien puede tener acceso a ellas, que clase de estudios se les práctica, durante cuánto tiempo se van a conservar y cuáles son los supuestos en los cuales pueden ser eliminadas.
- En razón de la confidencialidad y privacidad de los datos personales y las muestras biológicas, se le debe de especificar los usuarios y destinatarios de la información: las personas o autoridades que pueden tener conocer y tener acceso y bajo qué circunstancias o finalidades. Por ejemplo: el Juez, Ministerio Público y el defensor con motivo de la causa penal que se investiga.

- En el caso de pretender la transferencia internacional de los identificadores de ADN contenidos en la base de datos, a autoridades judiciales y policiales de otros países, se requiere contar con la anuencia del interesado. Salvo que la ley disponga lo contrario y especifique en que supuestos se autoriza la transmisión de la información.
- Informar sobre la posibilidad de ejercer los derechos que le asisten sobre sus datos personales: solicitar y obtener el acceso, rectificación o actualización y cancelación de los datos genéticos, las muestras biológicas e información personal. Lo cual es una garantía de la fiabilidad y exactitud del ente como garante de la calidad de los datos.
- Solicitar su anuencia expresa para utilizar en forma posterior el material genético y los datos obtenidos con fines académicos. Igualmente, si permite que los datos genéticos puedan ser desligados sus demás datos de información personal, para ser utilizados en forma anónima para estudios poblacionales. Si no lo consiente deben de ser eliminados luego de cumplir con la finalidad consentida.⁷¹⁵

Por ello, la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses como ente encargado de la administración y funcionamiento de la base de datos de perfiles de ADN forense, tiene la obligación de cumplir con el requisito del obtener el consentimiento del titular -en los casos criminales y humanitarios- para ingresar en el fichero informático, los identificadores genéticos de ADN en el “archivo de perfiles” y la información personal en el “archivo de identificación personal”. Así como para conservar las muestras biológicas humanas, pues estas albergan gran cantidad de información personal. Salvo que, por medio de una ley especial se establezca una limitación adecuada y necesaria a este requisito.

En el artículo 12 del Reglamento del Registro de datos de perfiles de ADN se reconoce esta garantía, al indicar

No existirá intromisión ilegítima, cuando el donante de la muestra biológica otorgue su consentimiento para que su perfil sea incluido en la base de datos siempre que haya sido previamente informado de los

⁷¹⁵ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 433-434.

alcances de su decisión, por el servidor o funcionario judicial, o bien, por el profesional en salud encargado de tomar la muestra biológica.⁷¹⁶

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado por los peritos judiciales Anayancy Rodríguez Quesada y Manuel González Cordero, este requisito solo se aplica obligatoriamente en los casos de investigaciones humanitarias a los familiares biológicos de las personas desaparecidas y a los funcionarios del OIJ -pues por lo general en la práctica no almacenan información de las víctimas de los delitos-. Pues para estos sujetos se utiliza un formulario específico para la toma de su consentimiento informado, en el cual si bien es cierto no se les informa sobre todos los alcances anteriormente detallados, si se cumple con algunos requisitos de importancia. En el caso de los familiares de personas desaparecidas se les indica: 1- que la muestra biológica tiene como único fin la identificación humana, 2-que los datos personales se almacenan en el registro de información personal de la base de datos de ADN, 3-que el perfil genético obtenido se almacena en el archivo para la identificación de personas desaparecidas y que será comparado solo con perfiles genéticos obtenidos de cadáveres o restos humanos que se presume que provienen de la persona desaparecida, 4-que la información almacenada en la base de datos es confidencial, 5-que los perfiles genéticos podrán ser eliminados mediante orden del Juez o el Ministerio Público cuando revoque su consentimiento informado o cuando se obtenga la identificación de la persona desaparecida, 6-se le solicita su anuencia para usar su material biológico y su perfil genético con fines académicos, así como el perfil genético desligado de sus datos personales para estudios genéticos poblacionales.⁷¹⁷

Pero el mayor problema se presenta en el caso de los imputados, pues como lo indico la perita judicial Anayancy Rodríguez Quesada, los peritos no están obligados a tomar su consentimiento informado para almacenar y procesar sus datos genéticos, muestras biológicas e información personal. Al iniciar la implementación de la base de datos de ADN si tomaba su consentimiento, pues el reglamento no dispone lo

⁷¹⁶ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 12, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

⁷¹⁷ Formulario de consentimiento informado-familiares personales desaparecidas, facilitado por la perita judicial Anayancy Rodríguez Quesada, mediante mensaje de correo electrónico, a las 8:04 horas del 2 de noviembre, 2020.

contrario, pero luego “el Consejo Superior dijo que no era necesario, ya que lo imputados se encuentran obligados a suministrar esa información”.⁷¹⁸ Lo mismo resalto el perito judicial Manuel González Cordero, al manifestar que “según el oficio CAP-033-14, es suficiente informar al imputado sobre los alcances del artículo 14 del Reglamento, pero no es necesario su firma, ni llenado del consentimiento”.⁷¹⁹

Entonces, a raíz de la circular CAP-033-14, de la Comisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial se limita la garantía fundamental del consentimiento informado para los imputados. De seguido se explican los principales argumentos esbozados en dicha circular:

Fue redactada el 4 de noviembre del 2014 por el magistrado Carlos Chinchilla Sandi, presidente de la Comisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema de Justicia. Mediante la misma se emite una respuesta a la consulta formulada por Gerald Campos Valverde, subdirector del Organismo de Investigación Judicial; en la cual se solicitó el criterio de la Comisión para interpretar el Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana y determinar si en el caso del imputado es necesario que se tome el consentimiento informado para la inclusión de su perfil de ADN en el registro en cuestión. Al respecto dicha Comisión interpreto que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial -los cuales a criterio de dicha Comisión constituyen el fundamento legal de la creación del Registro de perfiles de ADN-, el OIJ está facultado para incluir en todos sus archivos criminales a

las personas que hayan comparecido ante las autoridades en condición de presuntos responsables de la comisión de delitos. Pero estas normas no establecen que para su inclusión en el archivo criminal se requiera el consentimiento de esas personas, por el contrario, su inclusión es una facultad otorgada a la autoridad por el legislador, en virtud del

⁷¹⁸ Entrevista Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

⁷¹⁹ Entrevista Manuel González Cordero, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, mensaje de correo electrónico, de las 17:50 del 12 de febrero, 2020.

reconocimiento de un interés público valorado como necesario para la persecución penal de los delitos.⁷²⁰

Además, resaltan que el numeral 88 del Código Procesal Penal, dispone que en el caso de que la muestra biológica sea tomada directamente del imputado “se actúa por orden de una autoridad y no porque el imputado haya dado su consentimiento”. Por lo que la autoridad judicial -juez o fiscal- al disponer la realización de la prueba de ADN sin el consentimiento del imputado, ello necesariamente implica “que se ordena tanto el procedimiento de toma del tejido biológico, como el de extracción del perfil genético, el de inclusión de esa información en el Registro y el de compararlo con otros perfiles registrados”. De manera que interpretan que en dichos casos “no se requiere el consentimiento informado del imputado, pues se actúa en cumplimiento de una orden judicial o fiscal, y no a petición o por consentimiento del imputado”.⁷²¹ De modo que solo se requería cumplir con la “obligación de informar a la persona que el motivo de la extracción de la muestra es obtener la codificación de su perfil de ADN, (...) los alcances de la incorporación de esa información en el Registro y que el único objetivo es de identificación humana. Pero esta **obligación de informar no comporta el requisito de obtener el consentimiento del imputado**”.⁷²² (El resaltado no es del original).

Esta circular refiere que en los únicos supuestos en los que se requiere que la persona manifieste expresamente el consentimiento informado es: 1-“en los casos en que la muestra de tejido para extraer el perfil de ADN, sea aportada por las víctimas de los delitos”; 2- “cuando sea donada por familiares, en caso de personas desaparecidas y para la identificación de cadáveres”, 3- cuando el imputado solicita voluntariamente la realización de una prueba de ADN como parte de su defensa, ya que en este supuesto no existe una orden de una autoridad judicial, sino que es el

⁷²⁰ Poder Judicial, Sala Tercera, Comisión de la Jurisdicción Penal, Oficio CAP-033-14, facilitado por el técnico judicial Fabián Freyeán Mora, mediante mensaje de correo electrónico, 19 de agosto, 2020, 1.

⁷²¹Ibid., 2-3.

⁷²² Ibid., 4.

imputado “quien voluntariamente aporta la muestra para la codificación de su perfil de ADN y su inclusión en el Registro”.⁷²³

Al final de dicha circular se recalca el voto en contra del informe de mayoría que realizó la Jefatura de la Defensa Pública, mediante el informe JEF-1064-2014, donde da conocer algunas de las siguientes razones que fundamenta su oposición,

La Defensa Pública considera que la inclusión del perfil de ADN de un imputado en la Base de Datos sin contar con su consentimiento, **violenta derechos fundamentales de la persona como la intimidad y la protección de sus datos de carácter personal, conforme al artículo 24 de la Constitución Política.** Es importante recordar que desde la misma discusión de este Reglamento, la Defensa Pública sostuvo su absoluta oposición a que se aprobara, ya que la regulación de una base de datos que contenga el perfil genético de las personas **es materia de reserva de ley, pues los derechos fundamentales que afecta este tipo Registro están consagrados en la propia Constitución Política, lo que impide que la regulación de esta materia sensible se realice a través de una mera disposición reglamentaria.** (...) debe considerarse, por ser más favorable a los intereses de las personas imputadas y al respeto de sus derechos constitucionales, que **su consentimiento si es indispensable para que los datos de ADN puedan registrarse en la base de datos creada al efecto.**⁷²⁴ (El resaltado no es del original).

Dicha opinión lleva la razón, pues según se ha indicado con anterioridad, si bien es cierto el Código Procesal Penal otorga una autorización expresa y carácter legal al fiscal o juez encargado de un caso, para ordenar la intervención física del imputado -aún sin su consentimiento, siempre que no se afecte su dignidad, integridad y salud- y realizar una toma de muestras biológicas para practicar el consecuente análisis de su ADN para coadyuvar en una investigación penal específica. Ello no

⁷²³ Poder Judicial, Sala Tercera, Comisión de la Jurisdicción Penal, Oficio CAP-033-14, facilitado por el técnico judicial Fabián Freyeán Mora, mediante mensaje de correo electrónico, 19 de agosto, 2020, 3.

⁷²⁴ Ibid., 5-6.

constituye una autorización legal de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses para codificar la información genética obtenida, almacenarla en el registro de datos, y procesarla de forma posterior, sin contar con su consentimiento informado.

Como se ha resaltado la garantía fundamental del consentimiento informado es necesaria, tanto para recolectar los datos genéticos, como para realizar todas actividades asociadas con su ulterior procesamiento. Además, el tratamiento de los datos genéticos contenidos en este registro informático, tiene mayores alcances, ya que esta información no solo va a ser utilizada en el marco del proceso penal mediante el cual se autorizó legalmente su análisis. Sino que serán utilizados en posteriores investigaciones penales nacionales e incluso en investigaciones internacionales en su contra, si se suscriben convenios para compartir estos datos con las autoridades de otros países.

Por esta razón, se debe contar con una ley que limite en forma legítima este derecho fundamental. La cual debe de indicar expresamente que en el caso del imputado no se necesita su consentimiento informado para codificar su perfil de ADN, incluir esa información en una base de datos genéticos, con la finalidad de compararlo posteriormente con otros perfiles registrados, para lograr su identificación humana. Así mismo, se debe de limitar su consentimiento para disponer la conservación sus muestras biológicas, con diversas finalidades, pues esta circunstancia tampoco se encuentra prevista en el marco de una ley.

A modo de ejemplo, mediante el proyecto de Ley de protección de la información genética humana y datos proteómicos, si se limitaba en forma lícita este principio al consentimiento. Pues establecía de forma expresa que en el caso de las investigaciones penales sería la “autoridad judicial” la que podría disponer mediante una resolución judicial los casos fundamentados y necesarios, en los cuales se podía realizar el análisis genético y el consecuente tratamiento de las muestras biológicas y los datos genéticos mediante registros informáticos, aún sin contar con el consentimiento de su titular o representante legal.⁷²⁵

⁷²⁵ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 428-429.

II. I Derecho a consentir la transferencia de sus datos personales

Como se recalcó en el apartado anterior la garantía del consentimiento informado debe ser respetada tanto para recolectar como para procesar los datos personales. Una de las actividades del tratamiento de los datos personales que genera mayores repercusiones y respecto de la cual se necesita la anuencia de la titular o representante legal, es la transferencia de los datos personales. La cual “implica la cesión de datos personales”, por parte del responsable de la base de datos “a cualquier tercero distinto del propio responsable, de su grupo de interés económico, del encargado, proveedor de servicios o intermediario tecnológico, (...) siempre y cuando el receptor no use los datos para distribución, difusión o comercialización”.⁷²⁶

El artículo 14 de la Ley 8968 establece como requisito primordial que los datos personales que se van a transferir deben haber “sido recabados o recolectados de forma lícita”, es decir sin vulnerar los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Ley 8968 y su reglamento ejecutivo.⁷²⁷

Además, como regla general el artículo 40 de su reglamento ejecutivo dispone, que el ente responsable de la base de datos requiere contar con el “consentimiento inequívoco del titular” o su representante legal -debidamente acreditado- para transferir los datos contenidos en ella. Salvo que se establezca en el contenido de una ley, alguna disposición en contrario que limite esta garantía.⁷²⁸

Otro de los requisitos impuestos al responsable de la base de datos, es el señalado en el artículo 41 inciso w), pues debe cumplir con la adopción de un protocolo mínimo de actuación para especificar los pasos por seguir en la transferencia de datos personales. El cual tiene que inscribirse ante la Agencia de protección de datos, para verificar que cumpla con todas las exigencias establecidas

⁷²⁶ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 01 inciso w), SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷²⁷ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 14, SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷²⁸ Ibid., artículo 40.

por el derecho a la protección de los datos personales y si es así, se le otorga la respectiva autorización para realizar la cesión de la información personal.⁷²⁹

Dicha ley refiere en su artículo 30 inciso b), que es una falta grave “transferir datos personales a otras personas o empresas en contravención de las reglas establecidas en (...) esta ley”.⁷³⁰ También, en su artículo 31 inciso f), señala que es falta gravísima “transferir, a las bases de datos de terceros países, información de carácter personal de los costarricenses o de los extranjeros radicados en el país, sin el consentimiento de sus titulares”.⁷³¹

Por su parte, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos dispone la obligación de los Estados para regular en su legislación interna, la transferencia transfronteriza de los datos genéticos y las muestras biológicas. Además, recomienda que en el marco de la circulación y cooperación internacional deben de esforzarse por suscribir acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales para tratar de “garantizar que la parte que reciba los datos los proteja adecuadamente con arreglo a los principios enunciados en esta Declaración”. De manera que, no se pretende limitar este flujo de información, pero sí que al realizar dicha actividad se garantice el cumplimiento y respecto de los principios universales, pues a través de ello se permite a los países “crear las capacidades necesarias para participar en el intercambio de conocimientos científicos sobre los datos genéticos humanos y las correspondientes competencias técnicas, así como en el aprovechamiento compartido de sus beneficios”.⁷³² De esta misma forma lo reconoce el artículo 18 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos,

⁷²⁹ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 41 inciso w), SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷³⁰ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 30 inciso b), SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷³¹ Ibid., artículo 31 inciso f).

⁷³² Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 18, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 23 de octubre, 2020).

Los Estados deberán hacer todo lo posible, teniendo debidamente en cuenta los principios establecidos en la presente Declaración, para seguir fomentando la difusión internacional de los conocimientos científicos sobre el genoma humano, la diversidad humana y la investigación genética, y a este respecto favorecerán la cooperación científica y cultural, en particular entre países industrializados y países en desarrollo.⁷³³

Así, por ejemplo, el proyecto de ley 17.486 para la protección de la información genética humana y proteómica humana, que pretendía regular el objeto de estudio, establecía como regla general que los datos genéticos de carácter sensible y las muestras biológicas, solo podían transferirse a terceros, cuando la persona de la cual se obtuvieron o su representante legal lo hubieran consentido, previo asesoramiento genético. Además, señalaba expresamente los supuestos de excepción a dicha regla, los cuales eran: 1- por disposición judicial, especialmente para la identificación de personas con motivo de una investigación criminal, así como para la identificación de cadáveres, 2- en el caso de crímenes internacionales, podía ser compartida con sistemas policiales internacionales y en el marco de un convenio de cooperación internacional policial, en cuyo caso los datos deben estar disociados, codificados o anonimizados, 3- para la identificación de personas por razones humanitarias y según lo disponga el organismo de control (Ministerio de Salud).⁷³⁴

Esta garantía se ve limitada en el Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN, propiamente en el artículo 10 que indica “la información que integra la base de datos de ADN” puede ser “compartida con las Autoridades Fiscales, Judiciales o Policiales de terceros países”. Por lo que no se cumple con el requisito de contar con el consentimiento del titular -víctima, imputado, familiares biológicos de las personas desaparecidas- para que información pueda ser compartida a terceros no directamente involucrados con la causa de investigación que motiva la recolección y tratamiento de sus datos. Pues señala que el único requisito es “cuando

⁷³³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: 11 de noviembre de 1997”, artículos: 18, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷³⁴ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 438.

expresamente así se disponga por Convenios internacionales suscritos por Costa Rica o por Ley”. Además, no se limita la categoría de datos personales que pueden ser compartidos, pues al indicar que es la información que integra la base de datos, se le otorga la autorización para transferir tanto los perfiles genéticos, como la información personal e incluso las muestras biológicas, ya que estas forman parte del conjunto estructurado de archivos que integran dicha base.⁷³⁵

En la praxis pericial, de acuerdo con lo indicado por la perito judicial Anayancy Rodríguez Quesada actualmente el Poder Judicial tiene un convenio institucional con la Interpol.⁷³⁶ Este convenio es la Carta internacional de ADN, la cual según el Informe anual de Interpol del año 2012, fue suscrita por Costa Rica ese mismo año. De manera que tal y como se explicó anteriormente, los 84 países miembros de Interpol que han suscrito dicha Carta, pueden acceder a la base de datos internacional de ADN, tanto para ingresar sus perfiles genéticos y hacer consultas, como para compartir su información con dichos países. También, la perita judicial indicó que “EEUU tiene intenciones” de realizar un proyecto “con los países del área Centroamericana”⁷³⁷ que tienen el programa CODIS, para que compartan sus perfiles genéticos, lo cual permitirá coadyuvar a resolver investigaciones criminales y humanitarias pendientes de identificación.

II. II Derecho a la eliminación o revocación del consentimiento

Es el derecho del titular de los datos personales o su representante legal, para revocar el consentimiento que otorgó para el uso de su información personal. Puede realizarse en cualquier momento y ello abarca todas las etapas del tratamiento de la

⁷³⁵ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 10, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

⁷³⁶ Entrevista Anayancy Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

⁷³⁷ Ibid.

información, incluso hasta la transferencia.⁷³⁸ Esta garantía impone al ente responsable de la base de datos, la obligación de “establecer mecanismos expeditos, sencillos y gratuitos, que permitan al titular revocar su consentimiento”.⁷³⁹

En materia de información genética la revocatoria o eliminación del consentimiento abarca la desde negativa de la recolección, conservación y hasta el tratamiento posterior de los datos genéticos en los bases de ADN -la información extraída a partir de los análisis médicos y científicos- y los archivos donde constan las muestras biológicas. Para que este derecho pueda ser limitado, se debe establecer en el marco de una ley que esta facultad no será posible en ciertos supuestos, por estos ser excepciones legales al consentimiento informado.⁷⁴⁰

La Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos, reconoce que la persona a la cual se le recolecto su muestra biológica y datos genéticos, puede revocar su consentimiento y ello no debe de acarrear ningún perjuicio o sanción para el titular de los datos. De modo que, si revoca su consentimiento se debe de dejar de utilizar sus datos genéticos y sus muestras biológicas. Como excepción si esta medida no fuera factible o segura “los datos y las muestras biológicas deberían ser irreversiblemente disociados o bien destruidos”.⁷⁴¹

Esta garantía se ve vulnerada en el artículo 25 del Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN, el cual reconoce la facultad para revocar o eliminar el consentimiento de modo expreso, solamente a las víctimas de los hechos delictivos y a los familiares de personas desaparecidas. Sin embargo, no pueden hacerlo en forma directa ante el ente responsable de la base de datos, sino que tienen que hacer la gestión ante el Ministerio Público o el Juez y son estos quienes deben de ordenar al Departamento de Ciencias Forenses que excluya la información personal

⁷³⁸ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 07, SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷³⁹ Ibid., artículo 07.

⁷⁴⁰ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 431.

⁷⁴¹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 09 inciso c), http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 23 de octubre, 2020).

almacenada.⁷⁴² Además, la revocatoria del consentimiento implica que la información personal y los perfiles genéticos almacenados sean cancelados, pero no se eliminan las muestras biológicas, pues el reglamento indica que estas van a ser conservadas para los fines del proceso. De igual manera, este derecho no le es reconocido al imputado o condenado, pues impera el criterio señalado por la Comisión de Asuntos Penales en la circular CAP-033-14.

III. Derecho a la calidad de la información

De acuerdo con esta garantía solo pueden ser recolectados, almacenados y procesados en forma automatizada o manual los datos de carácter personal que sean “actuales, veraces, exactos y adecuados para el fin para el que fueron recolectados”. Por lo cual el ente encargado de la base de datos debe crear los mecanismos para asegurar que se cumplan estos requisitos, desde el momento en el que la información es recabada y hasta que el tratamiento persista.⁷⁴³ El contenido de estos requisitos es el siguiente:

- Actuales: Impone la obligación al ente responsable de la base de datos para eliminar aquellos datos que dejan de ser pertinentes o necesarios para la finalidad por la cual se recolectan. Por lo cual tiene la prohibición de conservar dichos datos después de que se cumpla con la finalidad, si con ello puede “afectar de cualquier modo a su titular (...), **salvo normativa especial que disponga otra cosa**”. Además de que ya no existiría un motivo de validez para su conservación. (El resaltado no es del original)
- Veracidad: el ente responsable se encuentra obligado a modificar o suprimir los datos erróneos o que no sean veraces y de velar porque estos sean tratados de manera lcita y leal.
- Exactitud: tiene el deber de tomar las medidas necesarias para que los datos sean certeros y completos para los fines por los que se recolectan y tratan. Los

⁷⁴² Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 25, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

⁷⁴³ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 06, SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

datos deben ser identificados de manera que se pueda determinar la titularidad y el significado de la información, lo cual da la confianza de que al cumplir con esos requisitos los resultados que se obtengan van a ser correctos. De modo, que si no cumple con dicho requisito, los datos deben ser suprimidos de oficio o rectificadas y actualizadas por su titular. Igualmente, si se constata que no se contó con el consentimiento informado de su titular, deben ser eliminados pues su recolección está prohibida.

- Adecuación al fin: los datos personales almacenados deben ser utilizados para la finalidad concreta por la que se recolectaron. Por lo cual se impone la prohibición al ente responsable de la base para emplear la información compilada con una finalidad o un propósito diverso e incompatible con el fin inicialmente consentido o autorizado por la ley.⁷⁴⁴

En referencia a los datos genéticos, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, en su artículo 15 señala que las personas físicas o jurídicas autorizadas de manera legítima para recabar y tratar los datos genéticos humanos y las muestras biológicas; deben adoptar las medidas necesarias para garantizar “la exactitud, fiabilidad, calidad y seguridad de esos datos y del tratamiento de las muestras biológicas”. Además, al tratar e interpretar los datos genéticos y las muestras biológicas tendrán que “obrar con rigor, prudencia, honestidad e integridad (...), habida cuenta de las consecuencias éticas, jurídicas y sociales que de ahí pueden seguirse”.⁷⁴⁵

Respecto a la modificación de la finalidad, establece que los datos genéticos y las muestras biológicas que fueron recolectados con las finalidades legítimas establecidas “en el artículo 5”, no podrán ser utilizados con una finalidad distinta que sea incompatible con el consentimiento original del titular. Como excepción a este principio, se establece la obligación de recabar el consentimiento del titular para esta nueva finalidad o que el derecho interno “disponga que la utilización propuesta

⁷⁴⁴ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 06, SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷⁴⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 15, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 23 de octubre, 2020).

responde a motivos importantes de interés público y es compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”.⁷⁴⁶

IV. Derecho a la seguridad de los datos personales

En razón de la obligación del resguardo de la confidencialidad y privacidad de los datos personales, el ente responsable y las personas que intervienen en las fases de acopio, almacenamiento y uso de los datos personales, deben actuar bajo el secreto profesional o funcional, aunque su relación con la base de datos en cuestión termine. Por lo cual, no puede divulgar o poner a disposición de terceros los datos personales que conocen, salvo que por una decisión judicial se les releve de su deber al secreto y ello será solo “en lo estrictamente necesario y dentro de la causa que conoce”.⁷⁴⁷

Además, este principio impone al ente responsable de la base de datos la obligación de adoptar las medidas de índole técnica y de organización que son necesarias para garantizar la efectiva protección e integridad de la información personal almacenada. Ello con la finalidad de evitar su “alteración, destrucción accidental o ilícita, tratamiento y acceso no autorizado, así como cualquier otra acción contraria a la ley” que se realice sobre los datos personales.⁷⁴⁸

Como medida de seguridad administrativa, debe de cumplir con la adopción de protocolos mínimos de actuación, en los que establezca y documente en forma expresa y clara el procedimiento específico que los usuarios encargados deben de seguir para ejercer las funciones de recolección, almacenamiento, manejo,

⁷⁴⁶ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 16, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷⁴⁷ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 11, SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷⁴⁸ Ibid., artículo 10.

modificación, bloqueo y supresión de los datos personales⁷⁴⁹; con apego a las obligaciones dispuestas por la Ley 8968.

Dicha ley refiere en su artículo 12 que la versión original y las modificaciones que se realicen a dicho protocolo deben ser inscritas ante la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes, para ser considerado como válido para realizar el tratamiento lícito y legítimo de los datos personales.⁷⁵⁰ En estos se debe especificar las siguientes condiciones mínimas:

- Las políticas y manuales de privacidad y seguridad exigibles al interior de la organización, que garanticen una protección adecuada de los datos personales de los ciudadanos.⁷⁵¹
- El procedimiento de control interno para el cumplimiento de las políticas de privacidad: Un ejemplo serían las bitácoras donde se debe consignar el funcionario al cual se permite el acceso, el motivo, y las consultas o acciones realizadas. Para que las actividades sean auditadas, permitiendo con ello detectar posibles irregularidades.⁷⁵²
- El manual de capacitación, actualización y concientización del personal sobre las obligaciones en materia de protección de datos personales: ya que debe de existir una adecuada comprensión y compromiso del personal para aplicar las pautas y normas que velan por la protección especial de los datos de carácter sensible.
- Los procedimientos ágiles, expeditos y gratuitos para recibir y responder solicitudes de los titulares de los datos personales o sus representantes, sobre sus derechos de acceso, rectificación, modificación, eliminación y revocatoria del consentimiento,

⁷⁴⁹ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 27, SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷⁵⁰ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 12, SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷⁵¹ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003”, La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): 127.

⁷⁵² Ibid., 124-125.

- Las medidas y procedimientos técnicos con los que debe de contar el equipo de cómputo y sistema informático que se utiliza para operar la base de datos, con la finalidad de para mantener un historial para fiscalizar el almacenamiento, manejo y transmisión de manera eficaz de los datos personales.⁷⁵³
- Además, deben de contener los productos y tecnologías de seguridad aplicadas en los sistemas informáticos (firewalls y antivirus).

La Agencia de Protección de Datos de los Habitantes tiene la potestad de verificar que todas las autoridades públicas o privadas que manejan una base de datos personales, se encuentren cumpliendo cabalmente con todas las disposiciones establecidas en la Ley 8968 y los términos del protocolo de actuación.⁷⁵⁴ De manera que si verifican el incumplimiento de las normas para garantizar la seguridad y uso legítimo de los datos personales, tienen la potestad de imponer sanciones y en el caso de que constituyan infracciones penales, dar parte al Ministerio Público.⁷⁵⁵

En este sentido la Ley 8968 ha determinado que constituye una falta leve que el ente encargado de la base “transmita los datos de las personas, por un medio inseguro y de manera que se pueda alterar su contenido”.⁷⁵⁶ Así mismo, constituye una falta gravísima “revelar información registrada en una base de datos personales cuyo secreto esté obligado a guardar conforme la ley”.⁷⁵⁷

En el caso del acceso y tratamiento de los datos personales sensibles -cuando la ley lo permita o se cuente con el consentimiento del titular- la Ley 8968 en su artículo 3 inciso f) señala que el deber de garantizar su confidencialidad y seguridad es responsabilidad del administrador de la base, el personal a su cargo y de la Agencia de protección de datos, en virtud de la posibilidad que la ley les ha dado para procesar

⁷⁵³ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 32, SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷⁵⁴ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 16 inciso c), SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷⁵⁵ Ibid., artículo 16 inciso a) y g).

⁷⁵⁶ Ibid., artículo 29 inciso b).

⁷⁵⁷ Ibid., artículo 30 inciso c).

los datos personales sensibles.⁷⁵⁸ Además, el artículo 37 impone la obligación al ente responsable de la base de datos sensibles para “revisar y, en su caso, actualizar las medidas de seguridad correspondientes, al menos una vez al año”.⁷⁵⁹

Respecto a los datos genéticos de naturaleza sensible y las muestras biológicas, la Declaración Internacional sobre datos genéticos humanos refiere que los Estados están obligados a adoptar en su derecho interno “las precauciones necesarias para garantizar la seguridad” en razón de su carácter privado y confidencial. Pues como regla general estos no pueden ser datos a conocer, ni puestos a disposición de terceros, salvo por “una razón importante de interés público **en los restringidos casos previstos en el derecho interno (...)** o cuando se haya obtenido el consentimiento previo, libre, informado y expreso de esa persona, **siempre que éste sea conforme al derecho interno y al derecho internacional relativo a los derechos humanos**”.⁷⁶⁰ (El resaltado no es del original).

Por su parte el proyecto de ley 17.486 para la protección de la información genética humana y proteómica humana, detallaba que las instituciones y los centros privados que manejan información genética y muestras biológicas, mediante bases o bancos, están en la obligación de tomar las medidas necesarias para su seguridad “independientemente si su propósito es el diagnóstico médico o la investigación civil o judicial”. Además, se establecía como requisito necesario que estas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, se inscribirían y recibirían autorización para su funcionamiento del órgano de control estatal en materia de protección de datos.⁷⁶¹

Además, en dicho proyecto de ley se contemplaban una serie de responsabilidades especiales que el ente responsable de la base de datos y los

⁷⁵⁸ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 03, SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷⁵⁹ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 37, SINALEVI (consultado 23 de octubre, 2020).

⁷⁶⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 14, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 24 de octubre, 2020).

⁷⁶¹ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009”, La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 432.

funcionarios encargados, tenían que cumplir en razón de la naturaleza sensible de la información manejada. Algunas de las más importantes eran:

Mantener un registro de actividad y organización de la base de datos y el archivo de ADN: regular cuales son los funcionarios que pueden tener acceso a la información, cuales son los encargados del mantenimiento de la información. (...) Emitir protocolos de actuación en los que se determine los procedimientos de recolección, tratamiento, utilización, actualización, conservación o eliminación de los datos genéticos y las muestras biológicas (...). Definir con claridad el tipo de responsabilidad que el personal o los terceros (...); entre otras.⁷⁶²

Es menester indicar que en el contenido del Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana no se garantiza el cumplimiento de todas las medidas de índole técnica y administrativa mencionadas, las cuales son necesarias para asegurar la privacidad, confidencialidad, integridad y el adecuado procesamiento de la información conservada y procesada en dicha base de datos. Además, al momento de la elaboración de este proyecto de investigación no se tiene conocimiento de que la Sección de Bioquímica Forense cuente con un protocolo de actuación para regular el funcionamiento de la misma a nivel interno, pues se realizó una búsqueda en las distintas páginas de internet e Intranet en las que el Poder Judicial da a conocer los reglamentos, protocolos y disposiciones internas que rigen sus diversos Departamentos o Secciones y no fue posible encontrar algo relacionado con el tema. Además, como se resaltó anteriormente la competencia actual de la PRODHAB sobre las bases de datos personales de carácter confidencial que son utilizadas por las distintas instancias del Poder Judicial, es limitada. La ley 8968 no indica de forma expresa que deban de cumplir con la inscripción de la mismas y su respectivo protocolo de actuación ante la Agencia, por lo cual no es posible asegurar que el DCF este cumpliendo con todos los requisitos anteriormente detallados y en caso de no hacerlo, tampoco se le podrían imponer sanciones, pues estas actualmente solo son aplicables para los entes privados que contravengan las normas de protección de datos personales.

⁷⁶² Poder Legislativo, "Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009", La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 1010-1011.

V. Derecho de Acceso a la información

Este principio indica que el titular de los datos personales o su representante legal, tienen derecho a obtener del ente responsable, la información relativa a sus datos personales que se encuentran registrados o almacenados en la base de datos automatizada o manual; con la finalidad de ejercer un verdadero control o supervisión sobre su recolección, calidad, conservación y uso conforme a la ley. Por lo cual puede conocer sobre: el tipo de datos referentes a su persona están siendo tratados, la dimensión de la información recopilada, la finalidad y generalidades del tratamiento de los datos.⁷⁶³

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 8968, este derecho comprende las siguientes facultades:

- Obtener del ente responsable la confirmación de si en una base de datos se almacenan datos personales. En el caso de que si se encuentren registrados el ente responsable de la base debe comunicarlos al interesado en forma precisa y entendible, para que pueda saber la clase y la totalidad de información “existente sobre su persona” que consta “en un determinado archivo, de manera que le permita hacerse una idea integral de la información recopilada”.⁷⁶⁴
- Recibir información física o electrónica que especifique en forma clara y entendible, la finalidad por la que estos datos fueron recolectados y el uso o tratamiento que al que se encuentra sometida su información. A fin de que logre determinar si sus datos serán compartidos a otras instituciones o centro de procesamiento de datos (pues se requiere su anuencia o excepción legal)
- Poder conocer el sistema, programa, método o proceso que es utilizado para almacenar y tratar sus datos personales.⁷⁶⁵

⁷⁶³ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 21, SINALEVI (consultado 24 de octubre, 2020).

⁷⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 05802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas (95-006047-0007-CO).

⁷⁶⁵ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 07, SINALEVI (consultado 24 de octubre, 2020).

- También debería informarse sucintamente de las obligaciones y responsabilidades de quienes recolectan su información personal.⁷⁶⁶

Esta garantía es la típica tutela del derecho a la información, “a partir de la cual el sujeto puede accionar con el fin de ejercer control de los datos que sobre él se encuentran registrados”. Puede descomponerse en dos momentos “uno en el que se manifiesta el derecho de conocer los datos personales que constan en el registro y un derecho de acceso en el que se toma conocimiento del contenido de la información existente”.⁷⁶⁷

Este derecho se relaciona con el principio de transparencia que impone la obligación al responsable de la base de datos para crear los mecanismos adecuados que garanticen al titular de los datos o su representante tener acceso veraz, amplio y efectivo a la información almacenada. Ello debido a que, la misma les pertenece a las personas a las que se refiere y no al sujeto responsable de la base de datos. Por lo cual tiene que establecer mecanismos de consulta comprensibles, sin recurrir a criterios técnicos y está en la obligación de darle trámite y responder toda solicitud que presente el titular o su representante; ya que de lo contrario se atenta contra la posibilidad real y efectiva de gozar de este derecho.

De manera, que como lo señala la Ley 8968 en su artículo 29 inciso a), constituye una falta leve que el ente responsable de la base recolecte y trate información personal sin “que le otorgue suficiente y amplia información a la persona interesada”.⁷⁶⁸ Asimismo, el artículo 30 inciso d), detalla que es una falta grave que el ente responsable se niegue “injustificadamente a dar acceso a un interesado sobre los datos que consten en archivos y bases de datos, a fin de verificar su calidad, recolección, almacenamiento y uso conforme a esta ley”.⁷⁶⁹ Además, el artículo 31 inciso d) refiere que la información otorgada debe de ser veraz, pues es una falta

⁷⁶⁶ Poder Legislativo, “Proyecto de ley 15178 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 20 de marzo de 2003”, La Gaceta No.102 (29 mar., 2003): 341.

⁷⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 05802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas (95-006047-0007-CO).

⁷⁶⁸ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 29 inciso a), SINALEVI (consultado 24 de octubre, 2020).

⁷⁶⁹ Ibid, artículo 30 inciso d).

gravísima del ente “proporcionar a un tercero información falsa o distinta contenida en un archivo de datos, con conocimiento de ello”.⁷⁷⁰

La Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos detalla en su artículo 13 que, “nadie puede ser privado del acceso sus propios datos genéticos (...) a menos que estén irreversiblemente disociados de la persona como fuente identificable de ellos o que el derecho interno imponga límites a dicho acceso por razones de salud u orden públicos o de seguridad nacional”.⁷⁷¹ Pero se establece el requisito indispensable de que dichas restricciones consten de forma expresa en la legislación interna que sea compatible con el derecho internacional de derechos humanos.

Esta garantía se ve limitada en el contenido del Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana, en el artículo 14 que dispone que antes de ser recolectada la muestra biológica la persona interesada, debe de ser informada por el servidor judicial o el servidor del centro de salud de la CCSS, de los alcances que la información va a tener cuando sea incorporada en la base de datos:

- a- Que sus datos personales serán incluidos en un registro dentro de la Base de Datos.
- b- Que la muestra biológica tiene como fin único la identificación humana, sin que pueda ser revelado ningún otro tipo de información genética.
- c- Que el perfil genético obtenido del análisis de la muestra, será incorporado a la Base de Datos de ADN.
- d- De la posibilidad de asociar su perfil genético con otros perfiles pendientes de identificación.
- e- Que los datos son de carácter confidencial.
- f- El tiempo que puede permanecer su muestra en la base de datos de ADN.

⁷⁷⁰ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 31 inciso d), SINALEVI (consultado 24 de octubre, 2020).

⁷⁷¹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 13, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 24 de octubre, 2020).

g- Cuando procede la cancelación de la información en la base de datos de ADN.⁷⁷²

Sin embargo, en este artículo no se disponen de manera amplia todos los alcances necesarios de los cuales debe de ser informado el titular o su representante legal. Además, esta disposición normativa solo hace referencia a la información que se le ha de proporcionar a la persona en el momento preliminar de la toma del consentimiento informado para recolectar la muestra biológica. Pero no dispone el procedimiento mediante el cual el titular puede tener acceso posterior a la información personal tratada en la base de datos, con la finalidad de que pueda verificar su calidad, conservación y uso conforme a derecho.

VI. Derecho a la rectificación de los datos personales

Es el derecho que tiene el titular de los datos personales o su representante legal para solicitar a la persona responsable de la base de datos, la rectificación de los datos personales almacenados que resulten ser inexactos, incompletos, confusos o no actualizados.⁷⁷³ Pues al no cumplir con los requisitos impuestos por la garantía de la calidad de la información, se considera que los datos personales están siendo tratados con infracción de las disposiciones de la Ley 8968.

A su vez, el ente responsable de la base tiene la obligación de establecer el proceso oportuno mediante el cual el interesado puede solicitar y obtener dicha rectificación. De manera que, el ejercicio de esta garantía solo puede ser limitada en el contenido de una ley, que especifique las razones de orden público por las cuales el titular o su representante no podrán exigir directamente al ente responsable de la base que cumpla con este requisito.

Esta garantía fundamental se encuentra limitada en el artículo 9 del Reglamento del registro de perfiles de ADN para identificación humana, que establece

⁷⁷² Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 14, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

⁷⁷³ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 23, SINALEVI (consultado 24 de octubre, 2020).

que es solo el Juez o el Ministerio Público, quienes de oficio o a petición de la parte interesada (imputado, condenado, víctima o familiar biológico de persona desaparecida) pueden ordenar “cuando constaten a través de un medio idóneo la existencia de un error en el Registro de Información Personal, (...) la rectificación de datos al encargado del mantenimiento de la Base de Datos de ADN”.⁷⁷⁴ De modo que no se le da la posibilidad a la persona titular del dato personal o su representante legal, para solicitar directamente al ente responsable de la base de datos que rectifique esta información, sino que solo puede realizarse por medio de un mandato de la autoridad judicial. Igualmente, este artículo solo hace referencia a la rectificación de los datos personales que se almacenan en el archivo de información personal de la base de datos de ADN, pero se veda la posibilidad de solicitar la rectificación de los datos genéticos almacenados en el archivo de perfiles genéticos.

VII. Derecho a la supresión o eliminación de los datos personales

Esta garantía dispone que en el contenido de la ley que autoriza la base automatizada de datos personales, se debe de fijar con claridad, el plazo o límite temporal por el cual se permite la conservación de los diversos tipos de información personal, porque estos no se pueden conservar de forma indefinida. Este plazo debe de establecer de manera acorde con la finalidad por la cual fueron recolectados.⁷⁷⁵ De modo que después de transcurrido el plazo finito, el titular o su representante legal, tienen derecho a exigir al ente responsable de la base de datos, que elimine o destruya del registro su información personal y se dé la consecuente imposibilidad de su uso.

Con base en el principio de proporcionalidad, la regla general aplicable es la referida en el artículo 11 del reglamento ejecutivo N° 37554-JP, en el cual se detalla que los datos personales almacenados en un fichero manual o automatizado deben de estar disponibles solo durante el tiempo necesario para cumplir con la finalidad por la cual fueron recolectados y procesados en la base de datos. De modo que, una vez

⁷⁷⁴ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 9, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

⁷⁷⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 05802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas (95-006047-0007-CO).

que han dejado de ser necesarios, pues se ha cumplido la finalidad, debe ser eliminados, ya que su utilización de forma posterior puede generar tratos discriminatorios y afectar los derechos fundamentales del titular. Como excepción a dicha regla, se reconoce que podrán ser conservados cuando: 1-por el consentimiento de las partes se establezca otro plazo, 2- una “disposición normativa especial” establezca otro plazo, 3- medie interés público para conservar el dato.⁷⁷⁶

Este derecho al olvido establece el deber de ente responsable de la base de datos de ajustarse al plazo establecido en la ley y eliminar los datos personales de oficio. Pero también para implementar reglas que propicien que el sujeto interesado pueda solicitar la supresión o eliminación total o parcial de la información registrada en la base de datos de manera definitiva.⁷⁷⁷ Por lo cual debe establecer un el proceso oportuno, para solicitarlo en los siguientes supuestos: 1-en cualquier momento si revoca su consentimiento, 2-cuando se ha cumplido el plazo acordado por las partes, 3-si el dato ya no es pertinente para la finalidad perseguida, 4-cuando por el transcurso del tiempo ya no resulta necesario mantener su información personal en el registro, 5- cuando su recolección ha sido prohibida, ya sea porque no se contó autorización del titular o su representante legal, 6-cuando no se cumpla con la garantía de la privacidad y confidencialidad, 7- cuando el ente de la base de datos proceso los datos personales con infracción de las disposiciones contenidas en la Ley 8968.⁷⁷⁸

La Ley 8968 en su artículo 30 inciso e), detalla que constituye una falta grave del ente responsable de la base de datos, “negarse injustificadamente a eliminar o rectificar los datos de una persona que así lo haya solicitado por medio claro e inequívoco”.⁷⁷⁹

⁷⁷⁶ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 11, SINALEVI (consultado 24 de octubre, 2020).

⁷⁷⁷ Alfredo Chirino Sánchez, *Autodeterminación informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica* (San José: Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Justicia, 1997), 43.

⁷⁷⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 05802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas (95-006047-0007-CO).

⁷⁷⁹ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 30 inciso e), SINALEVI (consultado 24 de octubre, 2020).

Con respecto a la forma legítima de limitar esta garantía fundamental, el reglamento ejecutivo N° 37554-JP en su artículo 26, refiere los siguientes supuestos: “b) Los datos deban ser mantenidos por disposición constitucional, legal o resolución de órgano judicial; d) La prevención, persecución, investigación, detención y represión de las infracciones penales, o de las infracciones de la deontología en las profesiones”.⁷⁸⁰

La Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, resalta en el artículo 15 inciso e), que “los datos genéticos humanos (...) no deberían conservarse de manera tal que sea posible identificar a la persona a quien correspondan por más tiempo del necesario para cumplir los fines con los que fueron recolectados o ulteriormente tratados”.⁷⁸¹

Respecto a la conservación de las muestras biológicas dispone en su artículo 17 que “b) Las disposiciones del artículo 12 deberían aplicarse mutatis mutandis a las muestras biológicas conservadas que sirvan para obtener datos genéticos humanos destinados a la medicina forense”.⁷⁸² Lo cual indica que la recolección, conservación y tratamiento de las muestras “solo debería efectuarse de conformidad con el derecho interno, compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”.⁷⁸³ Pero se debe de tener en cuenta que sobre las muestras biológicas es importante garantizar su resguardo o destrucción debido a la potencialidad de amplificación de datos de la misma.

De igual manera, el artículo 21 dispone que, para la destrucción de los datos genéticos y las muestras biológicas en los casos forenses, deben de seguir las siguientes reglas:

⁷⁸⁰ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 26, SINALEVI (consultado 24 de octubre, 2020).

⁷⁸¹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 15 inciso e), http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 24 de octubre, 2020).

⁷⁸² Ibid., artículo 17 inciso b).

⁷⁸³ Ibid., artículo 12.

- a) Los obtenidos de una persona sospechosa en el curso de una investigación penal, deben ser destruidos cuando dejen de ser necesarios. A menos que **“la legislación interna compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos contenga una disposición en contrario”**. (El resaltado no es del original).
- b) Los utilizados en medicina forense o en procedimientos civiles, sólo deben estar disponibles durante el tiempo necesario a esos efectos. A menos que “la legislación interna compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos contenga una disposición en contrario”.⁷⁸⁴

Este derecho fundamental se ve limitado en el artículo 9 del Reglamento del Registro de datos de perfiles de ADN para identificación forense, al indicar que solo el Juez y el Ministerio Público son los únicos autorizados para ordenar -de oficio o a petición del interesado- al Departamento de Ciencias Forenses, la cancelación o exclusión de toda la información contenida en la base de datos de ADN -el perfil genético y la información personal-.⁷⁸⁵ Lo cual implica que el titular de la información personal o su representante legal, no están facultados para solicitar en forma directa su cancelación. Así como tampoco se indica que el ente responsable puede eliminar de oficio la información que ha dejado de ser pertinente para la finalidad de la base de datos. Además, no se establece un lapso temporal a la autoridad judicial para solicitar al Departamento de Ciencias Forenses la eliminación de los datos; de modo que, si la autoridad judicial no dispone que se realice la eliminación de la información, se atenta contra esta garantía y contra el derecho a la privacidad o confidencialidad de la misma.

El citado artículo al disponer que se va a cancelar “la totalidad de la información de la Base de Datos de ADN”, hace referencia solo a la eliminación de los datos genéticos sensibles y los demás datos personales almacenados; pero no se contempla la concomitante eliminación de las muestras biológicas. Pues el artículo 19

⁷⁸⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: 16 de octubre de 2003”, artículo 21, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado 24 de octubre, 2020).

⁷⁸⁵ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 9, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

indica que “La muestra biológica recolectada para los fines de este reglamento, será conservada por un período máximo de diez años, contados a partir de su recolección o recepción por el Departamento de Ciencias Forenses”,⁷⁸⁶ por motivo de “una eventual contrapericia” y de ello el perito deja constancia en el informe pericial respectivo.⁷⁸⁷ Así el único supuesto de su eliminación es el que indica el artículo 19 de dicho reglamento “pasado este plazo las mismas serán destruidas, previa comunicación al Juez o Ministerio Público”.⁷⁸⁸ Lo cual limita el derecho del interesado a solicitar que la eliminación que de su muestra biológica cuando ella ya no resulte pertinente, pues esta debe de ser conservada por motivo de esta disposición reglamentaria, por un lapso de 10 años. Además, no resulta justificado, ni proporcional, en el caso de los imputados absueltos o sobreseídos, pues no hay necesidad de almacenarlos para eventuales contrapericias, si ya se logró demostrar su inocencia en el proceso penal. Así como en el supuesto de que la víctima de los hechos delictivos y los familiares biológicos de la persona desaparecida, revoquen su consentimiento para que sus datos genéticos e información personal sea almacenada y procesada en la base de datos; pues ya no existiría autorización, ni validez para conservarlas. Dicho artículo no hace excepciones de ningún tipo y trata a los casos penales y humanitarios de la misma manera.

Capítulo III: Requisitos que deben observar los Estados para elaborar una legislación proporcional que regule la base de datos genéticos de uso forense; en contraste con las disposiciones del Reglamento administrativo aprobado por la Corte Plena del Poder Judicial

La Bióloga costarricense y especialista en Genética forense, la Dra. Erna Meléndez Bolaños refiere la necesidad de que en el país se promulgue una legislación especial mediante la cual se autorice la creación, el fin y la forma en la que se utilizan,

⁷⁸⁶ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 19, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

⁷⁸⁷ Ibid., artículo 18.

⁷⁸⁸ Ibid., artículo 25.

accesan y manipulan los datos genéticos contenidos en la base de datos de ADN forense y las muestras biológicas.⁷⁸⁹

Así mismo, los principios universales desarrollados en el marco del Derecho Internacional de Derechos humanos que regula esta materia; indican que los países tienen la responsabilidad ética y jurídica de implementar una ley nacional acorde con ciertos lineamientos básicos. Por lo cual deben definir: 1- cuál es la finalidad de la base de datos de ADN y el archivo de muestras biológicas, 2- qué tipos de personas son tomadas en cuenta para conservar sus muestras biológicas e incluir su información personal y datos genéticos en la base, 3- cuáles son las conductas delictivas merecedoras de la inclusión en la base, 4- cuáles son los supuestos en los que se autoriza la conservación y la destrucción del perfil genético, los demás datos personales y la muestra biológica, 5- por cuánto tiempo serán almacenados los datos genéticos, las muestras biológicas y los demás datos personales, 6- cuál y cómo será la gestión del ente encargado de la administración, desarrollo y seguridad de la base de datos, 7- así como las responsabilidades y posibles sanciones para los encargados del manejo de la base de datos, en caso de manipulación o utilización indebida de los datos sensibles, las muestras biológicas y los demás datos personales.⁷⁹⁰

Por ello, en la presente sección se exponen los criterios de mayor relevancia que los países deben cumplir para elaborar e implementar una legislación proporcional sobre las bases de datos genéticas de uso forense y los archivos de muestras biológicas. Con el propósito de que se logre un adecuado equilibrio entre los intereses del Estado y el respeto a derechos fundamentales de las personas, cuyos datos sensibles están siendo procesados mediante esta técnica de investigación forense.

Ante la ausencia en el país de una ley sobre esta materia, pues como se ha indicado con anterioridad, los aspectos referentes a la implementación de la base de datos de perfiles de ADN en el contexto forense, se encuentran regulados en el reglamento administrativo dictado por la Corte Plena del Poder Judicial. En esta

⁷⁸⁹ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica, Lara Segura & Asoc., 2006), 153.

⁷⁹⁰ María Casado y Margarita Guillén, *ADN forense: problemas éticos y jurídicos: Bancos de datos genéticos que dice mi ADN de mí?, regulación y privacidad*, (Barcelona, España: Universitat de Barcelona, 2014), 200.

sección se analizan comparativamente las disposiciones contenidas en dicha normativa reglamentaria, a la luz de los mencionados criterios mínimos. Para con ello demostrar su desproporcionalidad al definir el ámbito de aplicación del fichero por parte del Departamento de Ciencias Forenses del OIJ y la intromisión a los derechos fundamentales. Provocando con ello una grave violación de las normas universales establecidas por el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

A. Finalidad de la creación

De conformidad con el principio de proporcionalidad, la base de datos de ADN al ser una medida que pretende limitar libertades fundamentales, debe de contar con una finalidad lícita, legítima y respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales de los titulares de los datos genéticos y las muestras biológicas. Esta finalidad debe de precisarse y detallarse de manera expresa en la ley, para con ello limitar y prohibir que las autoridades públicas puedan utilizar o tratar los perfiles genéticos, los datos personales y las muestras biológicas del donante, con otras finalidades distintas por las que fueron recolectados y registrados.

Por esto, tanto en el caso de las investigaciones criminales como humanitarias, la información tratada debe ser la necesaria y racional para alcanzar el fin perseguido en el proceso. Igualmente, debe respetarse su carácter confidencial, por lo cual se debe definir cuáles son los funcionarios que tendrán acceso a la información y en cuales supuestos.⁷⁹¹ De esa manera, la persona puede ejercer un verdadero control sobre el tratamiento de sus datos que le pueden afectar.

Así, el único fin de esta base de datos debe ser la identificación humana. En las investigaciones penales solo se debe permitir el estudio y la comparación de perfiles genéticos obtenidos de la región no codificante del ADN, para determinar si existe en dicha base, un perfil igual al extraído de la muestra dubitada, para lograr la identificación del posible donante de la misma. Mientras que en las investigaciones humanitarias, solo debe permitir la búsqueda de perfiles parciales, para verificar si

⁷⁹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 08218 - 1998 del 18 de noviembre de 1998, 16:00 horas (expediente 98-003207-0007-CO).

existe en la base otro perfil genético que comparta algunos marcadores genéticos con el extraído del resto humano o cadáver y con ello establecer una relación biológica.⁷⁹²

De esta manera, para lograr el fin de la identificación humana, solo se puede almacenar y utilizar en dicha base de datos, la información perteneciente a la región no codificante. Debido a que, la región codificante contiene la información más íntima sobre todas las características fenotípicas y genotípicas del individuo, por lo que resulta riesgoso almacenar estos datos. Aunado a que, esta región presenta una escasa variabilidad entre individuos, por lo que tiene poca utilidad para lograr la individualización de sujetos sospechosos. De modo, que resulta injustificable el uso y almacenamiento de datos propios de los marcadores codificantes del ADN.

A pesar que -tal como se señaló en la sección de las utilidades forenses de las bases de datos genéticos-, en diversos países se han creado bases de datos fenotípicas y demográficas que almacenan información obtenida de las regiones codificantes del ADN -datos sobre la raza o el aspecto físico del donante de la muestra-. Ello es violatorio al derecho a la intimidad de los sujetos involucrados, pues no existe una justificación necesaria para utilizar estos datos sensibles del genoma humano, si los mismos son poco variables entre individuos.⁷⁹³

Por esto, es recomendable que para garantizar la menor intromisión en el fuero íntimo de una persona y su familia, la Ley proporcional que permita la creación de la base de datos de uso forense, debe de especificar que solo se permiten análisis genéticos en la región no codificante del ADN, y realizar la prohibición expresa para impedir que los peritos forenses puedan analizar y manipular las muestras biológicas conservadas con el afán de obtener información de la región codificante y almacenarla en una nueva base de datos que permita realizar las nuevas búsquedas fenotípicas y demográficas.⁷⁹⁴

⁷⁹² Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica, Lara Segura & Asoc., 2006), 155.

⁷⁹³ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 85.

⁷⁹⁴ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 134.

Así como también, debido a que la molécula de ADN no solo contiene información genética relacionada con una persona, sino también con sus descendientes y ascendientes o incluso de todo un linaje (paterno o materno), compartido por muchos miembros de una misma familia. Se deben de limitar las utilidades de la información almacenada en la base de datos. De manera que se realice una prohibición para practicar búsquedas parciales en los perfiles genéticos almacenados en el Archivo penal. Estas son las llamadas búsquedas familiares, mediante las cuales se pretende verificar si la base de datos existe algún familiar biológico que pueda compartir algunos marcadores genéticos con el presunto sospechoso. Pues esto implica extrapolar los alcances de la pericia y de la información obtenida, más allá de la mera identificación de la persona sujeta a la investigación, para tener graves repercusiones y perjuicios para sus familiares consanguíneos. Todo esto con la finalidad de garantizar la privacidad y/o autonomía de las personas con relación a sus datos genéticos y un posible acoso u hostigamiento familiar.⁷⁹⁵ Además, la finalidad que se establezca debe de estar desprovista de un ánimo de lucro, pues los datos de carácter sensible no podrán ser utilizados con fines comerciales.

Respecto a la finalidad de la base de datos genéticos del Poder Judicial, esta se señala en el artículo 2 de Reglamento del registro de perfiles de ADN para identificación humana. El cual dispone, que el objetivo de este fichero es registrar, mantener y comparar de manera codificada los perfiles genéticos, obtenidos a partir del análisis de ADN surgido como producto de una investigación penal, o aportados por familiares interesados en la identificación de cadáveres o personas desaparecidas.⁷⁹⁶ Igualmente, el artículo 3 indica que los perfiles genéticos son elaborados exclusivamente sobre la base de la información genética no codificante, con fines exclusivamente de carácter identificatorio⁷⁹⁷ y el artículo 7 señala que esta

⁷⁹⁵ Poder Legislativo, "Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009", La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 1014.

⁷⁹⁶ Poder Judicial, "Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011". Boletín Judicial No. 165 (29 agto., 2011): artículo 02, NEXUS (consultado 10 de octubre, 2020).

⁷⁹⁷ Ibid., artículo 3.

información revela la identidad y el sexo de una persona.⁷⁹⁸ Sin embargo, la delimitación de esta finalidad es deficiente, pues no se establecen de manera expresa las prohibiciones anteriormente señaladas de no analizar y utilizar la información de la región codificante y de no realizar búsquedas familiares, para revelar los vínculos consanguíneos de la persona. Tampoco, se establecen sanciones administrativas y penales de los servidores judiciales, en caso de que utilicen los datos genéticos y las muestras biológicas con una finalidad diversa a la autorizada.

Además, dicho reglamento en su artículo 10 permite la información que integra el conjunto estructurado de la base de datos de ADN del Poder Judicial (archivo de perfiles genéticos, datos personales y las muestras biológicas), pueda ser compartida con las autoridades fiscales, judiciales y policiales de terceros países con los cuales se suscriba un convenio internacional de entendimiento o se haga por medio de ley.⁷⁹⁹ Lo cual extiende la finalidad de la base de datos, ya que deja de ser de uso interno y exclusivo de las autoridades penales del Poder Judicial (para ayudar en la investigación penal a su cargo); y se permite la difusión o transmisión de la información sensible, los datos personales e incluso las muestras biológicas a terceros que no están directamente involucradas con la investigación penal que motivo la recolección y registro de la información en la base de datos. Lo que implica que estas puedan ser accesadas y utilizadas para otras finalidades, sin contar con el consentimiento de la persona. Por lo cual, todo esto representa una clara limitación del derecho a la privacidad y confidencialidad de la información.

B. Delimitación subjetiva

La ley debe establecer de manera expresa y taxativa los sujetos activos y pasivos que tienen relación con la utilización de la base de datos de ADN para identificación forense.

⁷⁹⁸ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 agto., 2011): artículo 07, NEXUS (consultado 10 de octubre, 2020).

⁷⁹⁹ Ibid., artículo 10.

I. Sujeto activo

El sujeto activo es aquel legitimado por el ordenamiento jurídico para decidir sobre la inscripción de un perfil genético obtenido en un proceso judicial dentro la base automatizada de datos ADN, para ser usado en posteriores análisis comparativos.

Conforme a los principios constitucionales expuestos en el primer capítulo de este título; el único sujeto activo legitimado para resolver sobre la inscripción de esta información genética y la conservación de las muestras biológicas, es la autoridad jurisdiccional competente mediante resolución motivada. Pues a la luz del principio de proporcionalidad, es el juez quien está obligado a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto, mediante una resolución judicial fundada.⁸⁰⁰

Así mismo, a la luz del principio de control judicial, la inscripción de perfiles de ADN y su consecuente análisis automatizado por medio de una base de datos de ADN, no es un mero acto de ejercicio de la facultad investigativa que tiene el Ministerio Público o el Organismo de Investigación Judicial; sino que resulta un acto invasivo que puede vulnerar los derechos fundamentales de las personas encausadas. Por lo cual al tenor de lo dispuesto en el Código Procesal Penal, en dichos casos es necesaria la participación del juez de garantías, para velar por el respeto de las garantías fundamentales durante tales actuaciones.⁸⁰¹ Entonces, se hace obligatorio que, la inscripción de los perfiles genéticos sea ordenada por una resolución judicial que justifique los motivos por los cuales resulta procedente la restricción de los derechos fundamentales del sujeto investigado. Limitando con ello al Organismo de Investigación Judicial, para realizar solo la práctica de la diligencia de investigación que ha sido previamente ordenada por el juez.

En ocasión de lo anterior, resulta confuso e improcedente lo dispuesto en los artículos 6 y 11 del Reglamento del registro de perfiles de ADN para identificación humana. Por su parte, el artículo 6 establece que el Departamento de Ciencias

⁸⁰⁰ Margarita Guillen Vásquez, *Bases de datos de ADN con fines de investigación penal: Especial referencia al derecho comparado*, (Madrid, España: Centro de Estudios Jurídicos, 2004), 1996.

⁸⁰¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto 01395-2015 del 06 de noviembre de 2015, 09:20 horas (expediente 14-000559-0059-PE).

Forenses del OIJ, es la autoridad encargada de efectuar a solicitud del juez o fiscal la toma de las muestras biológicas para realizar una prueba de ADN. Asimismo, lo faculta para ingresar y almacenar de manera centralizada, los perfiles genéticos obtenidos de dicha pericia en la base de datos de ADN que administra; y para custodiar las muestras biológicas dubitadas e indubitadas. Pero sin mencionar la participación del juez para autorizar el tratamiento posterior de los perfiles genéticos y las muestras biológicas obtenidas en el curso de una investigación.⁸⁰²

Si bien es cierto, el artículo 11 de dicho reglamento sí menciona la intervención del juez o el fiscal, es solo para señalar que estos son los sujetos encargados de ordenar la toma de las muestras biológicas, para la consecuente para la realización de la prueba de ADN con fines identificatorios, por parte de Departamento de Ciencias Forenses. Lo cual ya se encuentra regulado legalmente en el artículo 88 del Código Procesal Penal.⁸⁰³

II. Sujetos pasivos en Investigaciones criminales

En relación a los sujetos pasivos, es necesario que la ley determine en forma expresa y taxativa las personas de las cuales se puede extraer el perfil genético, para su posterior ingreso, almacenamiento y tratamiento automatizado mediante una base de identificadores de ADN. Además, respecto de los cuales se puede disponer la conservación de su material biológico en el archivo de muestras biológicas.

Así en el ámbito de las investigaciones criminales, acorde al principio de proporcionalidad, se consideran sujetos pasivos: 1- los imputados, a través de una resolución judicial, 2- las personas condenadas por sentencia en firme, 3- las personas que voluntariamente desean que su perfil genético sea ingresado y tratado en la base de datos: las víctimas.

⁸⁰² Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 06, NEXUS (consultado 11 de octubre, 2020).

⁸⁰³ Ibid., artículo 11.

II.1 Imputados

Antes de abordar esta categoría, resulta necesario abordar la situación de la recopilación y uso de los datos genéticos pertenecientes a las personas detenidas erróneamente en el curso de una investigación penal. Es decir, de aquel sujeto al cual se le ha investigado; pero, en el transcurso de la investigación se determina que no es el presunto autor del hecho delictivo. Sobre este aspecto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional se ha referido en reiteradas ocasiones, que incluir el perfil genético de estas personas en archivos de índole penal; resulta una medida abiertamente desproporcional. Así en el voto 01490-1990 y voto 00476-1991 ha resuelto

Si bien es cierto que la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial faculta a éste, entre otras funciones de su competencia, (...) a permitir que su Archivo Criminal cuente con las fichas y documentos de las personas que en alguna oportunidad hayan comparecido ante las autoridades en calidad de presuntos responsables de hechos punibles, esto **no significa que puedan conservarse dentro de dicho archivo las fichas y documentos de las personas que hubieren sido detenidas, por error de las autoridades**, con motivo de una investigación a su cuidado y **que por haber sido desvirtuados los indicios que ocasionaron su detención fueren puestas en libertad**. En estos casos es improcedente conservar toda ficha o documento que se hubiere levantado con motivo de la detención **pues iría en contra de los principios constitucionales de libertad e inocencia, e incluso ocasionar graves perjuicios en contra de lo dispuesto en el artículo 39 constitucional** y la doctrina que lo informa, si -como en el presente caso- por la existencia de personas homónimas ello derive la posibilidad de incurrir en falsas imputaciones por el solo hecho de haber sido erróneamente detenida una persona y conservarse un expediente sin haber cometido falta alguna.⁸⁰⁴

⁸⁰⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 01490-1990 31 de octubre de 1990, 14:08 horas (expediente 90-001610-0007-CO).

De manera, que dichas personas no pueden ser considerados dentro de los sujetos pasivos, respecto de los cuales se permite la inclusión y tratamiento de su información sensible en esta base de datos de ADN; pues no existen motivos legítimos para limitar sus derechos fundamentales.

Por lo cual se considera que la utilización de dicha base de datos solo es proporcional en el caso de los imputados, respecto de los cuales existen indicios o pruebas suficientes capaces de sustentar su responsabilidad penal, porque ello no va en contra de los principios constitucionales de libertad e inocencia. De manera que, se resulta útil para los fines de la investigación criminal respaldar su información en la base de datos. Siempre que esto se disponga mediante una resolución judicial motivada, dictada durante el transcurso de la investigación penal y por medio de alguno de los delitos respecto de los cuales resulta proporcional el análisis de las muestras biológicas. Esto para cotejar con los perfiles genéticos que figuran en la base de datos previamente.⁸⁰⁵

El artículo 24 del Reglamento en estudio contempla el registro de los perfiles genéticos de los imputados sometidos a una investigación penal. Sin embargo, se debe detallar en forma expresa que es solo en el caso de los imputados respecto de los cuales existen indicios comprobados de su responsabilidad penal y no en el caso de los imputados a los cuales se les sigue una investigación, pero respecto de los cuales no hay pruebas para demostrar su responsabilidad penal. Además, esta norma es omisa en indicar la necesidad de que la orden para registrar y tratar esta información personal en la base de datos, sea realizada por medio de una resolución judicial del juez de garantías. Siendo que la decisión de su ingreso y almacenamiento se dejó en manos de los peritos del Departamento de Ciencias Forenses del OIJ, ya que según lo dispuesto en el artículo 7 del mismo cuerpo normativo, esta es la autoridad encargada de la administración y utilización de base de datos de ADN.

⁸⁰⁵ Margarita Guillen Vasquez, *Bases de datos de ADN con fines de investigación penal: Especial referencia al derecho comparado*, (Madrid, España: Centro de Estudios Jurídicos, 2004), 1998.

II.II Condenados por sentencia firme

Con respecto a las personas condenadas por delitos graves con sentencia firme, se establece que son los sujetos a los cuales en el transcurso del proceso tramitado en su contra, se les recolecto su perfil genético y se almaceno en dicho registro. Por lo que al ser condenados por la comisión del delito grave subsiste la necesidad de mantener su registro. Así como también aquellos a los que en el curso de la investigación penal no se les recabó el perfil de ADN, pero que después de ser condenados se les realiza dicho registro, como una medida preventiva contra la reincidencia.⁸⁰⁶ Siendo así, la normativa que regula el funcionamiento de las bases de datos, debe establecer claramente los delitos por los que se permite la inclusión de los datos genéticos de estos sujetos.

La jurisprudencia constitucional en el voto 01958-1990, ha indicado sobre la conservación del registro de datos de personas sentenciadas en Archivo de índole penal, que esto no transgrede la Constitución Política,

Como ya lo ha resuelto esta Sala, la posibilidad de conservar fichas o documentos, en el Archivo Criminal del Organismo de Investigación Judicial, debe entenderse de aquellas personas que hubieran sido detenidas y pasadas a juicio ante la autoridad judicial competente independientemente de cómo termina la causa.⁸⁰⁷

Respecto a este sujeto pasivo el artículo 24 del Reglamento del registro de perfiles de ADN para identificación humana, los contempla al momento de definir la categoría de perfiles que integran el Archivo penal. Indicando que este archivo destinado a la persecución penal, puede contener los perfiles genéticos de los imputados sobre los que recae sentencia condenatoria. Sin embargo, no se determina con claridad el tipo de delitos por los cuales se permite que su información se registre en la base de datos, así como tampoco existe proporcionalidad en el lapso temporal

⁸⁰⁶ Margarita Guillen Vasquez, *Bases de datos de ADN con fines de investigación penal: Especial referencia al derecho comparado*, (Madrid, España: Centro de Estudios Jurídicos, 2004), 1997.

⁸⁰⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 01958-1990 del 26 de diciembre de 1990, 14:51 horas (expediente 90-002110-0007-CO).

por el cual se dispone su conservación. Estos dos últimos aspectos serán abordados de forma más amplia en los siguientes apartados.⁸⁰⁸

Por otra parte, en los supuestos anteriores, la inscripción debe darse sobre los perfiles genéticos que han sido obtenidos en el marco de una investigación penal seguida contra imputados o condenados que son mayores de edad. Debido a que en el proceso penal juvenil imperan los principios de privacidad y confidencialidad, de manera que se prohíbe divulgar la identidad e imagen de las personas sometidas a esta ley procesal, con la finalidad de evitar las medidas estigmatizantes y discriminatorias.

Si bien es cierto, en el numeral 7 del Reglamento del registro de datos de datos de perfiles de ADN, si se encuentra dispuesto que en los casos criminales solo pueden inscribirse en la base los perfiles genéticos de personas de dieciocho años cumplidos, cuya información sea reveladora de identidad y sexo.⁸⁰⁹ Debe de especificarse en forma concreta que esta medida solo aplica en el caso de personas mayores de edad a los cuales se les sigue un proceso penal de adultos y que no es permitida en el caso de personas menores de edad que en el transcurso del proceso penal juvenil cumplan la mayoría de edad o que cometieron los hechos delictivos siendo menores de edad y son acusados después de haber cumplido la mayoría de edad. Pues respecto de estos aplican las garantías básicas y especiales dispuestas en la Ley de Justicia Penal Juvenil, ello de acuerdo con lo detallado en el artículo 2 de dicho cuerpo normativo.

Pero al no indicarse de esta manera, ello está generando dudas e interpretaciones erróneas por parte de los peritos judiciales de la Sección de Bioquímica Forense. Porque de acuerdo con lo manifestado por la perita judicial Anayanci Rodríguez en la entrevista realizada, siempre han tenido dudas sobre cómo se debe de proceder en los casos de personas que cometen el hecho delictivo siendo menores de edad, pero que nunca los encontraron y se presentan a la Sección de

⁸⁰⁸ Poder Judicial, "Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011". Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 24, NEXUS (consultado 11 de octubre, 2020).

⁸⁰⁹ Ibid., artículo 07.

Bioquímica cuando ya son mayores de edad.⁸¹⁰ Por lo cual, esto podría estar generando que en la práctica se incumpla esta prohibición legal y se esté registrando en la base de datos de ADN del DCF, perfiles genéticos, datos personales y muestras biológicas, de personas sujetas a la legislación penal juvenil. Situación que resulta claramente desproporcional y violatoria de las garantías imperantes en este proceso penal especial, porque no se pueden aplicar las sanciones imperantes en el proceso penal de adultos.

Otro aspecto importante que debe de cumplir la norma que regula la base de datos de ADN con fines forense, es contemplar de manera detallada cómo se procede en caso de personas mayores de edad con alguna discapacidad que afecte su desarrollo intelectual. Principalmente, en caso de los sujetos inimputables en los términos del numeral 42 del Código Penal. Sin embargo, el reglamento en cuestión no se contempla ningún supuesto en el caso de personas mayores de edad, con alguna discapacidad que afecte su desarrollo intelectual.

II.III Víctimas

Se refiere a las víctimas directas de los hechos delictivos que voluntariamente brindan su perfil de ADN para formar parte de la base de datos de ADN o que autorizan la extracción de su perfil genético de los hallazgos en el entorno del sospechoso. Esto con la finalidad de facilitar la investigación y averiguar el autor de los hechos punibles. En el supuesto probable de que la víctima se oponga a brindar su perfil genético es necesario que la normativa establezca si es posible o no, que el sujeto al tener la condición de testigo se le pueda recabar el perfil en contra de su voluntad. Debiendo hacerse un estudio de la proporcionalidad de esta medida.⁸¹¹

El artículo 24 del Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN, establece que el perfil genético de las víctimas de un delito puede ser ingresado. Esto

⁸¹⁰ Entrevista Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Poder Judicial, Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

⁸¹¹ Margarita Guillen Vasquez, *Bases de datos de ADN con fines de investigación penal: Especial referencia al derecho comparado*, (Madrid, España: Centro de Estudios Jurídicos, 2004), 2001.

siempre y cuando, sea registrado de manera voluntaria bajo un consentimiento informado.⁸¹²

Sobre la utilización de estos perfiles genéticos, es necesario que los supuestos mediante los cuales se permite la comparación de estos perfiles en la base de datos, sean detallados de manera restrictiva en el contenido de una la ley. Pues esta información personal puede ser procesada de forma ilegítima, ya sea para averiguar si las víctimas se encuentran implicadas en la comisión de un delito en otra causa penal. Así como realizar un análisis familiar indirecto, ya que el perfil genético de una persona se asemeja a la de sus familiares y con ello se podría ligar a un familiar de la víctima como posible sospechoso en una investigación penal. Situación que claramente sería muy grave y violatoria al derecho de la intimidad y la autodeterminación informativa del sujeto que no se encuentra en la base de datos y no deseaba estarlo.⁸¹³

En este orden de ideas, se han señalado las siguientes reglas para la implementación de esta medida en las víctimas de los delitos investigados:

- Sólo procede la obtención del perfil de ADN de las víctimas, y su inscripción en la base de datos, previo consentimiento informado de la persona afectada.
- El tratamiento de los perfiles de ADN de víctimas en la base de datos ha de ser diferenciado. La comparativa con vestigios ha de hacerse de manera separada.
- En ningún caso estos perfiles podrán ser utilizados como prueba incriminatoria contra la propia víctima.
- Ha de prestarse especial atención a su cancelación en la base de datos: se cancelarán en todo caso, cuando así lo solicite la propia víctima; pero también cuando su conservación en la base ya no resulte necesaria para los fines propios de la investigación.⁸¹⁴

⁸¹² Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo: 24, NEXUS (consultado 11 de octubre, 2020).

⁸¹³ Margarita Guillen Vasquez, *Bases de datos de ADN con fines de investigación penal: Especial referencia al derecho comparado*, (Madrid, España: Centro de Estudios Jurídicos, 2004), 2000.

⁸¹⁴ María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica” (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, 2018), 371.

III. Sujetos pasivos en Investigaciones humanitarias

En las investigaciones humanitarias para que proceda la inscripción de los perfiles genéticos, los familiares biológicos de las personas desaparecidas, deben consentir voluntariamente donar la muestra biológica y autorizar el registro de su perfil genético en la base de datos de ADN, para realizar los posteriores análisis comparativos con los restos humanos o cadáveres que se encuentren para lograr la identificación de su familiar.

El artículo 7 del reglamento actual de la base de datos de ADN, permite que cuando se sigan fines humanitarios para la búsqueda de personas desaparecidas, se puedan recolectar las muestras biológicas y perfiles genéticos de sus familiares biológicos, los cuales puede ser mayores o menores de dieciocho años. En este último caso, siempre que se cuente con la debida autorización de quienes ejercen la patria potestad o la representación legal y cuando el menor asiente voluntariamente aportar la muestra biológica y que su información biológica forme parte del fichero.⁸¹⁵

C. Delimitación objetiva: tipos de conductas delictivas que serán merecedores de inclusión en la base de datos de ADN

Este requisito se refiere a que la ley debe delimitar de manera expresa en el contexto de un proceso penal, la clase de infracciones penales, por medio de las cuales se justifica recopilar, inscribir y procesar de manera válida un perfil genético de un imputado o condenado en una base de datos de ADN con fines forenses. Para reducir la intromisión en los derechos fundamentales y evitar situaciones abusivas por parte de los poderes públicos, como lo sería el uso de bases de datos generales que contengan los perfiles genéticos de toda la población, contrarias a la dignidad y la libertad de la persona, habida cuenta del nivel de control ejercido sobre los individuos enteramente fichados. Por lo que trata de prevenir no solo el uso desviado de la

⁸¹⁵ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo: 07, NEXUS (consultado 11 de octubre, 2020).

información, sino que también decidir si la posesión de estos datos, puede conciliarse con un sistema jurídico que respete las libertades de los individuos.⁸¹⁶

Al tenor del principio de proporcionalidad, la normativa en cuestión al establecer la lista de delitos por los cuales es legítimo aplicar esta medida investigativa, tiene que respetar dos criterios de relevancia: la gravedad delictiva y la posibilidad de reincidencia.⁸¹⁷ Pues solo al cumplir dichas exigencias se permite justificar el interés del Estado en la persecución de un determinado tipo de delitos y la intromisión a los derechos fundamentales de los individuos investigados.

Respecto al criterio de la gravedad delictiva, no solo se refiere al quantum de la pena que tenga cada delito. Sino también, a la propia entidad del injusto penal y de los bienes jurídicos tutelados por el tipo penal (como lo son la vida, la integridad física o la autodeterminación sexual).⁸¹⁸ De esta manera, para que la ley permita que se realice la inscripción de los identificadores genéticos de forma coercitiva; es decir, sin consentimiento de la persona afectada, es necesario que los hechos que se investiguen revistan gravedad. Por lo cual esta disposición legal debe señalar una lista de determinados delitos que cumpla con dicha consideración⁸¹⁹ y dejar por fuera las faltas y contravenciones.⁸²⁰

Consecuentemente, resulta claro que el registro coactivo de perfiles genéticos de imputados en el contexto de una investigación penal, no puede establecerse respecto a la persecución de la generalidad de los tipos penales establecidos en el

⁸¹⁶ Ana Garriga Domínguez et al., “*Base de datos policiales de ADN con fines de investigación criminal: Recomendaciones y propuestas en torno a la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, de Base de datos policiales de identificadores obtenidos a partir del ADN*”, Informe elaborado dentro del programa “El tiempo de los derechos”, No. 4 (2009): 16 consultado 11 de octubre, 2020, <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun10/i4.pdf>

⁸¹⁷ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidación Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 12.

⁸¹⁸ María Victoria Álvarez Buján, “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica” (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, 2018), 198.

⁸¹⁹ *Ibid.*, 200.

⁸²⁰ María Casado y Margarita Guillen, ADN forense: problemas éticos y jurídicos: El conocimiento como premisa del consentimiento. Una visión crítica de la ley orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, (Barcelona, España: Publicaciones y Editoriales de la Universidad de Barcelona, 2014), 246.

ordenamiento jurídico. Toda vez que, esta situación entraría en conflicto con la proporcionalidad de la medida y, por ende, la legitimidad de la misma.

Debe dejarse claro que en relación a los ilícitos penales que no revisten una gravedad, no se puede proceder a solicitar, dentro del marco de las diligencias de identificación de una persona detenida; la cesión de la muestra biológica, ni la inscripción de los identificadores genéticos obtenidos en la base de datos. Lo contrario, implicaría incrementar de manera expansiva los supuestos de toma de muestras biológicas y de inscripción de identificadores genéticos en la base de datos, de modo que no se ajustaría a las exigencias del principio de proporcionalidad. Lo cual a su vez generaría intromisiones injustificadas al derecho a la intimidad genética y, más especialmente, el derecho a la autodeterminación informativa.⁸²¹

De esta manera, el ingreso y utilización de la base de datos de ADN en la investigación penal debe ser excepcional. La misma ha de reservarse para ser aplicada en las investigaciones penales en las que existan indicios firmes sobre la posible participación del endilgado en hechos delictivos de naturaleza grave. Por lo que, la imposición coactiva de dicha medida investigativa, guarda relación entre el fin superior de preservar el interés público en el descubrimiento y persecución de los delitos graves y la debida proporcionalidad en la intromisión de los derechos del investigado.⁸²²

La doctrina española establece que la base de datos de ADN, únicamente puede ser utilizada en la investigación de delitos graves que motivan la recolección de muestras biológicas por parte de las unidades de la policía judicial. Así señalan que en esta categoría se encuentra los delitos que afectan la vida, la libertad, la indemnidad o libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio -siempre que sean realizadas con fuerza sobre las cosas o violencia con las personas-, y la delincuencia organizada.⁸²³ Pues no tiene sentido incluir patrones biológicos

⁸²¹ María Victoria Álvarez Buján, "Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica" (Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, 2018), 297.

⁸²² *Ibid.*, 338.

⁸²³ Ana Garriga Domínguez et al., "*Base de datos policiales de ADN con fines de investigación criminal: Recomendaciones y propuestas en torno a la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, de Base de datos policiales de identificadores obtenidos a partir del ADN*", Informe elaborado dentro del programa "El

derivados de la investigación de delitos en los que normalmente no se dejan vestigios biológicos.

Asimismo, el Consejo de Europa en el año 1991 realizó la Reunión del Comité ad hoc de Expertos en los Avances de las Ciencias Biomédicas (CDBI), en la cual se establecieron recomendaciones acerca de la pertinencia del uso de los análisis de ADN dentro de la justicia criminal. Admitiendo que esta herramienta puede implementarse para fichar a quienes han intervenido en delitos graves, cometidos contra la libertad sexual, la vida, la integridad, la libertad personal y, más recientemente, los de terrorismo. Es decir, aquellos delitos que por su iter criminis normalmente generan vestigios biológicos en la escena del crimen o el sujeto ofendido.⁸²⁴ Por lo que en Europa se ha recomendado a los Estados conservar en archivos penales las muestras biológicas y los datos genéticos, solamente cuando la persona haya sido condenada por delitos graves contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas.⁸²⁵

Sobre el criterio de reincidencia, se puede establecer que el archivo de perfiles de ADN tiene utilidad si se trata de delitos con probabilidad de reincidencia, pues se logra averiguar la autoría a través del cotejo de la muestra dubitada con los perfiles genéticos almacenados previamente en el archivo. Si esa reincidencia no se produce, no tiene ningún efecto práctico archivar miles de resultados de perfiles de individuos sospechosos de diversos tipos delictuales.⁸²⁶

El Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, en su numeral 24 establece una redacción muy amplia y desproporcional de

tiempo de los derechos”, No. 4 (2009): 11-12 consultado 11 de octubre, 2020, <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun10/i4.pdf>

⁸²⁴ Lorena Donoso Abarca, “*Bases de datos de adn para identificación criminal*”, Enciclopedia de Bioderecho Bioética, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, consultado 11 de octubre, 2020, <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/25>

⁸²⁵ Comité de Ministros del Consejo de Europa, “Recomendación No. 1 (92): Sobre la utilización del análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la administración de justicia penal: 10 de febrero de 1992”, artículo 08, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/32.pdf> (consultado 12 de octubre, 2020).

⁸²⁶ María Casado y Margarita Guillen, ADN forense: problemas éticos y jurídicos: El conocimiento como premisa del consentimiento. Una visión crítica de la ley orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, (Barcelona, España: Publicaciones y Editoriales de la Universidad de Barcelona, 2014), 293.

los delitos mediante los cuales se permiten la utilización de la base de datos de ADN. Lo cual, podría dar lugar a una base de datos general y no excepcional, que atenta contra los derechos fundamentales de los sujetos investigados.

Con respecto al registro de los perfiles genéticos obtenidos las muestras biológicas dubitadas (pendientes de asociación), que son recolectadas en el transcurso de la investigación penal. El inciso 1) numeral 24 del Reglamento, no establece expresamente la categoría de delitos por los cuales resulta viable la incorporación y tratamiento de esta información en el fichero genético, porque solo dispone, se “incluye los perfiles genéticos obtenidos de muestras biológicas recolectadas en la investigación penal”.⁸²⁷

En el caso registro de los perfiles genéticos obtenidos de las muestras indubitadas, pertenecientes a imputados sometidos a la investigación penal y sujetos con sentencia condenatoria, en el inciso 2) del numeral 24 dispone que se realizará en los siguientes casos:

1. En delitos dolosos sancionados con pena de cinco o más años de prisión.
2. En delitos de crimen organizado, descritos en los artículos 01 y 16 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.
3. Cuando en el proceso penal, el imputado usurpe la identidad de otra persona.⁸²⁸

En relación al primer supuesto, dicha delimitación resulta sumamente amplia y contraria al requisito de proporcionalidad. Toda vez que, es necesario detallar mediante un listado *numerus clausus*, de los delitos que ameriten la utilización de esta medida restrictiva de derechos fundamentales. Con el fin de no dejar al arbitrio de los peritos y operadores de la base de datos de ADN del Organismo de Investigación Judicial, la decisión sobre los delitos que deben ser ingresados.

Como se detalla anteriormente, este criterio de gravedad no solo debe ser basado en el quantum de la pena. Sino que, se debe considerar la identidad del delito y el bien jurídico tutelado. Por ello, solamente sería proporcional, la aplicación de esta

⁸²⁷ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 24 inciso 1), NEXUS (consultado 11 de octubre, 2020).

⁸²⁸ Ibid., artículo 24 inciso 2).

medida en los delitos que, por la dinámica de los elementos objetivos del tipo penal, normalmente se dejen vestigios biológicos en la escena, en la persona ofendida o en los instrumentos usados para cometer el delito. Para justificar la intervención en la intimidad genética del imputado, y disponer el registro y tratamiento automatizado de la información genética recabada.

Aunado a ello, resulta fundamental que se utilice la búsqueda automatizada de perfiles genéticos, en delitos que por su naturaleza, durante la investigación no se pueda individualizar al autor, a través de otras diligencias de investigación menos invasivas a la esfera íntima de la persona. Resultando ser necesaria la aplicación de esta medida, por ser la única útil para la identificación del presunto responsable.

En relación al segundo supuesto referente a los delitos de crimen organizado. El artículo 1 de la Ley contra la delincuencia organizada, establece los delitos considerados de crimen organizado. Indicando que son aquellos cometidos por un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concretamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves. También, el artículo 16 da un listado cerrado de delitos a los cuales se les puede ordenar la intervención de las comunicaciones. Los cuales según el artículo 24 del Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, también forman parte de los delitos de crimen organizado, mediante los cuales se permite el registro de perfiles genéticos del imputado, en la base de datos en estudio. Estos son los siguientes:

- Secuestro extorsivo
- Corrupción agravada
- Explotación sexual en todas sus manifestaciones
- Fabricación o producción de pornografía
- Corrupción en el ejercicio de la función pública
- Enriquecimiento ilícito
- Cohecho
- Delitos patrimoniales cometidos en forma masiva
- Sustracciones bancarias vía telemática

- Tráfico ilícito de personas, trata de personas, tráfico de personas menores de edad y tráfico de personas menores de edad para adopción
- Tráfico de personas para comercializar sus órganos, tráfico, introducción, exportación, comercialización, extracción ilícita de sangre, fluidos, glándulas, órganos o tejidos humanos o de sus componentes derivados
- Homicidio calificado
- Genocidio
- Terrorismo o su financiamiento
- Delitos previstos en la ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado
- Legitimación de capitales que sean originados en actividades relacionadas con el narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de órganos, el tráfico de personas o la explotación sexual, o en cualquier otro delito grave
- Delitos de carácter internacional
- Todos los demás delitos considerados graves, según la legislación vigente.⁸²⁹

En vista de lo anterior, resulta claro que este segundo apartado del artículo 24 del reglamento en estudio, da un espectro muy amplio de delitos por los cuales es posible la utilización de la base de datos de ADN. Transgrediendo groseramente el requisito de necesidad como medida limitadora de derechos fundamentales. Pues en la mayoría de estos tipos penales, no es normal encontrar muestras biológicas durante la investigación. Así como tampoco el análisis comparativo de perfiles mediante una búsqueda automatizada en las bases de datos de ADN, es la única diligencia de investigación posible y menos gravosa para lograr individualizar el autor responsable en todos estos delitos.

También, al indicarse en dicho numeral reglamentario que esta medida es aplicable en los delitos descritos en el artículo 16 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Se deja un portillo que convierte la lista de delitos aplicables, en una lista totalmente abierta, pues el último inciso del artículo 16 de dicha ley establece que

⁸²⁹ Poder Legislativo, “Ley 8754 Ley Contra la Delincuencia Organizada: 22 de julio de 2009”, La Gaceta No. 143 (24 jul., 2009): artículo 16, SINALEVI (consultado 13 de octubre, 2020).

puede ser utilizada en “Todos los demás delitos considerados graves, en los términos de la legislación vigente”.⁸³⁰

El artículo 1 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada establece expresamente que, “para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más.”⁸³¹ Evidenciando que, en el ordenamiento jurídico costarricense la condición de gravedad a nivel legal, es definida según el quantum de la pena. Siendo ello, lo que deben seguir un tratamiento excepcional por parte de la legislación procesal.

Lo anterior, acorde a la definición del concepto de “delito grave”, por parte de la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada. La cual, en el artículo 2 establece que debe entenderse como la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.⁸³²

En Costa Rica al definirse qué delito resulta grave mediante el quantum de la pena, se excluye la condición de excepcional a los mismos, para su tratamiento dentro de la legislación procesal penal. Tomando en cuenta que en el Derecho Penal costarricense las penas de los delitos en general son muy altas y se tiene la tendencia legislativa al aumento de ellas; la mayoría de delitos resultaría ser grave. Siendo así, el segundo supuesto enumerado en el artículo 24 del reglamento, hace que la utilización de la base de datos de ADN, sea la regla en las investigaciones penales. Cuando, por el contrario, su uso debería ser excepcional dentro del proceso penal.

Por último, el tercer supuesto del numeral 24 del reglamento establece el uso de este fichero en el proceso penal, cuando el imputado usurpe la identidad de otra persona en el proceso penal.⁸³³ Lo cual difiere de una delimitación objetiva del uso de

⁸³⁰ Poder Legislativo, “Ley 8754 Ley Contra la Delincuencia Organizada: 22 de julio de 2009”, La Gaceta No. 143 (24 jul., 2009): artículo 16, SINALEVI (consultado 13 de octubre, 2020).

⁸³¹ Ibid., artículo 01.

⁸³² Poder Legislativo, “Ley 8302 Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional: 12 de septiembre de 2002”, La Gaceta No.123 (27 jun., 2003): artículo 02, SINALEVI (consultado 13 de octubre, 2020).

⁸³³ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 24, NEXUS (consultado 13 de octubre, 2020).

la base de datos en cuestión. Pues no se refiere en forma expresa a un tipo penal en específico y su interpretación resulta confusa. Así por ejemplo en caso de interpretarse literalmente, se considera pertinente el registro del perfil genético de un imputado investigado por un delito no necesariamente doloso, ni con una pena mayor de 5 años de prisión, ni de delincuencia organizada; pero que durante la tramitación del proceso haya utilizado el nombre de otra persona. Lo cual resulta ser la contravención contra las buenas costumbres de “usurpación de nombre”, establecida en el artículo 392 inciso 7) del Código Penal, sancionada con una pena de multa.⁸³⁴

Debido a su imprecisión podría interpretarse que es viable el uso del archivo penal de la base de datos de ADN, en caso de investigarse al imputado por el “delito de suplantación de identidad”. Lo cual resulta injustificado y contrario al principio de proporcionalidad, pues dentro de la ley penal costarricense este es un delito informático, que incluso tiene una pena máxima de 3 años de prisión⁸³⁵ y en el cual por la naturaleza de sus elementos objetivos y su iter criminis, no se hallan vestigios biológicos.

Por esto, resulta necesario precisar correctamente los delitos que ameritan la utilización y registro de los perfiles genéticos en el archivo penal de la base de datos de ADN forense. De lo contrario, al no contar con una delimitación objetiva para el uso de la base de datos, esta medida sería totalmente desproporcionada frente a la intromisión que conlleva a las personas investigadas.

D. Criterios de incorporación, permanencia y eliminación de los perfiles genéticos y las muestras biológicas

En ocasión del principio de proporcionalidad, para evitar un tratamiento estigmatizante y discriminatorio de los sujetos involucrados en un proceso penal, es necesario establecer un plazo determinado de conservación de los perfiles genéticos

⁸³⁴ Poder Legislativo, “Ley 4573 Código Penal: 04 de mayo de 1970” La Gaceta No.257 (15 nov., 1970): artículo 392 inciso 7), SINALEVI (consultado 13 de octubre, 2020).

⁸³⁵ Ibid., artículo 230.

y las muestras biológicas analizadas. Debiendo evitarse que los mismos se conserven por tiempo indefinido.⁸³⁶

La finalidad con la que se tratan los perfiles genéticos y las muestras en el contexto penal, ya sea para lograr la investigación penal y la lucha contra la criminalidad; puede dar lugar a la posibilidad de conservarlos por tiempo indefinido. Por esta razón, evitar esto resulta crucial para la proteger los derechos fundamentales del individuo. Siendo que, no se puede permitir la conservación de los mismos por un tiempo indeterminado, pues ello implica someter al individuo a una observación permanente. Por el contrario, se exige que la ley establezca determinar en forma clara los casos y los tiempos concretos para conservar y eliminar la información de la base de datos -los datos genéticos y la información personal- y se destruyan las muestras biológicas.⁸³⁷

Se ha indicado que la finalidad por la cual se almacena y se realiza el tratamiento de los perfiles genéticos, debe ser la investigación de infracciones penales, que lesionan en forma grave bienes jurídicos tutelados. En concordancia con esto, una vez que esta investigación penal por la que se recabó el perfil genético haya concluido, debería de procederse a la eliminación de las muestras biológicas recabadas. Pues, conservar las mismas por un lapso mayor o por un tiempo indefinido, resulta una medida totalmente desproporcionada.

De esta manera, las muestras biológicas objeto de análisis de ADN no deben conservarse una vez dictada la resolución que concluye definitivamente el proceso para el cual fueron recabadas. A menos que se requiera con fines directamente relacionados con el mismo proceso.⁸³⁸

⁸³⁶ Ana Garriga Domínguez et al., “Base de datos policiales de ADN con fines de investigación criminal: Recomendaciones y propuestas en torno a la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, de Base de datos policiales de identificadores obtenidos a partir del ADN”, Informe elaborado dentro del programa “El tiempo de los derechos”, No. 4 (2009): 16 consultado 13 de octubre, 2020, <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun10/i4.pdf>

⁸³⁷Ibid.

⁸³⁸ María Casado y Margarita Guillen, ADN forense: problemas éticos y jurídicos: La mal llamada huella genética. Una metáfora científica frente al uso forense de la prueba de ADN, (Barcelona, España: Publicaciones y Editoriales de la Universidad de Barcelona, 2014), 76.

También, se debe velar por que se eliminen los datos genéticos, cuando ya no sea necesario su conservación para los fines por los que fueron utilizados. Sin embargo, los perfiles genéticos podrían conservarse cuando el sujeto haya sido sentenciado como culpable por un delito grave que atente contra bienes jurídicos como la vida, la integridad o la seguridad de las personas. Debiendo la ley correspondiente fijar los plazos concretos de conservación, dependiendo de penalidad impuesta.⁸³⁹

En Costa Rica, se ha producido amplia jurisprudencia sobre el tiempo de conservación de información personal en archivos o bases de datos de índole penal. Así la Sala Constitucional en el voto 08218-1998, refirió que se debe establecer un plazo para almacenar los datos personales en archivos criminales. Estableciendo que, al mantenerse información del imputado en forma permanente, se contraviene lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política, respeto a la prohibición de las penas perpetuas indica,

Aún cuando el figurar en un archivo policial no constituye una pena en sentido técnico jurídico, **sí puede considerarse como una consecuencia de ella y en tal razón la cubre la protección constitucional**, en tanto no puede ser más drástica la consecuencia de la simple anotación en los registros policiales en relación con las detenciones que hagan los cuerpos policiales para la investigación de la comisión de hechos delictivos, como simples sospechas, que la derivada de las sentencias condenatorias en la jurisdicción penal, por la efectiva comisión de hechos delictivos, (...) porque de ser así, dicha anotación en los Registros Policiales se convertiría en una verdadera sanción que se mantiene a perpetuidad.(...) en violación del artículo 40 constitucional, resulta inconstitucional conferirle efectos a perpetuidad a anotaciones en archivos policiales, (...). Por ello, en ausencia de norma de rango legal expresa en la materia, (...) es procedente reconocer el contenido mínimo del derecho que prohíbe las penas perpetuas, (...) y considerar que la información y datos que pueden ser tenidos en los

⁸³⁹ María Casado y Margarita Guillen, ADN forense: problemas éticos y jurídicos: La mal llamada huella genética. Una metáfora científica frente al uso forense de la prueba de ADN, (Barcelona, España: Publicaciones y Editoriales de la Universidad de Barcelona, 2014), 76.

archivos del Centro de Información Policial, relacionados con una persona a la que se le atribuyó la comisión de un hecho delictivo (...), es por un tiempo determinado, vencido el cual, esa información debe ser cancelada (...).⁸⁴⁰

Mediante la Ley 9361 que en el año 2016 reformó el artículo 11 de la Ley del Registro y Archivos Judiciales (ley 6723), se establece el plazo para cancelar los asientos de las personas sentenciadas luego del cumplimiento de la pena. Diferenciando los tiempos según la pena impuesta en concordancia con el principio de proporcionalidad. Lo anterior, en los siguientes parámetros:

- Inmediatamente después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea inferior a tres años o por delitos culposos.
- Un año después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea entre tres y cinco años.
- Tres años después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea entre cinco a diez años.
- Cinco años después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea de diez años en adelante.
- Diez años después de cumplida la condena impuesta, cuando la pena sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, terrorismo, delitos sexuales contra menores de edad, homicidio calificado, femicidio y delitos contra los deberes de la función pública.⁸⁴¹

Siendo así, la normativa que regula la base de datos de ADN con fines forenses debe contemplar un plazo proporcional de conservación de los perfiles genéticos y muestras biológicas. En relación a las personas con sentencia condenatoria firme.

Sobre este aspecto, el reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, en su artículo 9 establece que la información genética almacenada en la base de datos, se cancelará por orden del Juez o del Ministerio

⁸⁴⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 08218-1998 del 18 de noviembre de 1998, 16:00 horas (expediente 98-003270-0007-CO).

⁸⁴¹ Poder Legislativo, “Ley 6723 Ley del Registro y Archivos Judiciales: 10 de marzo de 1982”. (1982): artículo 11, SINALEVI (consultado 13 de octubre, 2020).

Público, ya sea de oficio o a petición de parte, una vez cumplido el plazo dispuesto en esta norma.⁸⁴² También, el artículo 25 establece los supuestos para la exclusión de la información de la base de datos de ADN, así como los plazos. Estableciéndose que, el Juez o el Ministerio Público debe ordenar al Departamento de Ciencias Forenses, eliminar de la base de datos, tanto la huella genética como la información personal en los siguientes supuestos:

- Cuando los familiares de personas desaparecidas o víctimas de un delito, revoquen de modo expreso el consentimiento informado.
- Cuando se obtenga una identificación, en aquellos casos de familiares de personas desaparecidas o muestras sin identificar.
- Cuando el imputado ha sido sobreseído definitivamente o absuelto en el proceso penal.
- Una vez que transcurran diez años a partir de cumplida la pena impuesta al condenado.
- Los perfiles genéticos de muestras dubitadas o pendientes de identificación, una vez prescrita la acción.⁸⁴³

Asimismo, sobre la conservación de la información en el archivo de personas desaparecidas. El artículo 26 dispone la conservación por tiempo indefinido, de las muestras biológicas y los perfiles genéticos que se presume que pertenecen a la persona desaparecida, hasta que sea obtenida su identificación.⁸⁴⁴

En vista de las anteriores disposiciones del reglamento objeto de estudio. Se evidencia que, el plazo de diez años de conservación del perfil genético y la información personal de la persona condenada, en la base de datos de ADN para todos los delitos, resulta desproporcionada y sin ningún fundamento normativo. Debido a que se provoca un tratamiento estigmatizante a las personas sentenciadas por delitos sancionados con penas menores a diez años. Contraviniendo el artículo 40 de la Constitución Política pues, la conservación de esta información es

⁸⁴² Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 09, NEXUS (consultado 13 de octubre, 2020).

⁸⁴³ Ibid., artículo 25.

⁸⁴⁴ Ibid., artículo 26.

consecuencia de la pena impuesta y resulta perjudicial que se conserve por un plazo mayor al de la sanción. Principalmente, debido a que el mantenimiento de los datos genéticos tiene como finalidad el análisis comparativo de la huella genética con muestras biológicas halladas en otras investigaciones posteriores. Medida que provoca un tratamiento desigual y contrario a la dignidad humana por parte de las autoridades judiciales en contra de las personas sentenciadas.

El plazo de conservación adecuado de los perfiles genéticos y de la información personal contenida en la base de datos de ADN, debe ser acorde al lapso para la cancelación de los asientos de las personas sentenciadas luego del cumplimiento de la pena; según la Ley de Registro y Archivos Judiciales. Además, al depender de información externa, como lo es el Registro Judicial, deberá existir un proceso para proporcionar al administrador de la base de datos de ADN forense, acceso a esa información. De preferencia mediante el envío de un mensaje automatizado, si se produce un acontecimiento que afecta la fecha de eliminación de ese perfil de ADN.⁸⁴⁵

En relación con las muestras biológicas, el artículo 19 del reglamento dispone su destrucción en un plazo máximo de diez años a partir de su recolección o recepción por el Departamento de Ciencias Forenses, previa comunicación al Juez o al Ministerio Público.⁸⁴⁶ Sin disponerse un tratamiento diferenciado sobre las muestras biológicas que habían sido recolectadas a los imputados que durante el proceso fueron sobreseídos y absueltos. Así mismo, no se dispone nada particular sobre la eliminación de las muestras biológicas de las víctimas y los familiares de personas desaparecidas, luego de revocar su consentimiento informado; pues en ese momento se debe de disponer tanto de la eliminación de los datos genéticos de la base, como de las muestras biológicas. Porque no existe validez para conservarlas.

Respecto a estos archivos de muestras biológicas, parte de la doctrina señala que estas pueden ser almacenadas, porque luego de practicar la extracción pericial del perfil genético, no se pueden obtener otros datos personales, ya que la calidad y

⁸⁴⁵ Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*, 2° ed. (Lyon, Francia, 2009), 105.

⁸⁴⁶ Poder Judicial, "Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011". Boletín Judicial No. 165 (29 agto., 2011): artículo 19, NEXUS (consultado 13 de octubre, 2020).

cantidad de ADN que quedo es mínima.⁸⁴⁷ Sin embargo, estas aseveraciones no tiene fundamento científico, toda vez que, según fue indicado en capítulos anteriores, las técnicas y procedimientos de amplificación validados a nivel internacional, permiten trabajar con muestras biológicas mínimas y escasas, para obtener de ellas incluso la información sensible para estudiar el genoma completo de una persona (informaciones físicas y genóticas del individuo en cuestión). Además, al almacenarlas existe riesgo de que las mismas puedan ser manipuladas, alteradas o contaminadas, situación que generaría un gran conflicto en los análisis posteriores. Así, para mitigar esas preocupaciones, muchos países aplican criterios jurídicos para exigir a los laboratorios forenses que destruyan las muestras forenses de ADN después de analizarlas, para garantizar que no se puedan volver a analizar con ningún otro fin.

Por todo ello, se debe contar con una normativa legal que limite el uso y periodo de conservación de las muestras biológicas por parte del órgano estatal con fines forenses, pues si no se cumple con ello se puede vulnerar en gran medida los derechos fundamentales.

E. Modelo de funcionamiento

La norma que regule la base de datos de ADN de uso forense y el tratamiento automatizado de los perfiles genéticos, debe establecer la competencia de la persona jurídica pública responsable del manejo de la misma. Es decir, para la legítima regulación de la base de datos de ADN con fines forenses, es requisito necesario, indicar de manera clara quiénes son los sujetos encargados de la administración y uso de la base de datos. Así, como las condiciones y calidades que deben cumplir el mismo. Igualmente, se debe contemplar la sujeción de los encargados de la base de datos de ADN, ante un órgano supervisor. Encargado de velar por la idónea utilización de los datos personales sensibles, allí contenidos. Tanto, respecto a la protección de los datos en estricto sentido, así como de la calidad técnica del laboratorio forense y el tratamiento de la información, para los fines previstos.

⁸⁴⁷ Romeo Casabona Carlos. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. (Madrid, España: Comares, 2002), 05.

I. Ente responsable de la administración, desarrollo y utilización

Es necesario que, el funcionamiento y la administración del archivo, se encuentre a cargo de entes científicos y técnicos. Los cuales garanticen la objetividad de los datos que se suministran, con el propósito de colaborar con el descubrimiento y verificación científica de las investigaciones criminales y humanitarias.

Por ello, es necesario contar con un método que permita evaluar la calidad del laboratorio y la competencia técnica del mismo. Haciendo necesaria la búsqueda de la acreditación y certificación del laboratorio que maneje la base de datos de ADN. La acreditación de un laboratorio es un reconocimiento formal por parte de un organismo autorizado que indica la competencia del laboratorio para realizar tareas específicas. Mientras la certificación es una garantía escrita, la cual garantiza que un proceso está conforme con ciertos requisitos específicos.⁸⁴⁸

De conformidad con el artículo 6 del Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, el Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, como ente el encargado de la administración y manejo de la base de datos de ADN con fines forenses en Costa Rica. Debe ser dotado por parte del Poder Judicial, de los mecanismos y equipo necesario para asegurar la máxima veracidad y precisión de la información contenida en la base de datos de ADN y garantizar la confidencialidad de los datos.⁸⁴⁹

Actualmente, el Departamento de Ciencias Forenses cuenta con el certificado de acreditación de la norma ISO/IEC 17025:2005, por parte del ente ANAB (ANSI-ASQ National Accreditation Board). Dentro del alcance de la acreditación se encuentra el análisis de ADN. La norma ISO/IEC 17025:2005 contempla aspectos enfocados a la calidad en las siguientes dimensiones que fueron cumplidas por el

⁸⁴⁸ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica, Lara Segura & Asoc., 2006), 159.

⁸⁴⁹ Poder Judicial, "Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011". Boletín Judicial No. 165 (29 ago., 2011): artículo 06 y 27, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

Departamento de Ciencias Forenses: los requisitos técnicos para desempeñarse en su área, los requerimientos del cliente o usuario, la confiabilidad de los resultados.⁸⁵⁰

Sobre el sistema de calidad de los procesos y resultados arrojados por la base de datos de ADN. Es necesaria la realización de auditorías de calidad, como una actividad de control. Este proceso de evaluación denominado auditoría externa, es realizado por el ente acreditador y pretende proporcionar evidencia objetiva sobre aspectos del desempeño de calidad. Verificando el cumplimiento de los establecido en el sistema de calidad.⁸⁵¹ Como parte de la acreditación por parte del Departamento de Ciencias Forenses, que busca el proceso continuo de mejora. El ente externo de la ANAB realiza periódicamente auditorías para verificar el mantenimiento de los requisitos de la norma internacional.⁸⁵²

II. Ente supervisor del cumplimiento de las normas de protección de datos en el funcionamiento

Es necesaria la designación de un órgano que sea el encargado de verificar que el procesamiento automatizado de los datos genéticos en la base de datos de ADN, se realice cumpliendo con todas las normas nacionales e internacionales competentes. Tutelando la calidad en los resultados y también el respeto de los derechos fundamentales de los titulares involucrados en las pericias. De este modo, se garantiza que el administrador de la base de datos de ADN y los encargados del manejo de la misma, cumplan con las exigencias normativas para evitar los riesgos derivados del exceso, de los errores, o del uso incontrolado de esta información de carácter personal.

⁸⁵⁰ Organismo de Investigación Judicial, “Acreditación en el Departamento de Ciencias Forenses”, consultado el 14 de octubre, 2020, <https://sitiooj.poder-judicial.go.cr/index.php/institucion/certificacion/acreditacion-norma-iso>

⁸⁵¹ Erna Meléndez Bolaños, *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*, (San José, Costa Rica, Lara Segura & Asoc., 2006), 164.

⁸⁵² Organismo de Investigación Judicial, “Acreditación en el Departamento de Ciencias Forenses”, consultado el 14 de octubre, 2020, <https://sitiooj.poder-judicial.go.cr/index.php/institucion/certificacion/acreditacion-norma-iso>

La designación de ese órgano se debe de establecer en la ley de creación de la base de datos de perfiles genéticos. Pues al ser materia sensible, el uso de esa información debe ser restrictivo y sujeto a los mayores controles. Corroborando que se realice un uso eficiente y adecuado de la información genética que se almacena en esa base de datos. Cuestión que tiene un gran interés público y social, por motivo de la seguridad jurídica que esto genera.

En el ordenamiento jurídico costarricense la Ley 8968 establece las disposiciones generales en cuanto al correcto tratamiento de datos personales en toda base de datos, ya sea pública o privada.⁸⁵³ Esta ley establece que toda base de datos pública o privada, administrada con fines de distribución, difusión o comercialización, debe inscribirse ante la Prodhab.⁸⁵⁴ Órgano público independiente encargado de defender y garantizar el derecho a la autodeterminación informativa. El cual inicia un procedimiento administrativo contra el ente responsable de una base de datos, cuando ha recibido una denuncia de algún interesado o de oficio cuando tiene evidencia de un mal manejo de la base de datos o el sistema de información,⁸⁵⁵ ello para prevenir eventuales lesiones a los derechos subjetivos de los titulares. Como fue recalcado con anterioridad, conforme al criterio de la Jefatura del Departamento de Registro de Archivos y Bases de Datos de la Prodhab, la base de datos de ADN para identificación humana administrada por el Departamento de Ciencias Forenses, debería estar inscrita y bajo su vigilancia.

Sin embargo, debido a que la autodeterminación informativa en materia genética, es mucho más específica que la regulada en la Ley general 8968, existe la necesidad de crear un órgano de control especial e independiente, que verifique que las bases de datos públicas o privadas que almacenan y procesan este tipo de información sensible (datos genéticos y muestras biológicas) apliquen procedimientos necesarios y efectivos para garantizar su uso correcto y legítimo, así como para velar

⁸⁵³ Poder Legislativo, “Ley 8968 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 07 de julio de 2011”. La Gaceta No. 170 (05 jul., 2011): artículo 09, SINALEVI (consultado 14 de octubre, 2020).

⁸⁵⁴ Ibid., artículo 21.

⁸⁵⁵ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 37554-JP Reglamento a ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 05 de marzo de 2013”. La Gaceta No. 45 (05 mar., 2013): artículo 47, SINALEVI (consultado 24 de octubre, 2020).

por la protección adecuada de los derechos fundamentales asociados con esta actividad.⁸⁵⁶ Un ejemplo es el órgano creado en España para la defensa de la intimidad genética, el cual es denominado Comisión nacional sobre uso del ADN forense, al cual le corresponde

la acreditación de los laboratorios facultados para el contraste de los perfiles genéticos llevados a cabo en el marco de la investigación y persecución de los delitos y la identificación de cadáveres, así como la determinación de las condiciones de seguridad en la custodia de las muestras y la fijación de medidas que resulten necesarias para garantizar la confidencialidad de las muestras y de los datos que se obtengan de los mismos.⁸⁵⁷

El proyecto de Ley 17.486 para la protección de la información genética humana y proteómica humana, establecía la creación de un organismo de control con competencias específicas en materia genética. Señalaba que este tendría algunas de los siguientes poderes sobre los entes públicos o privados que almacenaran y trataran datos genéticos y muestras biológicas,

Llevar un registro de la inscripción de la personas públicas o privadas que manejan bases de datos genéticos y archivos de muestras biológicas. Autorizarlas previa verificación del cumplimiento de las garantías establecidas en la ley, para realizar los procesos de recolección, tratamiento, utilización y conservación de las muestras biológicas y los datos genéticos. Conocer, aprobar e inscribir los protocolos de actuación para otorgarles validez para regir el funcionamiento legítimo de la base de datos y el archivo de muestras ADN. Garantizar los derechos de las personas titulares de los datos genéticos y las muestras biológicas. Inspeccionar los laboratorios e instalaciones que realizan los procedimientos de análisis y conservación

⁸⁵⁶ María Lidia Suárez Espino, *El Derecho a la Intimidad Genética* (Madrid, España: Marcial Pons, 2008), 90.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, 134.

del material biológico y la información genética entre otras, para verificar que cumplan con las condiciones de la ley, entre otras.⁸⁵⁸

Por su parte, el reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, es omiso sobre el establecimiento de algún órgano supervisor del tratamiento de los datos personales sensibles almacenados en esta base de datos de ADN, al que debe de estar sujeto el Departamento de Ciencias Forenses.

F. Posibles sanciones en caso de manipulación o utilización indebida de los datos sensibles y las muestras biológicas

Debido a que mediante la utilización de la base de datos de ADN, se manejan datos personales de carácter sensible, los niveles de seguridad asociados a su tratamiento deben responder a la mayor rigurosidad. Uno de los requisitos asociadas a los niveles de seguridad, es el deber de reserva o secreto que afecta al personal que entra en contacto con la información. El cual se mantiene aún más allá de la extinción de la relación laboral. El artículo 8 del reglamento en estudio, establece el carácter de confidencial a la información contenida en la base de datos y las muestras biológicas. Igualmente, el artículo 27 dispone la obligación del Poder Judicial, de brindar los mecanismos y equipos necesarios para garantizar la confidencialidad de la información almacenada.⁸⁵⁹

En el artículo 28 del reglamento se indican tres prohibiciones dirigidas a todos los funcionarios que participen en la obtención del material genético y el uso de la base de datos de ADN. Estableciendo que no podrá: 1-utilizar el material biológico del donante, para propósitos distintos a la identificación humana, 2- Violar la confidencialidad y revelar a terceras personas no autorizadas, la información registrada en la base de datos de ADN, 3- Participar en cualquiera de las etapas del

⁸⁵⁸ Poder Legislativo, "Proyecto de ley 17.486 Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana: 29 de septiembre de 2009", La Gaceta No.204 (21 oct., 2009): folio 434-435.

⁸⁵⁹ Poder Judicial, "Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011". Boletín Judicial No. 165 (29 agto., 2011): artículo 08 y 27, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

procedimiento de la Base de Datos de ADN, cuando existe alguna de las causales de recusación de las reguladas en el Código Procesal Penal.⁸⁶⁰

No obstante, no se detalla qué tipo de faltas administrativas son, de conformidad con el régimen disciplinario de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De igual manera, no se contemplan expresamente sanciones ante la realización de alguna de las acciones prohibidas. Con respecto al deber de confidencialidad por parte de los funcionarios judiciales, el artículo 27 del reglamento únicamente establece que el Poder Judicial -sin mayor precisión sobre qué órgano del mismo-, debe dotar los mecanismos y equipos que garanticen la confidencialidad de la información personal almacenada.⁸⁶¹

Por otra parte, el artículo 29 establece la obligación del juez o fiscal, de comunicar al Departamento de Ciencias Forenses cuando se ha dispuesto la cancelación de la información que fue introducida en la base de datos de ADN e indica la obligación del encargado de la misma, de cumplir con la orden emitida, pues su inobservancia será motivo de causa disciplinaria, sin perjuicio de la acción penal.⁸⁶² Pero no indica expresamente el tipo de falta administrativa dentro del régimen disciplinario, ni la sanción.

⁸⁶⁰ Poder Judicial, “Circular número 90-2011 Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana: 01 de agosto de 2011”. Boletín Judicial No. 165 (29 agto., 2011): artículo 28, NEXUS (consultado 14 de octubre, 2020).

⁸⁶¹ Ibid., artículo 27.

⁸⁶² Ibid. artículo 29.

TÍTULO IV: Análisis de Derecho Comparado

En ese título se analizan los ordenamientos jurídicos que han emitido los países de Chile, Panamá y Uruguay, para regular sus de bases de datos de ADN forense; principalmente al implementarlas como un medio de investigación en los procesos penales. Igualmente, se aborda la regulación normativa desarrollada en España, pues este país cuenta con amplio desarrollo doctrinario y normativo del derecho a la protección de los datos personales, especialmente sobre la tutela de los datos genéticos de carácter sensible.

Los países abordados en términos generales cuentan con una regulación interna idónea que garantiza el respeto a los derechos fundamentales de sus ciudadanos y la protección especial de los datos genéticos de los sujetos intervinientes en un proceso penal. Pues han regulado por medio de una ley formal y proporcional, la creación, gestión y utilización de las bases de datos de ADN; así como los términos del procesamiento de los datos personales procesados este fichero automatizado y los archivos de muestras biológicas.

Capítulo I: Regulación en Países Latinoamericanos

Los países de Chile, Panamá y Uruguay, presentan dos características importantes que hacen relevante su estudio. Al igual que el Estado costarricense, los tres países utilizan el software CODIS para el manejo de la base de datos de perfiles genéticos para identificación criminal y humanitaria. El cual fue en todos los casos, donado por el gobierno estadounidense a través del FBI. Además, con la finalidad de contar con la regulación adecuada para disponer la creación y uso de la base de datos genéticos forense, cada uno de los países en estudio contempla en sus ordenamientos jurídicos, una ley especial encargada de la regulación y manejo de este fichero, para realizar un adecuado tratamiento de los datos genéticos y las muestras biológicas.

En esta sección se analizan respecto a cada país, las disposiciones pertinentes al objeto de estudio. A saber, la respectiva ley marco del derecho de protección de

las distintas categorías de los datos personales, la ley procesal penal que faculta la utilización del ADN como un medio de prueba pericial y la ley especial encargada de regular la implementación de las bases de datos de ADN con fines forenses.

Sección A: Chile

En el ordenamiento jurídico chileno, el Congreso Nacional emitió en agosto del año 1999 la Ley sobre protección de la vida privada (Ley 19628). La cual regula el tratamiento de la información personal en los bancos de datos públicos y privados. Esta ley define el concepto de datos sensibles como “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, (...) los estados de salud físicos o psíquicos (...)”.⁸⁶³

Sobre la utilización de los datos personales en bancos automatizados de información, el artículo 4 establece los requisitos a seguir, para garantizar su legitimidad. Dentro del cual destaca el principio de reserva de ley, como regla general. Esto en los siguientes términos,

Artículo 4.- El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.

La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público.

La autorización debe constar por escrito. La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito (...).⁸⁶⁴ (El resaltado no es del original).

⁸⁶³ Poder Legislativo de Chile, “Ley 19628 Sobre Protección de Datos de Carácter Personal: 18 de agosto de 1999”: artículo 02 inciso g), Biblioteca Nacional del Congreso de Chile BCN (consultado 14 de octubre, 2020).

⁸⁶⁴ Ibid., artículo 04.

El proceso penal chileno se encuentra regulado mediante el Código Procesal Penal (ley 19696), el cual fue emitido en septiembre del año 2000 por el Congreso Nacional. Dentro del apartado destinado a las actuaciones de investigación, el artículo 197 regula las intervenciones corporales sobre el imputado como objeto de prueba. El cual establece lo siguiente,

Artículo 197.- Exámenes corporales. Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.

Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.

El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero.⁸⁶⁵

Con respecto al análisis de la muestra biológica extraída al imputado, dentro de la investigación penal. El artículo 198 regula el manejo de la misma,

Artículo 198.- Exámenes médicos y pruebas relacionadas con los delitos previstos en los artículos 361 a 367 y en el artículo 375 del Código Penal. Tratándose de los delitos previstos en los artículos 361 a 367 y en el artículo 375 del Código Penal, los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deberán practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar los antecedentes y muestras correspondientes. (...) las muestras obtenidas y los resultados de los análisis y exámenes practicados, se mantendrán en custodia y

⁸⁶⁵ Poder Legislativo de Chile, “Ley 19696 Código Procesal Penal: 29 de septiembre de 2000”: artículo 197, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile BCN (consultado 14 de octubre, 2020).

bajo estricta reserva en la dirección del hospital, clínica o establecimiento de salud, por un período no inferior a un año, para ser remitidos al ministerio público.

Si los mencionados establecimientos no se encontraren acreditados ante el Servicio Médico Legal para determinar huellas genéticas, tomarán las muestras biológicas y obtendrán las evidencias necesarias, y procederán a remitirlas a la institución que corresponda para ese efecto, de acuerdo a la ley que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN y su Reglamento.⁸⁶⁶

Sobre los sujetos legitimados para realizar las pericias de análisis de ADN, el artículo 199 bis indica que serán los siguientes.

Artículo 199 bis.- Exámenes y pruebas de ADN. Los exámenes y pruebas biológicas destinados a la determinación de huellas genéticas sólo podrán ser efectuados por profesionales y técnicos que se desempeñen en el Servicio Médico Legal, o en aquellas instituciones públicas o privadas que se encontraren acreditadas para tal efecto ante dicho Servicio.

Las instituciones acreditadas constarán en una nómina que, en conformidad a lo dispuesto en el Reglamento, publicará el Servicio Médico Legal en el Diario Oficial.⁸⁶⁷

Este Código Procesal Penal no autoriza expresamente a estos sujetos para ingresar los perfiles genéticos extraídos a los intervinientes en el proceso penal, en una base de datos automatizada para su posterior tratamiento automatizado. Pues estos aspectos se encuentran regulados en una ley especial, con la finalidad de cumplir con el requisito de protección adecuada de los datos sensibles.

Esta es la Ley 19970 de creación del Sistema Nacional de Registros de ADN (19970), la cual fue promulgada en el año 2004. Mediante la cual se crea una base de datos conformada por las huellas genéticas que son recolectadas en ocasión de

⁸⁶⁶ Poder Legislativo de Chile, “Ley 19696 Código Procesal Penal: 29 de septiembre de 2000”: artículo 198, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile BCN (consultado 14 de octubre, 2020).

⁸⁶⁷ Ibid., artículo 199 bis.

alguna investigación penal y administrada por el Servicio Médico Legal.⁸⁶⁸ Mismo que funciona a través del software CODIS, que fue donado en el año 2002, por los Estados Unidos mediante un convenio firmado entre el FBI y el Ministerio de Justicia.⁸⁶⁹

Dicha ley en el artículo 1 dispone la creación del Sistema Nacional de Registros de ADN. Indicando que los sujetos autorizados para obtener el perfil genético son el Servicio Médico Legal y las instituciones públicas o privadas autorizadas. Asimismo, establece que la administración y custodia de la base de datos está a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, correspondiendo al Servicio Médico Legal el ingreso de los perfiles al Sistema.⁸⁷⁰

El artículo 3 establece la naturaleza del conjunto de datos personales tratados. Indicando que, la información contenida en la base de datos, en particular, las muestras biológicas y huellas genéticas son considerados como datos sensibles en concordancia con la ley sobre protección de la vida privada.⁸⁷¹

En el artículo 4 se indican los registros que conforman el Sistema. Siendo los siguientes:

- Registro de condenados: contiene las huellas genéticas de personas con sentencia condenatoria en firme.
- Registro de Imputados: contiene las huellas genéticas de personas imputadas en un proceso penal.
- Registro de evidencias y antecedentes: contiene las huellas genéticas dubitadas obtenidas en el curso de la investigación penal.
- Registro de víctimas: contiene las huellas genéticas de las víctimas de delitos que consientan su registro.

⁸⁶⁸ Poder Legislativo de Chile, “Ley 19970 Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN: 10 de septiembre de 2004”: artículo 01, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile BCN (consultado 14 de octubre, 2020).

⁸⁶⁹ Neurona Group, “Chile inaugura Registro nacional de ADN con la ayuda del FBI”, consultado el 15 de octubre, 2020, http://www.neuronagroup.cl/noticias/chile_inaugura_registro_nacional_de_adn_con_la_ayuda_del_fbi

⁸⁷⁰ Poder Legislativo de Chile, “Ley 19970 Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN: 10 de septiembre de 2004”: artículo 01, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile BCN (consultado 15 de octubre, 2020).

⁸⁷¹ Ibid., artículo 03.

- Registro de desaparecidos y sus familiares: contiene las huellas genéticas de restos humanos no identificados, de material biológico presumiblemente de personas desaparecidas y familiares de personas extraviadas que donen una muestra voluntariamente.⁸⁷²

Sobre la autoridad competente para disponer la incorporación de las huellas genéticas de los imputados y condenados, en los distintos registros. El artículo 16 establece que, su registro se realizará solo por orden de la autoridad jurisdiccional. Tratándose de las provenientes de las víctimas, evidencias, desaparecidos o familiares, la incorporación se ejecutará por orden del Ministerio Público al ser consentidas.

En referencia a los delitos investigados por los cuales se permite la utilización del Sistema y el registro de los perfiles genéticos, el artículo 17 de dicha ley establece un listado cerrado de delitos. En los cuales se incluyen los delitos en los que normalmente se dejan indicios biológicos y los catalogados como delitos graves. En lo que interesa, indicando lo siguiente

- a) los previstos en los artículos 141, 142, 150 A, 150 B, 296 N^{os}. 1 y 2, 313 d, 315, 316, 348, 352, 395, 396, 397 N^o 1, 401, 403 bis, 433, 436 inciso primero, 440, 443, 443 bis, 448 bis, 474, 475, 476, y 480 del Código Penal;
- b) los previstos en los Párrafos 1^o, 5^o, 6^o y 7^o del Título VII y 1^o y 2^o del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, y
- c) elaboración o tráfico ilícito de estupefacientes o delito terrorista.

En todo caso, el tribunal competente, de oficio o a petición del fiscal (...), podrá ordenar en la sentencia la práctica de las mismas diligencias de toma de muestras biológicas y determinación y registro de huellas genéticas respecto de un condenado a pena de crimen que no se encontrare en las situaciones previstas en el inciso precedente”.⁸⁷³

⁸⁷² Poder Legislativo de Chile, “Ley 19970 Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN: 10 de septiembre de 2004”: artículos 04-09, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile BCN (consultado 15 de octubre, 2020).

⁸⁷³ Ibid., artículo 17.

Con respecto a la eliminación de los perfiles genéticos registrados en la base de datos. El artículo 18 determina que, una vez terminado el procedimiento penal respectivo, de oficio o a petición de parte, se dará la eliminación de las huellas genéticas contenidas en los registros de imputados y víctimas. De ello, los sujetos autorizados deben remitir a los superiores jerárquicos listados mensuales con las huellas genéticas eliminadas. En todo caso, los perfiles contenidos en los registros de imputados, víctimas y de evidencias y antecedentes se tendrán que eliminar transcurridos 10 años desde su incorporación.⁸⁷⁴

Por último, sobre el régimen sancionatorio ante actuaciones indebidas en el tratamiento de los datos sensibles almacenados. Los artículos 19 y 20 establecen los tipos de faltas y las sanciones penales y civiles aplicables a los funcionarios involucrados en la utilización del Sistema, que incumplan las obligaciones y las funciones establecidas por esta ley,

Artículo 19.- Acceso, divulgación y uso indebido de la información genética. Quienes, interviniendo en alguno de los procedimientos regulados en la presente ley en razón de su cargo o profesión, permitieren el acceso a los registros o exámenes a personas no autorizadas, o los divulgaran o usaren indebidamente, serán sancionados con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. En caso de que el acceso, la divulgación o el uso se efectuare respecto de las muestras biológicas o evidencias, se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Quienes, sin tener las calidades referidas en el inciso primero, accedieren a los registros, exámenes o muestras, los divulgaran o los usaren indebidamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Artículo 20.- Obstrucción a la justicia. El que alterare las muestras biológicas que debieren ser objeto del examen de ADN; falseare el

⁸⁷⁴ Poder Legislativo de Chile, “Ley 19970 Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN: 10 de septiembre de 2004”: artículo 18, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile BCN (consultado 15 de octubre, 2020).

resultado de dichos exámenes o la determinación de la huella genética; faltare a la verdad en el informe pericial de examen o cotejo, o adulterare su contenido, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.⁸⁷⁵

Sección B: Panamá

En marzo del año 2019 se promulgó en el ordenamiento jurídico panameño, la ley sobre protección de datos personales (ley 81 de 2019).⁸⁷⁶ Siendo la primera ley en Panamá, dedicada exclusivamente a la protección de datos de carácter personal. Debido a que, anterior a la existencia de esta ley, las disposiciones en materia de protección de datos se encontraban en leyes dispersas.

Sin embargo, según lo dispuesto en su artículo 47, esta ley tiene una *vacatio legis* de dos años. Por lo que, empezará a regir hasta marzo de 2021.⁸⁷⁷ No obstante, en razón de su promulgación es relevante exponer algunos aspectos del contenido de esta nueva ley.

Con respecto al objeto de la ley, en su artículo 1 se establece lo siguiente,

Artículo 1.-Esta Ley tiene por objeto establecer los principios, derechos, obligaciones y procedimiento que regulan la protección de datos personales, considerando su interrelación con la vida privada y demás derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, por parte de las personas naturales o jurídicas, de **derecho público o privado, lucrativas o no, que traten personales** en los términos previstos en esta Ley.

⁸⁷⁵ Poder Legislativo de Chile, "Ley 19970 Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN: 10 de septiembre de 2004": artículos 19-20, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile BCN (consultado 15 de octubre, 2020).

⁸⁷⁶ Poder Legislativo de Panamá, "Ley 81 Sobre Protección de Datos Personales: 26 de marzo de 2019", La Gaceta Oficial, consultado el 15 de octubre de 2020, https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28743_A/GacetaNo_28743a_20190329.pdf

⁸⁷⁷ Ibid., artículo 47.

Toda persona, natural o jurídica, de derecho público o privado, lucrativa o no, puede efectuar el tratamiento de datos personales, **siempre que lo haga con arreglo a la presente Ley y para los fines permitidos en el ordenamiento jurídico.** En todo caso, deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta Ley reconoce.⁸⁷⁸ (El resaltado no es del original).

El artículo 3 contempla las excepciones al ámbito de aplicación de esta ley. Refiriéndose al tratamiento de datos personales que deben ser regulados por leyes especiales, según los fines contemplados. Dentro de los cuales se indican “los que realicen las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.”⁸⁷⁹

Sobre la definición de datos sensible dentro del ordenamiento jurídico panameño. El artículo 4 de dicha ley los define como,

11. Dato sensible. Aquel que se refiera a la esfera íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para este. De manera enunciativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como **origen racial o étnico, (...) datos relativos a la salud, (...) datos genéticos** o datos biométricos, entre otros, **sujetos a regulación y dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona natural.**⁸⁸⁰ (El resaltado no es del original).

⁸⁷⁸ Poder Legislativo de Panamá, “Ley 81 Sobre Protección de Datos Personales: 26 de marzo de 2019”: artículo 01, La Gaceta Oficial, consultado el 15 de octubre de 2020, https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28743_A/GacetaNo_28743a_20190329.pdf

⁸⁷⁹ Ibid., artículo 03.

⁸⁸⁰ Ibid., artículo 04.

Sobre el tratamiento automatizado de datos personales en bases de datos. El artículo 6 establece que solamente se podrá realizar, cuando se cumplan al menos una de las siguientes condiciones:

- Que se obtenga el consentimiento del titular de los datos.
- Que el tratamiento de los datos sea necesario para la ejecución de una obligación contractual, siempre que el titular de los datos sea parte.
- Que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal para la cual el responsable de los datos esté sujeto.
- Que el tratamiento de los datos personales esté autorizado por una ley especial o las normativas que las desarrollan.⁸⁸¹

En referencia al tratamiento de los datos personales de carácter sensible. El artículo 13 dispone que no pueden ser objeto de transferencia o tratamiento y a menos que “el titular haya dado su autorización explícita, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización”.⁸⁸²

El proceso penal panameño se encuentra regulado mediante el Código Procesal Penal (ley 63 de 2008). Dentro del libro tercero, título I denominado Fase de Investigación, el capítulo II establece los actos de investigación que requieren autorización del juez de garantías. Allí, el artículo 312 regula las intervenciones corporales al imputado. El cual indica lo siguiente,

Artículo 312.- Intervenciones corporales. Cuando sea necesario constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales al imputado o al ofendido por el hecho punible, como pruebas biológicas, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fueran en menoscabo de la salud o dignidad de la persona.

Si la persona, una vez informada de sus derechos consiente el examen, el Fiscal ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse,

⁸⁸¹ Poder Legislativo de Panamá, “Ley 81 Sobre Protección de Datos Personales: 26 de marzo de 2019”: artículo 06, La Gaceta Oficial, consultado el 15 de octubre de 2020, https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28743_A/GacetaNo_28743a_20190329.pdf

⁸⁸² Ibid., artículo 13.

se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al Juez de Garantías las razones de rechazo y la pertinencia de la prueba. El Juez de Garantías autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumpla con las condiciones señaladas en el primer párrafo de este artículo y estas sean justificadas.⁸⁸³

Sin embargo, esta la ley procesal penal panameña no regula aspectos específicos de las pruebas de ADN y tampoco autoriza el tratamiento automatizado de los perfiles genéticos extraídos a los sujetos del proceso penal, en una base de datos forense. Para ello, este ordenamiento jurídico cuenta con una “Ley 80 por la cual se crea una base y un banco forense de datos de ácido desoxirribonucleico” (ley 80 de 1998). Mediante la cual se regula la base de datos de ADN para investigación criminal y el manejo de los datos genéticos con fines probatorios. Misma que es administrada por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público.⁸⁸⁴

Respecto a los sujetos autorizados para ordenar y practicar la prueba pericial de ADN. El artículo segundo establece que,

Artículo 2.- (...) son funciones del Instituto de Medicina Legal, verificar o comparar las evidencias que se recaben por la comisión de delitos, elaborar los perfiles de A.D.N. y validar las pruebas que se requieran en los procesos de filiación, así como en los demás procesos en los que sea necesaria esta prueba científica. La práctica o solicitud de esta prueba podrá ser a petición de parte o de oficio, ya sea por el Ministerio Público o el tribunal de la causa y, una vez ordenada, será de obligado cumplimiento, siempre que con dicha prueba no se cause un perjuicio a la salud o a la integridad física de quien deba someterse a ella.⁸⁸⁵

⁸⁸³ Poder Legislativo de Panamá, “Ley 63 Código Procesal Penal: 28 de agosto de 2008”: artículo 312, LEGISPAN, (consultado 15 de octubre, 2020).

⁸⁸⁴ Ibid., artículo 01.

⁸⁸⁵ Ibid., artículo 02.

Con respecto a los casos en los cuales se autorizada la toma del perfil genético de una persona y su incorporación en la base de datos de ADN. Los artículos 06 y 09 de la dicha ley, establecen los siguientes supuestos de interés,

Artículo 6.- Las tomas de muestras biológicas para los objetivos de esta Ley, se recabarán de acuerdo con las siguientes circunstancias y casos:

1. Cuando, por razón de la naturaleza del delito que se investiga, se requiera determinar el A.D.N. de la persona en contra de la cual existan indicios, de la que haya sido sorprendida in fraganti o se haya ordenado su detención preventiva.

2. Toda persona que se encuentre cumpliendo una condena en un centro carcelario. (...)

7. Los miembros de la Fuerza Pública, de la Policía Técnica Judicial, de agencias de seguridad privada y funcionarios del Instituto de Medicina Legal, que participen en Investigaciones criminales. (...)

Artículo 9.- En los procesos penales que por su naturaleza así lo requieran, se podrá ordenar la toma de muestras biológicas del imputado, a efecto de constatar circunstancias importantes para el descubrimiento de la verdad, la que se efectuará según los procedimientos médicos, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esa medida no sea lesiva a su salud o a su integridad física.⁸⁸⁶

El artículo 10 establece expresamente los fines por los cuales se utilizan los resultados de las pruebas de ADN. Siendo estos los siguientes:

- Para el desarrollo de una base y banco de datos forense.
- Para apoyar la investigación relacionada con la identificación y el desarrollo de un protocolo de los métodos analíticos forenses para el análisis de ADN.
- Para asistir en la recuperación o identificación de los restos humanos de los desastres masivos y para propósitos humanitarios forenses.

⁸⁸⁶ Poder Legislativo de Panamá, “Ley 80 Ley por la cual se crea una base y banco forense de datos de ácido desoxirribonucleico y se adoptan otras medidas: 23 de noviembre de 1998”: artículos 06 y 09, LEGISPAN, (consultado 15 de octubre, 2020).

- En procesos criminales, por orden del agente instructor o juez de la causa.⁸⁸⁷

Por último, un aspecto de gran relevancia de dicha ley es que en el artículo 16 habilita expresamente, los intercambios internacionales de la información relativa al ADN en materia de investigaciones judiciales. Indicando que los mismos se realizarán conforme las normas de cooperación internacional vigentes y los tratados y convenios suscritos y ratificados por el Estado panameño.⁸⁸⁸

Sección C: Uruguay

En el ordenamiento jurídico uruguayo, la ley de protección de datos personales (ley 18331), promulgada en agosto del año 2008, desarrolla el derecho a la protección de las personas sobre sus datos personales, de conformidad con el artículo 72 de la Constitución Política de Uruguay.⁸⁸⁹ El artículo 4 de dicha ley define el concepto de dato sensible como aquellos “datos personales que revelen origen racial y étnico, (...) e informaciones referentes a la salud o a la vida sexual”.⁸⁹⁰

En el artículo 3 de la ley, se define el ámbito de aplicación de la misma. Estableciendo que, el régimen allí establecido, no es aplicable a los datos personales a las bases de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y sus actividades en materia penal, investigación y represión del delito.⁸⁹¹ Por lo que, la implementación de una base de datos de ADN con fines de identificación criminal, no resulta justificable con base en esta ley.

Con respecto a la especial protección otorgada a los datos sensibles. El artículo 18 establece,

⁸⁸⁷Poder Legislativo de Panamá, “Ley 80 Ley por la cual se crea una base y banco forense de datos de ácido desoxirribonucleico y se adoptan otras medidas: 23 de noviembre de 1998”: artículo 10, LEGISPAN, (consultado 15 de octubre, 2020).

⁸⁸⁸ Ibid., artículo 16.

⁸⁸⁹ Poder Legislativo de Uruguay, “Ley 18331 Ley de Protección de Datos Personales: 11 de agosto de 2008”: artículo 01, Centro de Información Oficial IMPO, (consultado 15 de octubre, 2020).

⁸⁹⁰ Ibid., artículo 04.

⁸⁹¹ Ibid., artículo 03.

Datos sensibles.- Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. Estos **sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular**. Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento **cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando el organismo solicitante tenga mandato legal para hacerlo.**⁸⁹² (El resaltado no es del original).

En relación con la regulación del proceso penal uruguayo. En diciembre de 2014 se promulgó el Código Procesal Penal vigente (Ley 19293).⁸⁹³ Mismo que, en el artículo 178 establece la procedencia de las pruebas periciales dentro del proceso penal. Indicando que son permitidos en los casos determinados por la ley y siempre que fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada; para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa.⁸⁹⁴

El artículo 184 del Código Procesal Penal uruguayo, contempla los exámenes corporales al imputado como un medio de prueba. Estableciéndose que,

(Examen corporal del imputado).

184.1 Durante la indagatoria preliminar, el juez a solicitud de las partes puede ordenar el examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación.

184.2 Con esa finalidad, aun sin el consentimiento del imputado pueden efectuarse pruebas biológicas y mínimas intervenciones corporales, siempre efectuadas por profesional especializado. La diligencia está condicionada a que no se tema fundadamente un daño para la salud del imputado, para lo cual, si resulta necesario, se contará con un previo dictamen pericial (...).⁸⁹⁵

⁸⁹² Poder Legislativo de Uruguay, "Ley 18331 Ley de Protección de Datos Personales: 11 de agosto de 2008": artículo 18, Centro de Información Oficial IMPO, (consultado 15 de octubre, 2020).

⁸⁹³ Poder Legislativo de Uruguay, "Ley 19293 Código Procesal Penal: 19 de diciembre de 2014", Centro de Información Oficial IMPO, (consultado 16 de octubre, 2020).

⁸⁹⁴ Ibid., artículo 178.

⁸⁹⁵ Ibid., artículo 184.

Específicamente sobre la implementación de una base de datos de ADN para la búsqueda comparativa automatizada de perfiles genéticos, con fines penales. Se promulgo en diciembre del año 2011, la Ley de creación del Registro Nacional de Huellas Genéticas y la Dirección Nacional de Policía Técnica (Ley 18849). Mediante la cual, se crea una base de datos de ADN con fines de investigación criminal, que es administrada por la Dirección Nacional de Policía Técnica de la División de Identificación Criminal del Ministerio del Interior.⁸⁹⁶

El artículo 3 de dicha ley indica los fines que tiene el Registro. Los cuales son los siguientes:

- Facilitar el esclarecimiento de los hechos sometidos a investigación criminal mediante el perfil genético de la región no codificante del ADN.
- Identificar y contribuir a ubicar personas extraviadas, desaparecidas o fallecidas.
- Asistir a la resolución de controversias judiciales en relación a la identidad de autores o supuestos autores de hechos delictivos.⁸⁹⁷

El artículo 4 de la ley establece varios aspectos de gran relevancia. El juez como sujeto legitimado para solicitar la realización de esta prueba, el carácter confidencial de la información personal contenida en el Registro y la obligación de eliminar muestras biológicas recabadas luego de extraer el perfil genético. Así, establece lo siguiente,

La información contenida en el Registro Nacional de Huellas Genéticas tendrá carácter secreto y confidencial. El Registro no conservará en su poder muestras de ácido desoxirribonucleico (ADN) -codificante y no codificante-, deberá obligatoriamente proceder a la eliminación del material genético y solamente podrá registrar la información que provenga del estudio del mismo.

Solo podrá ser requerida -con fines identificatorios- a la Dirección Nacional de Policía Técnica en el curso de una investigación criminal,

⁸⁹⁶ Poder Legislativo de Uruguay, “Ley 18849 Creación del Registro Nacional de Huellas Genéticas. Dirección Nacional de Policía Técnica: 02 de diciembre de 2011”: artículo 01, Centro de Información Oficial, IMPO, (consultado, 16 de octubre, 2020).

⁸⁹⁷ Ibid., artículo 03.

por parte de los Jueces competentes, en el mismo régimen del Archivo Dactiloscópico de Identificación Criminal (Ley N° 4.847, de 11 de mayo de 1914).

Bajo ningún supuesto dicha información podrá ser utilizada como base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna.⁸⁹⁸

El artículo 5 establece que, por regla general, la extracción del ADN sólo puede realizarse con el consentimiento expreso de la persona. No obstante, dispone como excepciones lo siguientes supuestos, en los cuales puede extraerse el ADN y registrarse el perfil sin consentimiento:

- Las muestras latentes obtenidas de escenas de hechos delictivos.
- Los perfiles genéticos de los procesados por disposición del juez competente.
- La extracción que se disponga por Juez competente.⁸⁹⁹

El Registro Nacional de Huellas Genéticas, consta de tres secciones. Las cuales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6, son las siguientes:

- Sección Archivo Genético de Latentes: conformado con los perfiles genéticos obtenidos a partir de indicios y evidencias recolectados en las escenas de los hechos delictivos, sin identificar, a los fines de posteriores confrontaciones.
- Sección Archivo Genético de Identificación Criminal: en donde se almacena en forma sistematizada y codificada (anónima), los perfiles genéticos de los procesados por la Justicia competente.
- Sección Archivo Genético de Identificación de los Funcionarios del Ministerio del Interior y de Defensa Nacional.⁹⁰⁰

Otro aspecto de gran relevancia, es que el artículo 10 autoriza el intercambio de los datos del Registro Nacional de Huellas Genéticas con otros organismos

⁸⁹⁸ Poder Legislativo de Uruguay, “Ley 18849 Creación del Registro Nacional de Huellas Genéticas. Dirección Nacional de Policía Técnica: 02 de diciembre de 2011”: artículo 04, Centro de Información Oficial, IMPO, (consultado, 16 de octubre, 2020).

⁸⁹⁹ Ibid., artículo 05.

⁹⁰⁰ Ibid., artículo 06.

internacionales con fines de investigación criminalística. Esto siempre que la información en cuestión, recaiga sobre personas con sentencia condenatoria firme.⁹⁰¹

Capítulo II: Regulación en el país europeo

España fue el segundo país europeo en reconocer constitucionalmente la necesidad de tutelar al ciudadano frente a los riesgos derivados del uso inadecuado y abusivo de los archivos informáticos o manuales mediante los cuales se almacenan y tratan información personal.⁹⁰² De allí que, el ordenamiento jurídico español ha venido desarrollando una amplia regulación sobre las garantías que integran el derecho a la protección de datos personales.

Por esto en esta capítulo se analiza las principales normativas que se han elaborado en el ordenamiento jurídico español, con el propósito de para garantizar la tutela especial de los datos genéticos de los sujetos sometidos a una medida de investigación, como lo constituyen las bases de datos de ADN forense.

Sección A: España

En materia de protección de datos personales, en el ordenamiento jurídico español en diciembre de 2018 se promulgó la Ley orgánica 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. La cual desarrolla el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de sus datos personales y garantiza los derechos digitales de la ciudadanía.⁹⁰³ Asimismo, respecto a su ámbito de aplicación el artículo 2 establece,

⁹⁰¹ Poder Legislativo de Uruguay, “Ley 18849 Creación del Registro Nacional de Huellas Genéticas. Dirección Nacional de Policía Técnica: 02 de diciembre de 2011”: artículo 10, Centro de Información Oficial, IMPO, (consultado, 16 de octubre, 2020).

⁹⁰² Poder Legislativo,” Proyecto de ley 16679 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales: 16 de julio de 2010”, La Gaceta No.136 (16 jul., 2007): 13.

⁹⁰³ Poder Legislativo de España, “Ley 3/2018 Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: 05 de diciembre de 2018”: artículo 01, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado BOE, (consultado, 16 de octubre, 2020).

Lo dispuesto en los Título I a IX y en los artículo 89 a 94 de la presente ley orgánica se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como el tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.⁹⁰⁴

El artículo 8 de esta ley, regula la posibilidad de manejar los datos personales sin el consentimiento de su titular, cuando existe una disposición legal que lo obliga a aportarlos para su respectivo tratamiento. Mismo que, respecto al manejo y utilización de estos, refiere lo siguiente,

1. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una **norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal.** (...)
2. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el **ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable**, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, **cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.**⁹⁰⁵ (El resaltado no es del original).

Propiamente sobre los datos personales con fines penales. La disposición transitoria cuarta de la ley en estudio dispone que,

(...) la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o

⁹⁰⁴ Poder Legislativo de España, "Ley 3/2018 Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: 05 de diciembre de 2018": artículo 02, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado BOE, (consultado, 16 de octubre, 2020).

⁹⁰⁵ Ibid., artículo 01.

enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos (...), continuarán rigiéndose por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en particular el artículo 22, y sus disposiciones de desarrollo (...).⁹⁰⁶

El artículo 22 de la Ley orgánica 15/1999 de protección de datos, que fue promulgada en diciembre de 1999; establece que los ficheros de datos personales de los habitantes, que son utilizados por las fuerzas y los cuerpos de seguridad del gobierno español; deben someterse al régimen especial establecido en esta ley de protección de datos. De manera que solo podrán tratar la información personal con arreglo de los supuestos específicos contemplados en este artículo. A saber,

Artículo 22. Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

1. Los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que contengan datos de carácter personal (...) estarán sujetos al régimen general de la presente Ley.
2. La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.
3. La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales.

⁹⁰⁶ Poder Legislativo de España, “Ley 3/2018 Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: 05 de diciembre de 2018”: disposición transitoria cuarta, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado BOE, (consultado, 16 de octubre, 2020).

4. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad.⁹⁰⁷

En relación con el proceso penal español, el mismo se encuentra regulado mediante la ley del 14 de septiembre de 1882 de enjuiciamiento criminal. En su artículo 363 establece la posibilidad de obtener de manera forzosa, muestras biológicas del imputado para recabar perfil de ADN, como prueba pericial dentro del proceso. Esto mediante resolución motivada del juez de instrucción, acreditando las razones que lo justifiquen y en respeto al principio de proporcionalidad.⁹⁰⁸

Sin embargo, esta ley procesal no autoriza la implementación de una base de datos genéticos sensibles, por lo cual en el año 2007 se promulgó la “Ley orgánica 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”. Mediante la cual se creó una base de datos policial de manera centralizada e integral, en la que se almacenan los perfiles genéticos recolectados en el marco de una investigación criminal, para ser utilizados posteriormente en investigaciones distintas y futuras.⁹⁰⁹ Conforme lo dispuesto en el artículo 2 de esta ley, la base de datos policial es administrada por el Ministerio de Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad.⁹¹⁰

⁹⁰⁷ Poder Legislativo de España, “Ley 15/1999 Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal: 13 de diciembre de 1999”: artículo 22, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado BOE, (consultado, 16 de octubre, 2020).

⁹⁰⁸ Poder Legislativo de España, “Real Decreto por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal: 14 de septiembre de 1882”: artículo 363, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado BOE, (consultado, 16 de octubre, 2019).

⁹⁰⁹ Poder Legislativo de España, “Ley 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN: 08 de octubre de 2007”: artículo 01, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado BOE, (consultado, 16 de octubre, 2020).

⁹¹⁰ Ibid., artículo 02.

El artículo 3 establece los tipos de datos que se inscriben en este fichero policial. Dividiéndose en los siguientes archivos:

- Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras biológicas halladas en una investigación penal u obtenidas del sospechoso, detenido o imputado.
- Los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.
- Los datos identificativos obtenidos a partir del ADN del afectado, cuando lo ha consentido expresamente.⁹¹¹

En los primeros dos supuestos no resulta preciso el consentimiento del interesado para la inscripción del registro del perfil de ADN en los ficheros policiales. Debido a que, la misma ley impone una limitación al derecho a la autodeterminación informativa de la persona involucrada. Es decir, se limita el control que las personas tienen sobre la obtención y utilización de su información genética, con el objetivo de perseguir infracciones penales y proteger derechos de terceros.⁹¹²

Este mismo artículo tercero indica el tipo de delitos por los cuales es permitida la utilización de la base de datos policial. A saber, los delitos graves y los que afecten bienes jurídicos como la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada.⁹¹³

El artículo 7 de dicha ley, regula el uso de la información personal contenida en la base de datos de ADN y los sujetos legitimados para el uso de estos datos. Estableciendo que, solamente se podrán usar los datos en cuestión, con fines de la

⁹¹¹ Poder Legislativo de España, “Ley 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN: 08 de octubre de 2007”: artículo 03, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado BOE, (consultado, 16 de octubre, 2020).

⁹¹² Ana Garriga Domínguez, et al., “Bases de datos policiales de ADN con fines de investigación Criminal. Recomendaciones y propuestas en torno a la ley orgánica 10/2007, de 8 de octubre, de base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN”, *Informe El tiempo de los derechos*, No.4, (2010): 11, consultado, 16 de octubre, 2020, <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun10/i4.pdf>

⁹¹³ Ley 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, artículo 03.

investigación penal y por parte de las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las autoridades judiciales y los fiscales.⁹¹⁴

El artículo 9 regula los plazos de conservación y la cancelación de los perfiles genéticos almacenados. Indicando los siguientes plazos según cada supuesto:

- Si se dictó una sentencia condenatoria firme, serán cancelados en el plazo señalado en la ley para la cancelación de los antecedentes penales, salvo resolución judicial en contrario.
- Si se dictó un auto de sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria, una vez que estas sentencias estén firmes se deberá de proceder a la cancelación.
- En el caso de sospechosos, la cancelación se da cuando transcurra el plazo previsto en la ley para la prescripción del delito.
- Los datos de personas fallecidas se cancelarán cuando el encargado de la base tenga conocimiento de la defunción.
- Los datos de identificación de restos cadavéricos y de personas desaparecidas se van a mantener hasta que se obtenga la identificación.
- En el caso de los perfiles anónimos estos deben de permanecer inscritos, hasta que se conozca la identidad de la persona a la que pertenecen. Una vez identificados se aplican las reglas anteriores.⁹¹⁵

Por último, un aspecto de gran relevancia es que dicha ley contiene una disposición que habilita el uso y cesión de los datos contenidos en la base de datos de ADN, a otras entidades. El inciso 3) del artículo 7, establece que la información almacenada puede ser cedida a las autoridades judiciales, fiscales o policiales de terceros países, de acuerdo lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España.⁹¹⁶

⁹¹⁴ Poder Legislativo de España, “Ley 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN: 08 de octubre de 2007”: artículo 07, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado BOE, (consultado, 16 de octubre, 2020).

⁹¹⁵ Ibid., artículo 09.

⁹¹⁶ Ibid., artículo 07.

Conclusiones

Durante el desarrollo de la presente investigación se ha logrado comprobar la hipótesis inicialmente planteada. Se puede afirmar que, el Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana, emitido por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se crea y se regula el funcionamiento de la base de datos de perfiles genéticos utilizada por el Departamento de Ciencias Forenses del OIJ; contraviene el principio de reserva de ley. Esto al limitar mediante una norma de carácter infralegal, derechos fundamentales de los titulares de los datos genéticos y las muestras biológicas, intervinientes en los procesos penales y humanitarios. De manera que, violenta gravemente las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de la Constitución.

Así, se pueden establecer las siguientes conclusiones de importancia:

La molécula de ADN presente en las células humanas resulta de gran utilidad forense. Principalmente debido a sus características de universalidad, diversidad y estabilidad. Las cuales determinan que, a pesar del tipo de material biológico del cual se extraiga, brinda el mismo perfil genético y este es distinto en cada persona en ocasión de su alta variabilidad -a excepción de los gemelos idénticos-. Además, este no presenta cambios a lo largo del tiempo, incluso tras la muerte del individuo.

El ADN presenta dos regiones distintas y cada una brinda información diversa entre sí, a saber, la región codificante y la no codificante. Conforme se ha analizado durante la investigación, la región no codificante de ADN otorga un alto grado de certeza y fiabilidad científica en la identificación humana. Pues en ocasión de la alta variabilidad que presentan sus marcadores genéticos entre cada individuo, es posible obtener de esta región un perfil genético que se utiliza para individualizar a una persona y revelar sus vínculos familiares. A diferencia de la información contenida en el sector codificante, la cual presenta una escasa diferenciación y por medio de ella se pueden obtener las características fenotípicas y genotípicas de la persona.

De conformidad con el principio de libertad probatoria, el análisis de los marcadores genéticos presentes en la región no codificante de molécula de ADN, es empleado como un medio de prueba pericial indiciaria y probabilística al servicio de

la administración de justicia. Mediante el cual se logra obtener para el proceso un dictamen pericial, que resulta de utilidad para que el juez pueda valorar o interpretar aspectos complejos de un elemento de prueba. Así, en los procesos de filiación el Juez de Familia puede ordenar esta prueba para lograr determinar con probabilidad estadística la existencia o inexistencia de una relación de parentesco. En los procesos de investigación humanitaria se logra obtener la identidad personal de un cadáver o restos óseos, de personas desaparecidas, víctimas de delitos, desastres naturales o accidentes; que no pueden ser reconocidos por métodos tradicionales.

Con respecto a la utilización de la prueba pericial de ADN en el proceso penal, el Código Procesal Penal en los artículos 88, 182, 213 y 285 del Código Procesal Penal, autoriza al Organismo de Investigación Judicial para recolectar los vestigios biológicos presentes en los indicios -muestras dubitadas- y a solicitud de la autoridad judicial a cargo de una investigación penal -Ministerio Público o Juez de Garantías- realizar la intervención corporal y la toma de muestras biológicas a diversos sujetos de referencia -el imputado, la víctima o las terceras personas-. Con el propósito de que en la causa en investigación se realice una prueba pericial de ADN, para “descubrir la verdad y constatar circunstancias de interés” para la solución del caso. En el caso del imputado esta disposición establece que esta intervención se puede ordenar aún sin su consentimiento, por medio de coerción física para obligarlo a soportar dicha medida; pues este es considerado como un objeto de prueba -no rige en su favor ningún derecho de abstención- en aquellos actos en los que no se requiere su participación activa o cooperación.

El artículo 38 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial autoriza a los peritos de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses del OIJ, para practicar esta prueba científica de ADN, realizar estudios y evacuar consultas relativas a los conocimientos que posean. Por lo cual, en el laboratorio forense, los peritos analizarán las muestras biológicas dubitadas e indubitadas, para aplicar sobre las zonas polimórficas de su región no codificante, un estudio genético tendiente a determinar sus perfiles genéticos; con el fin de comparar o cotejar sus escaleras alélicas en forma completa. Para con base en los resultados obtenidos confeccionar un dictamen criminalístico, en el cual se le informa al juez

penal y las partes del proceso, sobre la posibilidad de excluir o incluir a una persona conocida, como probable donador del material genético presente en el indicio.

Producto de la combinación de las tecnologías científicas e informáticas en el campo de la genética, se extienden los usos del ADN en el ámbito forense y se crean las bases de datos judiciales de perfiles de ADN, con el propósito de auxiliar a la policía judicial en sus investigaciones. Este es un medio de prueba distinto al análisis genético comparativo que se encuentra autorizado de forma expresa en el Código Procesal Penal. Pues por medio de esta pericia, los perfiles genéticos extraídos de las muestras biológicas dubitadas e indubitadas, recolectadas y analizadas en una investigación criminal o humanitaria concreta; son asociadas a un código alfanumérico de identificación personal -con el consentimiento de su titular/representante legal o por medio de una disposición legal- que es conservado y ordenado de forma independiente en una categoría específica de un sistema informático. Con el fin de someterlos posteriormente a diversas comparaciones automatizadas, para lograr la identificación personal de los perfiles genéticos pendientes de asociación, que pertenecen a diversas investigaciones criminales y humanitarias, tanto nacionales como internacionales.

Como lo indicaron los peritos judiciales los peritos judiciales Anayanci Rodríguez Quesada y Manuel González en las entrevistas realizadas; esta técnica pericial ha brindado aportes de gran relevancia para las Ciencias Forenses. En las investigaciones humanitarias al comparar los perfiles genéticos obtenidos de muestras directas y familiares biológicos de personas desaparecidas, se logra determinar la identidad definitiva de los restos óseos o cadáveres desconocidos. En los casos penales al comparar los perfiles genéticos dubitados (indicio) con los perfiles inscritos en el “índice de perfiles anónimos” (contiene perfiles de investigaciones penales sin resolver), se pueden vincular diversos escenarios del crimen y dirigir estas investigaciones en la búsqueda de un mismo sospechoso. Mientras que al compararlos con en el “índice de sospechosos o condenados” (por un asunto penal anterior), se logra la identificación personal de la muestra biológica y se obtiene una prueba de cargo para tener a esta persona como posible sospechoso de la nueva investigación penal. También, este sistema permite que los laboratorios forenses puedan intercambiar y comparar perfiles genéticos de manera electrónica,

con las autoridades fiscales, judiciales y policiales de terceros países, para ayudar en las investigaciones transnacionales. Ello cuando se haya suscrito un convenio o tratado internacional al efecto.

De igual manera, los peritos judiciales entrevistados, refirieron que en año 2012 el Poder Judicial firmó un convenio de entendimiento con el gobierno estadounidense, para obtener de parte del FBI la donación del software CODIS; con el fin de operar una base de datos de perfiles de ADN, con fines de identificación criminal y humanitaria a nivel nacional. Lo cual coloca al país en la red internacional de usuarios de este sistema informático y con ello se facilita el intercambio de la información almacenada. El funcionamiento de la misma se regula en el desarrollo de un reglamento administrativo que fue redactado por la Comisión de Asuntos Penales y aprobado por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, en la sesión ordinaria N° 25-2011, artículo XXV, del 1° de agosto del año 2011. Mediante el cual, se le otorga la potestad al Departamento de Ciencias Forenses del OIJ para custodiar, administrar y supervisar tres tipos de archivos que procesan información personal de diversas categorías. A saber: 1- archivo de perfiles genéticos: mediante el cual se almacena y procesa en forma automatizada los datos genéticos con fines penales (perteneciente a imputados, condenados, víctimas y personal del OIJ) y humanitarios (personas desaparecidas y sus familiares biológicos), 2- el archivo de identificación personal: que registra los datos personales del titular del perfil de ADN (nombre, fecha de nacimiento, número de cédula, sexo, nacionalidad, domicilio) y la información del caso (número único de expediente, autoridad que solicita la prueba, delito y los datos sobre la toma de la muestra biológica) y 3- el archivo de ADN: en el cual se conservan las muestras biológicas dubitadas e indubitadas, por un periodo de 10 años.

A criterio de la Comisión de Asuntos Penales y la Corte Plena, la reglamentación administrativa del fichero de perfiles de ADN se fundamenta en las normas del Código Procesal Penal, la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial y los principios establecidos en la jurisprudencia constitucional; que otorgan la potestad legal al OIJ para crear los archivos criminales de carácter confidencial, que considere pertinentes para ejecutar su función investigativa e incluir en ellos a las personas que hayan comparecido ante las autoridades como presuntos responsables de un hecho delictivo. Además, recalcan que en este registro solo se almacenan

códigos alfanuméricos que son meramente informativos de la identificación de la persona a la que pertenecen, pero que no aportan ningún otro dato de interés, ni se almacenaran datos que los relacionen con los hechos delictivos. Por lo cual al ser catalogados como un dato personal puro y simple, consideran que no se ven vulnerados los derechos fundamentales de los sujetos afectados con esta medida.

No obstante, la implementación de esta base de datos de perfiles de ADN con fines forenses, genera un conflicto entre el interés público de las autoridades judiciales y el interés particular de los titulares respecto al ejercicio de sus libertades fundamentales. Debido a que, la información genética obtenida tanto de la región codificante (representa un 3%) como de la no codificante del ADN (representa un 97%), constituye un dato de naturaleza sensible; pues inciden en la esfera íntima de una persona, al revelar la conformación de su genoma humano. Por lo cual los perfiles genéticos, no pueden ser considerados un mero código alfanumérico, ya que determinan la identidad, sexo y vínculos familiares del individuo concreto al que pertenecen. Lo que implica que su recolección, conservación y tratamiento automatizado debe de gozar de un régimen jurídico de protección distinto y reforzado por parte del ordenamiento jurídico costarricense. Con el fin de que la restricción al ejercicio de los derechos fundamentales de sus titulares, se realice de manera justa, legítima y proporcional.

Sin embargo, a nivel nacional la producción normativa referente a la tutela especial de la información genética es escasa y no existe una ley específica que regule en forma rigurosa el procesamiento de los mismos en una base de datos con fines forense. Solo hay una ley marco que reconoce las garantías fundamentales que integran el derecho a la protección de los datos personales. Esta es la Ley 8968, -que junto con su reglamento ejecutivo n° 37554-JP-, determina que el ente que pretenda administrar e implementar una base de datos personales, debe de ser competente con arreglo de una ley, para decidir sobre su finalidad, la categoría de datos personales que se registrarán y el tipo de procesamiento que se les aplicará. Además, reconoce la condición de dato sensible a la información genética individualizable, por lo que, ninguna persona está obligada a suministrarlos y su tratamiento está prohibido. Excepto si su titular los hace públicos voluntariamente o si resultan necesarios para un proceso judicial. Por esto, se impone la obligación al ente

encargado de la base de datos, de contar con el consentimiento “libre, específico, informado e inequívoco” del titular de los datos personales o de su representante legal, para recolectarlos y realizar todas las actividades que conllevan el respectivo tratamiento de dichos datos. No obstante, este requisito no es necesario cuando el titular está obligado en razón de una disposición legal o constitucional, a entregar sus datos personales, para que sean tratados y transmitidos. Así mismo, indican que los derechos fundamentales relacionadas con la autodeterminación informativa, solo pueden ser limitados de manera justa y razonable, cuando se persiga una finalidad pública (como lo es la persecución de infracciones penales). Siempre que se establezca en el contenido de una ley los casos y alcances de dicha medida y que la misma sea autorizada mediante resolución motivada y fundada de un juez.

Esta Ley tiene una gran falencia, pues le confiere una competencia limitada a la PRODHAB. Pues, aunque indica que el marco general de la ley es de aplicación para todas las bases de datos públicas y privadas que tratan datos personales. A esta Agencia solo se le otorga la potestad de fiscalizar y controlar la actuación de los bases de datos que tratan información personal, con fines de lucro. De manera que aunque Karla Quesada Rodríguez -Jefa del Departamento de registro de archivos y bases de datos- de dicha Agencia, indique el Poder Judicial debería de inscribir sus bases de datos personales, junto con su respectivo protocolo de actuación, para verificar su adecuado funcionamiento y respeto de las garantías tuteladas en la Ley 8968. Este no tiene el deber legal de cumplir con ello.

Por otra parte, a nivel internacional, si se han promulgado una serie Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y recomendaciones que reconocen la protección rigurosa de la que deben de gozar los datos genéticos y las muestras biológicas, al momento de disponer su tratamiento con fines forenses. Los cuales según la jurisprudencia constitucional son aplicables al país, en razón de otorgar una mayor protección a los derechos fundamentales de los individuos.

En el sistema universal, la UNESCO emitió la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, la cual refiere que el genoma humano es la base del reconocimiento de su dignidad intrínseca del ser humano. Por lo que solamente puede tratarse y manipularse con fines legítimos y con el consentimiento informado del titular o en su defecto, de manera acorde con las autorizaciones y

condiciones estipuladas por una ley formal. De igual manera, la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos y la Declaración Universal sobre Bioética resaltan que al obtenerse el perfil genético de una persona se está frente a su identidad en un sentido amplio y no solamente ante una configuración genética que expresa ciertos rasgos o información. Por lo que, los Estados solo pueden recolectar, conservar y tratar datos genéticos y muestras biológicas de carácter sensible, con motivos forenses, siempre que sus alcances se contemplen en una ley interna, compatible con el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

En la región interamericana la OEA emitió a sus estados miembros una serie de principios y recomendaciones sobre la protección de datos personales. Uno de los más importantes es que para procesar datos personales, debe contarse con el consentimiento de su titular como regla general. También, establece como requisito que el controlador de la base de datos, debe contar con un interés legítimo establecido en una disposición legal, para realizar un procesamiento de la información personal.

En el sistema regional europeo el Consejo de Europa, emitió el Convenio de Oviedo y el Convenio 108; los cuales contemplan el principio de primacía del ser humano, el cual dicta que el interés y bienestar de la persona sometida a una investigación debe prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad. Además, establecen que los derechos y garantías en materia de protección de datos no son absolutos, pueden restringirse por fines de investigación y persecución penal, pero solo mediante una disposición legal.

Igualmente, en razón de que Costa Rica es miembro de la INTERPOL desde el 14 de octubre de 1954 y que tal como lo recalcó la perita judicial entrevistada, el Poder Judicial en el año 2012 suscribió y aprobó la “Carta de ADN de Interpol”, mediante la cual se le otorga acceso a la “Pasarela internacional en materia de ADN”. Tal como lo recomienda el grupo de expertos en ADN de esta Organización Internacional, en el “Manual sobre el intercambio y la utilización de los datos relativos al ADN”; el estado costarricense debería de elaborar una ley idónea -dictada por el órgano competente y de conformidad con el procedimiento constitucional instaurado- que regule de manera limitada la creación y gestión de la base de datos nacional de ADN forense. Para que mediante esta se le autorice al DCF para realizar el intercambio internacional de los datos almacenados, por medio de esta base de datos

internacional; pues solo así se garantiza el respeto de los derechos fundamentales de las personas que son objeto de esta cooperación policial internacional.

Entonces, en razón de lo indicado por la normativa nacional e internacional, se puede afirmar que actualmente el Departamento de Ciencias Forenses del OIJ no cuenta con la potestad dada por una disposición de rango legal para implementar una base de datos de ADN forense que procesa de forma automatizada perfiles genéticos e información personal y para conservar las muestras biológicas que han recolectadas a las personas intervinientes en los procesos penales y humanitarios. Al respecto se analizaron las siguientes disposiciones legales y propuestas legislativas nacionales:

En materia criminal, el Código Procesal Penal, no le otorga la potestad y competencia de forma expresa a la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses del O.I.J para que los perfiles genéticos que fueron analizados en una investigación concreta, sean asociados a un código alfanúmero personal para ser ingresados por un cierto período en una base de datos informática. Con el propósito de procesar y conservar esta información para ser comparada con perfiles de ADN de otras investigaciones criminales nacionales e incluso internacionales pendientes de identificación humana. Así como tampoco lo autoriza para ingresar y almacenar en otro archivo de dicha base informática la información personal de los titulares de los datos genéticos y ni para custodiar las muestras biológicas dubitadas e indubitadas por un período de 10 años. Es decir, no se le otorga la facultad para tratar este conjunto de datos sensibles con otra finalidad distinta a la autorizada legalmente. Por lo que, tal como lo establece el artículo 2 del CPP, estas disposiciones legales al limitar “el ejercicio de un derecho conferido a los sujetos del proceso”, deben de interpretarse de manera restrictiva. Pues existe la prohibición expresa de interpretarlas de forma extensiva, si ello no favorece a los intervinientes de un proceso penal.

En el año 2009 se propuso del Proyecto de Ley para la protección de la información de datos genéticos y proteómicos humanos, mediante el cual se pretendía, autorizar y regular en forma detallada la implementación de las bases de perfiles de ADN de carácter público. Reconociendo el carácter sensible de los datos genéticos y las muestras biológicas y dotándolos de una protección adecuada. A este proyecto en el año 2010, a solicitud de la Jefatura del DCF, se le realizaron una serie

de modificaciones con el propósito de otorgarle de forma expresa la competencia a ese Departamento, para utilizar una base de datos de perfiles de ADN con fines forenses. Pues en esta oportunidad la Jefatura resaltó que ya contaban con la tecnología necesaria para implementarla, pero aún no contaban con una ley que lo autorizará y ello era clave para formar parte de la red internacional de laboratorios forenses. Sin embargo, este proyecto apesar de recibir un dictamen afirmativo, no llego a convertirse en ley y se archivo en el año 2018, tras el vencimiento de su plazo cuatrienal.

La Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial dispone en los artículos 22, 40 y 41 la creación de la oficina del Archivo Criminal, como una dependencia adscrita a la Secretaría General del OIJ. Al cual se le autoriza de forma expresa para para crear archivos policiales de carácter confidencial, en los que conserva las fichas personales de los sujetos que han comparecido ante la administración de justicia en calidad de imputados, con el propósito de facilitar su identificación en investigaciones criminales posteriores. Por otra parte, dicha ley contempla en los artículos 11 y 38 la formación del Departamento de Ciencias Forenses, como dependencia adscrita a la Dirección General del OIJ, a la cual se le otorga únicamente la facultad de practicar pruebas periciales, emitir conclusiones y evacuar consultas de las partes procesales. Sin embargo, ninguna de estas disposiciones le confiere la autorización al DCF para actuar como un Archivo Criminal y crear un fichero confidencial con fines de identificación humana, que almacena y trata los perfiles genéticos, información personal y las muestras biológicas que fueron obtenidos en razón de las pruebas de ADN que practicaron en un caso concreto. Esta base de datos de ADN, no puede compararse con la diversidad de archivos policiales que son gestionados, implementados y custodiados por el Archivo Criminal del OIJ, en razón de la naturaleza sensible de la información procesada. Además, que no se utiliza solo con fines de persecución criminal, pues se procesa información de los imputados, los condenados, las víctimas de los delitos, las personas desaparecidas y sus familiares biológicos e incluso de los funcionarios del OIJ.

En el año 2008 el OIJ mediante el proyecto de ley 17.256, pretendía realizar una reforma integral a la Ley 5524, para reorganizar sus dependencias y otorgarles nuevas atribuciones. Una de estas fue la resaltada en su artículo 34, mediante la cual

se le otorgaban nuevas competencias al DCF, entre las cuales se contemplaba de forma expresa la administración y supervisión del archivo confidencial de huellas genéticas, con fines criminales y humanitarios. Sin embargo, este proyecto no llegó a convertirse en ley, porque recibió un dictamen negativo de mayoría y fue archivado en el año 2015. Pues presentaba disposiciones inconstitucionales, al no limitar adecuadamente la utilización de los registros de investigación forense, lo cual vulneraba diversos derechos fundamentales de los sujetos sometidos a estas medidas.

Por lo tanto, al realizar un análisis integral de la normativa costarricense, se puede afirmar que el Poder Judicial no cuenta con una disposición legal que lo autorice para implementar una base de datos de perfiles de ADN de uso forense, en la que se ingresan, almacenan, conservan, tratan y transfieren, datos genéticos, información personal y muestras biológicas de los sujetos intervinientes en los procesos penales y humanitarios. Por lo cual, el Reglamento administrativo aprobado por la Corte Plena, deviene en ilegítimo e ineficaz, al limitar de forma ilícita, injusta y desproporcionada el contenido esencial de diversos derechos fundamentales. A saber, el derecho a la dignidad humana: ya que se reduce a las personas, principalmente a los imputados y condenados, a sus características genéticas y se les convierten en un simple objeto del proceso de información, en manos de la administración de justicia. La identidad personal: pues no se protege en el desarrollo de una ley adecuada a los datos genéticos y las muestras biológicas que determinan una parte sustancial de la identidad de un individuo, su familia y grupo étnico. La intimidad genética: porque para almacenar y tratar los datos genéticos y las muestras biológicas, se necesita contar con el consentimiento expreso e informado de su titular o con una ley que determine las circunstancias especiales mediante las cuales se permite limitar este derecho -principalmente en el caso de los imputados y condenados. Así como la autodeterminación informativa y sus garantías: porque el contenido del reglamento no reconoce al titular de toda esta información, el poder de controlarlos de forma directa, plena y efectiva, una vez que se encuentran registrados en la base de datos automatizada. Puesto que no puede decidir sobre las condiciones, límites y formas de su uso y destino, para evitar su tráfico ilícito y lesivo a la dignidad humana.

Es necesario que el ordenamiento jurídico costarricense cuente con una normativa legal que cumpla con diversos principios constitucionales e internacionales, para limitar en forma adecuada la utilización de una base de datos de ADN por parte de la Administración de Justicia y su incidencia en los derechos fundamentales:

A la luz de los principios de división de poderes y reserva de ley, las medidas estatales que restrinjan derechos fundamentales de los ciudadanos, debe de establecerse mediante ley formal emanada por el Poder Legislativo y mediante el procedimiento constitucional instaurado. Igualmente, acorde con el principio de legalidad las autoridades estatales intervinientes investigación y enjuiciamiento penal, deben de sujetar su actuación a las disposiciones legales y constitucionales que los norman y respetar los derechos de los sujetos investigados. Por lo cual, resulta necesario que la ley delegue expresamente la competencia del DCF del OIJ, para utilizar la base de datos genéticos objeto de estudio. Pues los reglamentos internos dictados por el Poder Judicial, al ser normas infralegales de orden y servicio, solo pueden desarrollar y complementar lo dispuesto en el marco legal y constitucional que regula su actuación; pero no pueden sobrepasarlo, ni darle nuevas atribuciones, pues eso constituye un exceso de poder prohibido. Igualmente, estas normas no pueden crear nuevas limitaciones no establecidas en la ley, incrementar las existentes o disminuir la protección de un derecho constitucional.

Además, el legislador al momento de elaborar la norma debe de observar el principio de proporcionalidad, para lograr un equilibrio entre el interés general de aplicación de la base de datos de ADN -principalmente en materia criminal- y la intensidad en la intromisión de los derechos fundamentales. Por lo cual tendrá que ponderar los siguientes tres requisitos -que la reglamentación actual no cumple-: 1- Idoneidad: solo deben de utilizarse los datos de la región no codificante con fines de identificación humana y no se podrán obtener otros datos sensibles de la región codificante; por lo cual una vez cumplida esta finalidad, toda la información sensible -incluidas las muestras biológicas- no puede ser reutilizadas y ni conservadas con fines distintos. 2- Necesidad: el tratamiento automatizado de los perfiles genéticos, solo debe de ordenarse en delitos en los que normalmente se dejan restos biológicos y donde no es posible obtener la identificación del presunto responsable, por otros medios probatorios menos lesivos. 3-Proporcionalidad en sentido estricto: para que

la lesión al ordenamiento jurídico justifique la intromisión sobre los derechos fundamentales de los imputados y condenados; esta pericia se debe de implementar solo cuando existe una gravedad delictiva de los hechos investigados y de acuerdo con las sospechas existentes. Así como en aquellos delitos en los que normalmente haya reincidencia, Porque en caso contrario no hay justificación para almacenar un perfil genético extraído en el contexto penal de un proceso, para usarse en el marco de otras investigaciones penales nacionales e incluso internacionales; pues la información que se obtiene debe guardar relación y no exceder al hecho punible investigado.

Asimismo, de manera acorde con el principio del control judicial, en materia penal este análisis de proporcionalidad sobre la utilización de la base de datos de ADN forense en un caso concreto; debe ser autorizado por el Juez garantías y no por el OIJ -la policía judicial o el perito del DCF-, ni por el Ministerio Público. Pues la ley procesal penal dicta que toda diligencia de investigación que pueda generar una injerencia en los derechos fundamentales del imputado, debe ser evaluada y autorizada mediante una resolución judicial motivada del Juez competente. No obstante, según lo referido por la perita judicial Anayanci Rodríguez Quesada, en la *praxis* judicial son los peritos de la Sección Bioquímica del DCF quienes deciden, con base en la calificación legal indicada en la fórmula de solicitud de dictamen pericial; si almacenan y tratan los perfiles genéticos e información personal en la base de datos. Siendo que, ante una duda con respecto a la penalidad del delito para su inclusión en la base de datos, utilizan como medio de consulta fuentes tales como Sinalevi.

En cuanto al Derecho Comparado los legisladores deben de valorar los ejemplos de los ordenamientos jurídicos de otros países que también utilizan el software CODIS para operar sus bases de datos de ADN con fines forenses. Tales como Chile, Uruguay, Panamá y España; los cuales adaptaron su Derecho a las exigencias del Derecho Internacional de Derechos Humanos en materia de protección de los datos genéticos y muestras biológicas. Contemplando el uso de las bases de datos de ADN por medio de una ley especial. En respeto a los principios de división de poderes, reserva de ley, proporcionalidad y control judicial; los cuales sirven a las personas como una garantía de control de la actuación de los poderes públicos, cuando pretenden restringir con una finalidad legítima los derechos fundamentales.

Bibliografía

Libros

- Alonso Alonso, Antonio. *Conceptos básicos del ADN forense*. Madrid, España: Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Servicio de Biología, 2004.
- Alvarellós, Laura Adriana. *Identificación humana y bases de datos genéticos*. Distrito Federal, México: IBIJUS, 2009.
- Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 2003.
- Casado, María y Margarita Guillen. *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*. Barcelona, España: Universitat de Barcelona, 2014.
- Chinchilla Calderón, Rosaura y Rosaura García Aguilar. *Bases de datos de ADN y genética forense*. San José, Costa Rica: IJSA, 2009.
- Chirino Sánchez, Alfredo. *Autodeterminación informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*. San José, Costa Rica: Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Justicia, 1997.
- Espinoza Esquivel, Marta María. *Manual de Ciencias Forenses Tomo II: El análisis de ADN al servicio de la administración de justicia*. Heredia, Costa Rica: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial, 2011.
- García Mansilla, Manuel José. *Bases de datos de ADN y derecho a la privacidad genética*. s.l.: Instituto de Policía Constitucional, 2010.
- Guillen Vázquez, Margarita. *Bases de datos de ADN con fines de investigación penal: Especial referencia al derecho comparado*. Madrid, España: Centro de Estudios Jurídicos, 2004.
- Hassemer, Winfried. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., 1997.

- Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal Tomo III Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Editorial del Puerto, 2011.
- Meléndez Bolaños, Erna. *Interpretación y valoración de la prueba de ADN forense*. San José, Costa Rica: Lara Segura & Bolaños, 2006.
- Muñoz Campos, Mercedes y Hannia Soto Arroyo. *Derecho de Autodeterminación Informativa*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2005.
- O'Donnell, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. 2° ed. Distrito Federal, México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012.
- Prieto Solla, Lourdes. *Aplicaciones forenses del ADN*. Madrid, España: Comisaría General de la Policía Científica, Laboratorio de ADN, 2004.
- Romero Casabona, Carlos. *Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad*. Madrid, España: Comares, 2002.
- Romeo Casabona, Carlos y Sergio Romeo Malanda. *Identificadores del ADN en el sistema de justicia penal*. Navarra, España: Editorial ARANZADI, 2010.
- Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*. Lyon, Francia: 1° ed, 2001.
- Secretaría General de Interpol, *Manual de INTERPOL sobre el intercambio y la utilización de datos relativos al ADN: Recomendaciones del grupo de expertos en ADN de INTERPOL*. Lyon, Francia: 2° ed, 2009.
- Suárez Espino, María Lidia. *“El Derecho a la Intimidad Genética”*. Madrid, España: Marcial Pons, 2008.

Artículos en revistas impresas

Robleto Gutiérrez, Jaime. “*El A.D.N. y su importancia en la investigación criminalística*” (Costa Rica). *Revista de Ciencias Penales*, No. 18 (2000): 77-104.

Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos. “*El derecho internacional ante los desafíos del genoma humano y la bioética, en el marco de la organización y las declaraciones internacionales. Su proyección al Derecho mexicano (México)*”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. N 8. (2008): 441-483.

Trabajos de Graduación

Abarca Álvarez, Tatiana y Sensy Azofeifa Soto. “El principio de seguridad jurídica como necesidad para la eliminación de la adopción internacional”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2013.

Álvarez Buján, María Victoria. “Análisis crítico sobre la prueba de ADN: Virtualidad científica y jurídica”. Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Vigo, Escola Internacional de Doutoramento, 2018.

Hernández Hernández, Edmundo. “La aplicación de los análisis de ADN en el proceso penal”. Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Área Académica de Derecho y Jurisprudencia, 2007.

Garzón Flores, José María. “La prueba de ADN en el proceso penal”. Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Escuela Internacional de Doctorado, 2017.

Artículos de revistas en línea

Andorno, Roberto. “*La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano*”. *Revista de Derecho y Genoma*

Humano, No. 14, (2001): 41-53, consultado 27 de abril, 2020, <https://bioderecho.wordpress.com/numero-14/>

Alonso Alonso, Antonio. “*Conceptos básicos de ADN forense*”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1860-1871, consultado 07 de diciembre, 2019, https://www.academia.edu/35941095/CONCEPTOS_B%C3%81SICOS_DE_ADN_FORENSE

Álvarez Buján, María Victoria. “*Prueba de ADN, bases de datos genéticos y proceso penal: panorama normativo en España y Portugal*”, *Revista Derecho* 24, No. 2, (2015): 01-34, consultado 10 de agosto, 2019, <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/2802>

Bahamonde Guasch, Cristian. “*Los Datos Personales en Chile: Concepto, Clasificación y Naturaleza Jurídica. (Spanish)*” *Revista de Estudios Ius Novum*, No. 1 (ene., 2008), VLex (consultado 20 de marzo, 2020), https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/content_type:4/clasificaci%C3%B3n+datos+personales/WW/vid/51364866

Burian von Dedina, Genoveva. “*Dignidad, integridad y vulnerabilidad desde las declaraciones de la UNESCO*”, *Revista colombiana de bioética*, Vol. 04, No. 2, (2009): 197-223, consultado 17 de octubre, 2020, <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189214316009.pdf>

Cano Fernández, José Antonio y Blanca Arce Antón. “*Genética forense: crimen e identidad*”, *Revista Expresión Forense*, No. 11, (2014):44-49, consultado 01 de febrero, 2020, http://www.criminalistica.mx/expresionforense.com/Archivo_coleccion_EF/expresion%20forense_no%2011_febrero_2014.pdf

Carracedo, Ángel. “*ADN: La genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal*”, *Revista del Instituto de Ciencias Forenses de la Universidad de Santiago de Compostela* (2013): 01-10, consultado 05 de diciembre, 2019, http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/2013/PONENCIAS/Junio/1559347945_1062013102130.pdf

Córdoba, Mariana y Paula Lipko “*Identidad personal y genética: reflexión sobre la cristalización de una estrategia*”, *Colección de Filosofía de la Educación*, No. 15, (2013): 267-287, consultado 17 de octubre, 2020, https://www.researchgate.net/publication/318614962_Identidad_personal_y_genetica_reflexion_sobre_la_cristalizacion_de_una_estrategia_Personal_and_genetic_identity_crystallization_of_a_strategy_under_consideration

De Torres Soto, María Luisa. “*Información genética y derecho a la intimidad genética*”, *Revista CES Derecho*, Vol. 9, No. 2, (2018): 219-222, consultado 26 de abril, 2020, <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/4888>

Donoso Abarca, Lorena. “*Bases de datos de adn para identificación criminal*”, *Enciclopedia de Bioderecho Bioética, Cátedra de Derecho y Genoma Humano*, consultado 05 de octubre, 2020, <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/25>

Figueroa Franco, Ruth Marlén y Gloria Carolina Vicuña Giraldo. “*Identificación de personas desaparecidas mediante búsqueda en la base nacional de perfiles genéticos de aplicación en investigación judicial -codis-: reporte de dos casos*”, *Revista Case Reports de la Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá*, Vol. 1, N. 2, (2015): 149-149, consultado 25 de marzo, 2020, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560959301007>

Gamboa Bernal, Gilberto. “*Nuevos Derechos Humanos: ni derechos, ni humanos. Viejos deberes: culpables olvidos*”, *Revista Persona y Bioética*, Vol. 16, No. 2, (2012): 81-86, consultado 19 de octubre, 2020, <http://www.scielo.org.co/pdf/pebi/v16n2/v16n2a01.pdf>

García Fernández, Óscar. “*Bases de datos de adn para investigación criminal*”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, consultado 20 de marzo, 2020, <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/24>

Garriga Domínguez, Ana. “*Una nueva exigencia de la libertad: la protección de los datos personales sensibles*”, *Revista jurídica da Universidad de Santiago de Compostela*, Vol. 9, No. 2 (2000): 50-81, consultado 31 de marzo, 2020,

https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7718/pg_051-084_dereito9-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Garriga Ana, Pablo Bonorino, Susana Álvarez y Rosa Ricoy. “*Base de datos policiales de ADN con fines de investigación criminal: Recomendaciones y propuestas en torno a la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, de Base de datos policiales de identificadores obtenidos a partir del ADN*”, Informe elaborado dentro del programa “*El tiempo de los derechos*”, No. 4 (2009): 03-16, consultado 03 de marzo, 2020, <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/jun10/i4.pdf>

Gascón Abellán, Marina. “*Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN*”. Universidad de Castilla La Mancha: 01-12, consultado 08 de enero, 2020, <https://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>

Gómez Skarmeta, José Luis. “¿Para qué sirve el genoma no codificante?”, *Enciclopedia Fundación Instituto Roche*, consultado 20 de agosto, 2020, https://www.instituto Roche.es/biotecnologia/64/para_que_sirve_el_genoma_n_o_codificante

Gómez Sánchez, Yolanda. “*La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa*”, *Revista Jurídica Derecho y Salud* 16, No. Extra 1, (2008): 59-78, consultado 23 de julio, 2019, <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/volumen-16-extra-2008>

Gros Espiell, Héctor. “*La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*”, *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 4 (2003): 193-223, consultado 16 de octubre, 2020, <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/ANDH0303110193A/20932>

Guerrero Moreno, Álvaro Alfonso. “*La regulación de los datos genéticos y las bases de datos*”, *Revista Javeriana de la Pontificia Universidad Javeriana Cali* 8, No. 2, (2008): 223-244, consultado 06 de diciembre, 2019, <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/313/1140>

- Herrera Bravo, Rodolfo. “Los registros de ADN y los derechos constitucionales: ¿Cómo esquivar sin despellejar?”, *Revista Foro Jurídico*, No. 03, (2004): 105-114, consultado 26 de julio, 2019, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18343/18586>
- Illana, José C. “Biología molecular y estructura del ADN”. *Revista Anales de Química de la Real Sociedad Española de Química*, No. 110 (3), (2014): 234-240, consultado 06 de diciembre, 2019, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6072412.pdf>
- Jiménez, Pilar Nicolás. “Datos genéticos (Jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, consultado 28 de abril, 2020, <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/92>
- López Serna, Marcela. “Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad”, *Revista División de Derecho, Política y Gobierno*, No. 14, (2018): 65-76, consultado 17 de octubre, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7103692.pdf>
- Marín Castan, María Luisa. “La dignidad humana, los derechos humanos y derechos constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, No. 9 (enero: 2007): 4, consultado 10 de setiembre, 2019, http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD9_ArtMarin.pdf
- Morales C, Ana Isabel, Bernal Morera y Gerardo Jiménez-Arce. “La implementación de la tecnología del ADN en Costa Rica: un análisis retrospectivo”, *Revista de Biología Tropical* 52. No. 3. (2004): 695-712, consultado 07 de julio, 2019, https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77442004000300030
- Moreno Verdejo, Jaime. “ADN y proceso penal análisis de la reforma operada por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”. *Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1801-1841, consultado 25 de julio, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4074142>

- Morente Parra, Vanessa. “*Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No. 18, (2008): 189-200, consultado 26 de julio, 2019, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8377/DyL-2008-18-Derechos-Morente.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Negro Alvarado, Dante Mauricio. “*Hacia un marco normativo en las Américas en materia de protección de datos personales*”. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. No. IX-1, (2014), VLex, consultado 25 de abril, 2020, https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/*/%22datos+sensibles%22/WW/vid/550006518
- Ortega-Loubon, Christian, José Barrera y José Concepción. “*Identificación médico legal por ADN*”, *Revista Médico Científica de la Facultad de Medicina de la Universidad de Panamá* 21, No.2, (2008): 74-83, consultado 23 de junio, 2019, <http://www.revistamedicocientifica.org/uploads/journals/1/articles/221/public/221-781-1-PB.pdf>
- Páez Murcia, Ángela María. “*Aplicabilidad de la teoría de división de poderes en la actualidad, en algunos estados de América Latina*” *Revista Dikaion*, No. 15, (2006), VLex, consultado 03 de agosto, 2020, https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#/search/jurisdiction:CR,EA,AR,CL,CO,MX+content_type:4/%22divisi%C3%B3n+de+poderes%22/p4/WW/vid/826074645
- Prieto Solla, Lourdes. “*Aplicaciones forenses del ADN*”. *Revista de Estudios Jurídicos*, No. 2004, (2004): 1872-1889, consultado 08 de diciembre, 2019, <https://docplayer.es/46338038-Aplicaciones-forenses-del-adn.html>
- Romo Pizarro, Osvaldo. “*Proyecto de Ley para un registro de ADN de utilización Criminalística*”, *Revista CONAMED* 8, No. 2, (2003): 21-34, consultado el 04 de junio, 2019, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4052821.pdf>
- Seoane Rodríguez, José. “*De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de*

noviembre)”, *Revista de Derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, No. 16, (2002): 71-105, consultado 18 de octubre, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2044982>

Torres Ávila, Jheison. “Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes”. *Revista Justicia Juris*, Vol. 10, No. 1, (2014), VLex, consultado 03 de agosto, 2020, <https://2019-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#/search/jurisdiction:CR,EA,AR,CL,CO,MX/%22divisi%C3%B3n+de+poderes%22/WW/vid/678354765>

Tórtora Aravena, Hugo. “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, No. 2, (2010): 167-200, consultado 28 de julio, 2019, <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/183/171>

Diccionarios

AVIAGEN, “¿Cómo tomar muestras con las tarjetas FTA?”, consultado 02 de marzo, 2020, http://en.aviagen.com/assets/Tech_Center/BB_Resources_Tools/Vet_How_Tos/AVIAVetHowTo02-TakeFTACardSamples-ES15.pdf

Biblioteca Nacional de Medicina de los EE.UU. “Enfermedades genéticas”, consultado 09 de enero, 2020, <https://medlineplus.gov/spanish/geneticdisorders.html>

Diccionario Definición ABC. “Bases de datos”, consultado 08 de agosto, 2019, <https://www.definicionabc.com/tecnologia/base-de-datos.php>

Noticias

Ministerio de Asuntos Exteriores. “Consejo de Europa”, consultado 17 de mayo, 2020, <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Paginas/Inicio.aspx>

Neurona Group. “Chile inaugura Registro nacional de ADN con la ayuda del FBI”, consultado 15 de octubre, 2020, http://www.neuronagroup.cl/noticias/chile_inaugura_registro_nacional_de_adn_con_la_ayuda_del_fbi

Documentos institucionales

Agencia de Protección de Datos de los Habitantes. Sitio web, consultado 28 de junio, 2020, <http://prodhab.go.cr>

Federal Bureau of Investigation. Sitio web, consultado 07 de septiembre, 2019, <https://www.fbi.gov>

Fiscalía General de la República, Ministerio Público. “Protocolo de actuación para la aplicación de la Dirección Funcional: Instrucción General 01 de febrero de 2012”, consultado 11 de enero, 2020, <https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/index.php/instructivos-de-la-fiscalia-general/category/104-instructivos-generales-2012?download=1385:ig-01-2012>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Sitio web, consultado 13 de mayo, 2020, <https://es.unesco.org/themes/etica-ciencia-y-tecnologia>

Parlamento Europeo. “Directiva 95/46/CE Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos: 24 de octubre de 1995”, consultado 04 de octubre, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>

Poder Judicial. Sitio web, consultado 19 de enero, 2020, <https://sitiooj.poder-judicial.go.cr>

Poder Judicial, “Acta número 44-00 de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del ocho de junio del dos mil: artículo LXXXII”. NEXUS (consultado 11 de julio, 2020).

Poder Judicial, “Acta número 42-07 de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del siete de junio del dos mil siete: artículo L”. NEXUS (consultado 05 de abril, 2020).

Poder Judicial. “Acta número 25-11 de la sesión ordinaria del Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas del primero de agosto de dos mil once: artículo XXV”. NEXUS (consultado 15 de mayo, 2020).

Poder Judicial, “Acta número 53-12 de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del veintinueve de mayo de dos mil doce: Artículo LIII, Documento número 9885-11, 5442-2012”. NEXUS (consultado 07 de septiembre, 2019).

Poder Judicial, Acta número 031-2012 de la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas del tres de septiembre del dos mil doce: artículo XIX, Documento 9246-2012”. NEXUS (consultado 05 de junio, 2020).

Poder Judicial, “Acta número 99-12 de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del trece de noviembre del dos mil doce: artículo XLI”. NEXUS (consultado 23 de diciembre, 2019).

Poder Judicial, “Acta número 34-14 de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas del veintidós de abril de dos mil catorce: artículo LI”. NEXUS (consultado 25 de febrero, 2020).

Poder Judicial, Acta número 32-14 de Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas treinta minutos del treinta de junio del dos mil catorce: artículo XIV”. NEXUS (consultado 30 de mayo, 2020).

Poder Judicial, “Acta número 101-16 de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas del tres de noviembre del dos mil dieciséis: Artículo XXXVII, Documento número 9885-11, 12374-16”. NEXUS (consultado 06 de abril, 2020).

Poder Judicial. “Acta número 113-16 de la sesión ordinaria del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia de las ocho horas veinte de diciembre de dos

mil dieciséis: Artículo LXXXVIII, Documento N° 9885-11, 14065-16". NEXUS (consultado 08 de abril, 2020).

Poder Judicial. "Circular número 92-19 del treinta de mayo de dos mil diecinueve: Listado de servicios del Departamento de Ciencias Forenses para garantizar la certeza de las pericias y fiabilidad de resultados". NEXUS (consultado 23 de febrero, 2020).

Poder Judicial. "Circular número 90-2011 del primero de agosto de dos mil once: Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana". NEXUS (consultado 30 de diciembre, 2019).

Poder Judicial. Comisión de la Jurisdicción Penal de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. "Minuta de la reunión CAP 13-5-2011". Facilitada por el técnico judicial Fabián Freyeán Mora, mediante mensaje de correo electrónico, 19 de agosto, 2020.

Poder Judicial. Comisión de la Jurisdicción Penal de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. "Oficio enviado por el presidente José Manuel Arroyo Gutiérrez al Director del Departamento de Ciencias Forenses en fecha 26 de enero del 2011". Facilitado por el técnico judicial Fabián Freyeán Mora, mediante mensaje de correo electrónico, 19 de agosto, 2020.

Procuraduría General de la República. "Opinión Jurídica OJ-103-2000 del dieciocho de septiembre de dos mil", SINALEVI, (consultado 03 de octubre, 2020).

Secretaría General de Interpol. Sitio web, consultado 03 de abril, 2020, <https://www.interpol.int>

Entrevistas

González Cordero, Manuel. Perito judicial de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial. (Comunicación vía electrónica, 12 de febrero de 2020).

Quesada Rodríguez, Karla. Jefa del Departamento de Registro de Archivos y Bases de Datos de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes. (Comunicación vía electrónica, 10 de julio de 2020).

Rodríguez Quesada, Ana Yanci. Perita judicial de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial. (Comunicación en persona, 21 de noviembre de 2019).

Jurisprudencia nacional

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 01147-1990 del 21 de septiembre de 1990, 16:00 horas. Expediente 90-000208-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 01490-1990 31 de octubre de 1990, 14:08 horas. Expediente 90-001610-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 01635-1990 del 14 de noviembre de 1990, 17:00 horas. Expediente 90-000578-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 01958-1990 del 26 de diciembre de 1990, 14:51 horas. Expediente 90-002110-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 00476-1991 del 01 de marzo de 1991, 14:10 horas. Expediente 91-000075-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Consulta judicial facultativa: voto 02527-1994 del 31 de mayo de 1994, 15:30 horas. Expediente 94-0002533-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 08390-1997 del 09 de diciembre de 1997. 16:21 horas. Expediente 97-002372-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Consulta judicial preceptiva: voto 00440-1998 del 27 de enero de 1998, 15:27 horas. Expediente 97-008755-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 01345-1998 del 27 de febrero de 1998, 11:36 horas. Expediente 97-005213-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de hábeas corpus: voto 2805-1998 del 27 de abril 1998, 16:30 horas. Expediente 98-002595-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 08218-1998 del 18 de noviembre 1998, 16:00 horas. Expediente 98-003207-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 08858-1998 del 15 de diciembre de 1998, 16:33 horas. Expediente 97-004250-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 04847-1999 del 22 de junio de 1999, 16:27 horas. Expediente 99-002128-007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 05802-1999 del 27 de julio de 1999, 15:36 horas. Expediente 95-006047-007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 6107-99 del 06 de agosto de 1999, 09:00 horas. Expediente 99-002208-0007-CO.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: voto 00733-2000 del 30 de junio de 2000, 09:50 horas. Expediente 97-201890-0358-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: voto 2001-00060 del 19 de enero de 2001, 09:00 horas. Expediente 97-000051-0361-PE.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Consulta judicial facultativa: voto 01465-001 del 21 de febrero del 2001, 14:36 horas. Expediente 00-009923-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 12017-2002 del 18 de diciembre de 2002, 09:06 horas. Expediente 02-009774-0007-CO.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto 00080-2004 del 13 de febrero de 2004, 09:25 horas. Expediente 02-200042-0305-PE.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 09255-2004 del 25 de agosto de 2004, 16:03 horas. Expediente 03-007301-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 13428-2004 del 26 de noviembre de 2004, 14:13 horas. Expediente 04-0093230007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 2448-2006 del 24 de febrero de 2006, 08:59 horas. Expediente 04-008099-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 8866-2007 del 21 de julio 2007, 15:46 horas. Expediente 07-006748-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 10285-2008 del 19 de junio de 2008, 16:10 horas. Expediente 07-012503-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Consulta judicial facultativa: voto 01668-2010 del 27 de enero de 2010, 15:12 horas. Expediente 03-005236-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 07297-2011 del 03 de junio de 2011, 09:00 horas. Expediente 11-005605-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 01584-2014 del 05 de febrero de 2014, 16:01 horas. Expediente 12-016364-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 04623-2016 del 06 de abril del 2016, 9:00 horas. Expediente 14-017016-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 1566-2017 del 01 de febrero 2017, 10:26 horas. Expediente 13-000622-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 19030-2018 del 14 de noviembre de 2018, 17:15 horas. Expediente 14-014251-0007-CO.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Procedimiento de revisión: voto 00511-2012 del 16 de marzo de 2012, 11:12 horas. Expediente 09-000283-0006-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: voto 01395-2015 del 06 de noviembre de 2015, 09:20 horas. Expediente 14-000559-0059-PE.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Recurso de apelación de sentencia: voto 00912-2018 del 12 de julio de 2018, 10:30 horas. Expediente 15-021637-0042-PE.

Juzgado Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Se ordena acceso a información privada: voto del 23 de agosto de 2006, 11:00 horas. Expediente 06-013377-0042-PE.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Klass y otros vs. Alemania. Sentencia del 06 de septiembre de 1978.

Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Caso S. y Marper vs. Reino Unido. Sentencia de 04 de diciembre de 2008.

Normativa nacional

- Constitución Política
- Código de Ética para el Organismo de Investigación Judicial
- Código de Familia
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Ley contra la Delincuencia Organizada
- Ley General de la Administración Pública
- Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial
- Ley de Paternidad Responsable
- Ley del Registro y Archivos Judiciales
- Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones
- Ley del Sistema Nacional de Archivos
- Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales
- Reglamento a Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales
- Reglamento a la Ley del Sistema Nacional de Archivos

- Proyecto de Ley para la protección de la información genética humana y proteómica humana
- Proyecto de Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales (Ley vigente)
- Proyecto de Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales (Archivado)
- Proyecto de Ley de reforma total a la ley orgánica del Organismo de Investigación Judicial y sus reformas

Instrumentos internacionales

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Convención para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina.
- Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos.
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.
- Informe del Comité Jurídico Interamericano: Privacidad y protección de datos personales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Principios y recomendaciones preliminares sobre la protección de datos (la protección de datos personales).
- Recomendación sobre la utilización del análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la administración de justicia penal.

- Recomendación N° R (97) a los Estados miembros sobre protección de datos médicos.
- Recomendación No. 5 (97): Sobre la protección de datos médicos.
- Reglamento de Interpol sobre el tratamiento de datos.
- Resolución CJI/doc.541/17 CORR.1: Informe sobre la privacidad y la protección de datos personales.
- Resolución CO/CAJP-2921/10 Rev.1 Corr.1: Informe sobre principios y recomendaciones sobre la protección de datos (la protección de datos personales)
- Resolución 44/132 principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales.
- Resolución 45/95 principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales.
- Recomendación sobre la Ciencia y los Investigadores Científicos.
- Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Legislación internacional

Poder Legislativo de Chile, “Ley 19696 Código Procesal Penal: 29 de septiembre de 2000”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile BCN (consultado el 15 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de Chile, “Ley 19628 Sobre Protección de Datos de Carácter Personal: 18 de agosto de 1999”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile BCN (consultado el 15 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de Chile, “Ley 19970 Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN: 10 de septiembre de 2004”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile BCN (consultado el 15 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de España, “Real Decreto por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal: 14 de septiembre de 1882”. BOE (consultado el 16 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de España, “Ley 15/1999 Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal: 13 de diciembre de 1999”. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado BOE, (consultado, 16 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de España, “Ley 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN: 08 de octubre de 2007”. Agencia Estatal Boletín Oficial BOE (consultado el 16 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de España, “Ley 3/2018 Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: 05 de diciembre de 2018”. Agencia Estatal Boletín Oficial BOE (consultado el 16 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de Panamá, “Ley 80 por la cual se crea una base y banco forense de datos de ácido desoxirribonucleico y se adoptan otras medidas: 23 de noviembre de 1998”. LEGISPAN (consultado el 15 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de Panamá, “Ley 63 Código Procesal Penal: 28 de agosto de 2008”. LEGISPAN (consultado el 15 de octubre de 2020).

Poder Legislativo de Panamá, “Ley 81 Sobre Protección de Datos Personales: 26 de marzo de 2019”. La Gaceta Oficial (consultado el 15 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de Uruguay, “Ley 18849 del Registro Nacional de Huellas Genéticas: 02 de diciembre de 2011”. Centro de Información Oficial IMPO (consultado el 16 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de Uruguay, “Ley 19293 Código Procesal Penal: 19 de diciembre de 2014”. Centro de Información Oficial IMPO (consultado el 16 de octubre, 2020).

Poder Legislativo de Uruguay, “Ley 18331 Ley de Protección de Datos Personales: 11 de agosto de 2008”. Centro de Información Oficial IMPO (consultado el 16 de octubre, 2020).

Anexos

- **Anexo 1:**

Entrevista realizada a Anayanci Rodríguez Quesada, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial.

Departamento de Ciencias Forenses, San Joaquín de Flores, Heredia, a las 9:58 horas del 18 de noviembre, 2019.

1).- ¿Cuál es su grado académico y experiencia profesional?

Yo tengo licenciatura en microbiología químico-clínica y trabajo como perito desde el año 1996. Actualmente dirige el CODIS.

2).- ¿Cuántos años lleva de trabajar para el Poder Judicial y desde hace cuánto tiempo dirige el CODIS?

Trabajo como perito desde el año 1996.

3).- ¿Cómo y en qué año el Departamento de Ciencias Forenses adquiere el software CODIS?

Todo inició en el 2009 pero hubo dos compañeras que empezaron con esto y fue revisando leyes de otros países, cómo estaba Estados Unidos, Inglaterra y Europa digamos porque son pioneros en bases de datos de perfiles genéticos y bueno ellas hicieron una revisión de las más importantes. A partir de ahí ya se empezó a tener reuniones, primero proponer el proyecto al Departamento y luego al Director General del O.I.J. en aquel entonces y ahí empezó a encaminar el proyecto. Pero hasta 2011 se aprobó el reglamento y básicamente fue porque entró a la Comisión de Penales y la comisión recomendó que lo hiciera una jueza. Bueno también antes vino una muchacha a hacer un trabajo, para ver si era necesario una ley para esa base de datos, hizo la tesis de eso y básicamente lo que le recomendaron era que se requería un reglamento, que no era una ley. Entonces ella trabajó muchas cosas que había que incluir en el Reglamento y a partir de ahí entonces la Comisión de Penales asignó a una jueza como parte de ellos que tenía el conocimiento de qué debía tener el

reglamento y una compañera de nosotros participó con la jueza. Y se creó el reglamento que salió como en agosto del 2011, pero no fue hasta finales del 2012 que ya el F.B.I. firmó un convenio con Poder Judicial, con el que era el presidente Luis Paulino. Y a finales del 2012 entonces vinieron ya a hacer la entrega oficial y darnos la capacitación para el uso del software.

4).- ¿A partir de qué fecha empezaron a utilizarlo?

En 2013, porque en diciembre de 2012 nos vinieron a capacitar y hasta 2013 en enero ya empezamos a ingresar perfiles.

5).- ¿Desde que se empezó a utilizar, se dictó alguna norma o protocolo interno que estableciera los lineamientos sobre el uso de esta base de datos?

Primero era crear eso (el reglamento) porque sino el F.B.I. no iba a darnos nada. Tiene que haber una ley para que el F.B.I. nos lo diera. Pero no fue necesario la ley porque hicieron el estudio y dijeron que era un reglamento lo que se requería y hasta que estuviera eso el F.B.I. iba a donar el software.

6).- ¿Conoce si en algún momento hubo una iniciativa por parte del Poder Legislativo para regular tanto la creación, utilización de la base de datos de ADN y el manejo de los datos personales que allí se almacenan?

No. (Diana explica que nosotros fuimos al archivo de la Asamblea y vimos que había un proyecto de ley, pero el proyecto de ley era como del 2011 y lo que pretendían era regular las bases de datos genéticos, pero a nivel nacional). Es que como les digo (...) lo que le tocaba era eso, investigar qué se requería y al final (...) lo que se determinó fue que no era necesario ley, sino que con un reglamento era suficiente. Entonces crearon este reglamento.

7).- ¿Cuál es el objetivo de la base de datos de ADN?

Bueno se creó con el fin de vincular. Los vínculos pueden ser entre indicio-indicio o indicio-imputado. Entonces básicamente con la base de datos lo que ha venido a facilitar o ha descubrir es que haya violadores en serie o una misma persona que cometa robos en serie en ciertas áreas, entonces la base de datos permite hacer vínculos entre indicios en regiones diferentes que una autoridad judicial no se va a dar cuenta que una misma persona está cometiendo delitos en otra jurisdicción

verdad. Entonces es básicamente como tener el territorio nacional cubierto y se puedan dar cuenta que alguien anda cometiendo asaltos o violaciones en diferentes partes del país y que nunca lo hubieran podido ligar. Y ya podría incluso ligarse con un nombre específico o una persona específica cuando ya se cuenta con ella en la base.

8).- ¿Cómo funciona la base de datos de perfiles de ADN de la Sección de Bioquímica?

La base de datos es un software, no es ningún equipo. Está dividido como en dos unidades por decirlo de alguna forma. Una de las unidades es una unidad humanitaria, que básicamente ahí están incluidos todos los restos óseos sin identificar y familiares de personas desaparecidas, entonces esa unidad de la base de datos trabaja básicamente solo con eso. Entran las personas familiares de personas desaparecidas voluntariamente a buscar un vínculo con algún resto óseo que encuentren o los que ya existen. Y por otro lado está la penal, que en esa se incluyen todos los indicios, todo lo que se encuentre en escena, están todos los posibles imputados o sospechosos (los imputados que ingresan son los que tienen condena por delitos mayores a 5 años y mayores de edad), igual están los restos óseos.

Entonces se hacen búsquedas en cada una de esas unidades independientemente. Nosotros en este momento hacemos una búsqueda al mes, todos los meses perfil que entra nuevo se compara con todos los ya existentes. Los resultados se reportan una vez al mes a la Unidad de Análisis Criminal y ellos tiene contacto con la Fiscalía, no sé a qué oficina porque antes era a la Unidad Funcional del Ministerio Público, pero como eso ya ha cambiado tanto, no sé con quién. Pero tienen un grupo de fiscales que trabajan algunos de los casos y otros los comisionan a áreas específicas.

9).- ¿En cuanto a los imputados, en el CODIS solamente se ingresan los perfiles genéticos de imputados sospechosos de cometer un delito sancionado con una pena de prisión de cinco o más años, o esto se da en todos los casos en los que las autoridades judiciales les solicitan extraer muestras de ADN para practicar análisis periciales?

No, bueno normalmente vieras que el asunto es complicado. Porque digamos aquí viene robo y bueno hay varias clasificaciones de robo, y no sabemos si hay una que tenga menos de cinco años, digamos que sea una pena menor. Entonces cuando

tenemos duda mandamos a preguntar qué condena tiene eso o buscamos en Sinalevi, a ver qué condena tiene. (Depende de la clasificación con la que venga). Menores de edad no. La duda que tenemos, no sé si ustedes nos pueden ayudar con eso, lo que pasa a veces es que el imputado cometió el delito menor de edad, pero como que nunca lo encontraron o no sabemos qué pasa, entonces cuando viene aquí ya tiene veinte años. Entonces uno dice, este lo puede agregar o no, porque ya tiene veinte años cuando vino a hacerse la toma de muestra. Pero siempre nos ha surgido esa duda. Esos perfiles no los hemos ingresado.

Esta muy establecido qué perfiles tiene cada una de esas unidades. Aquí está creo que en el artículo 23 o 24, se llama un archivo penal y un archivo de personas desaparecidas. El de personas desaparecidas solamente tiene cadáveres y básicamente familiares. Y luego en el penal son todos los indicios, todos los imputados o posibles sospechosos en los que haya una posible sentencia condenatoria por delitos dolosos con una pena de 5 o más años de prisión. Además, todos los imputados que en un proceso penal usurpen la identidad de otra persona y los de crimen organizado. Y personas desaparecidas y restos cadavéricos sí y personal del O.I.J. que participe en recolección de indicios.

Lo único que pasa de un lado a otro son los restos óseos de personas desaparecidas. Cada muestra se clasifica con una categoría y yo nada más le digo que en cada una de esas unidades o archivos, penal y humanitario, quiero que me compare tales perfiles y yo escojo cuáles.

10).- ¿Qué tipo de información se obtiene del material genético que es extraído de un donante?

Nosotros hasta hace muy poco solo trabajábamos con ADN no codificante. Ahora hay una nueva tecnología que es un equipo que está ahí, que trabaja con partes de ADN codificante que también determina por ejemplo color de ojos, raza (si soy negra, china), que eso puede ayudar mucho a la investigación policial.

Cuando usted tiene un violador en serie o un homicida en serie y de repente usted dice pero quién es, no sabe quién es, pero hay ahora algunos marcadores que pueden dar algunas características fenotípicas, como por ejemplo el color del pelo (aunque ahora se tiñe, muy difícil igual), pero color de piel y por lo menos decir características de raza. Pero digamos eso aún no está incluido en la base de datos. Es una nueva

tecnología que tiene esa capacidad y esa trabaja no solo en ADN no codificante, sino que esa también saca marcadores de partes de ADN codificante.

Entonces a nivel de identificación solamente se trabaja con ADN no codificante, que es igual la información que se almacena en la base de datos.

Este sistema no se ha usado, es un sistema relativamente nuevo, estamos haciendo el estudio poblacional. Pero ya existe el equipo, ya en el mundo muchos países lo tienen y ya pueden dar información no solo genética, sino fenotípica y decir a qué población puede pertenecer, si es más caucásico, negroide y así.

11).- ¿Sobre las muestras biológicas, en dónde se almacenan?

En una bodega, hay un encargado, uno la entrega y él las custodia.

12).- ¿Cuánto tiempo se almacenan las muestras biológicas

Diez años. Hay un artículo que ya lo aprobó Corte Plena. Entonces, por ejemplo, así como hay tiempos de almacenaje de papelería, por ejemplo, de legajos, igual hay un tiempo de almacenaje de muestras biológicas que en el caso de nosotros es de diez años.

Es con base a un acuerdo de Consejo Superior, que da una lista de plazos de conservación del Poder Judicial.

13).- ¿Cómo se dispone de su eliminación?

Se da un informe, pero solo es como informando porque ya es de oficio que el Departamento dispone de su eliminación. Como les digo hay un artículo que igual al que dice que tales legajos son a los 10 años o que la papelería relacionada con ellos es de 10 años, hay uno que dice que son 10 años para las muestras biológicas.

Cuando hay período para hacer destrucción, nos preguntan si se van a destruir las muestras biológicas y uno le manda un oficio a la Jefatura Departamental sobre la lista de destrucción, luego esta Jefatura manda un compilado de todos los Departamentos que van a destruir y ahí casi siempre nos contestan que “sí está de acuerdo, esto está aprobado y debido al tipo de muestras no vamos a estar presentes”.

Normalmente lo que está estipulado es que alguien venga a ser testigo de la destrucción, pero vieras que siempre nos contestan que no es necesario. Que debido al tipo de muestra no es necesario y no van a estar presentes.

Pero nosotros los podemos destruir de oficio cuando tiene más de diez años.

14).- ¿Qué sujetos son incluidos en la base de datos?

Imputados, familiares de personas desaparecidas, víctimas no, no es necesario y todos los indicios. Víctimas no es necesario, solo familiares básicamente.

15).- ¿En el caso del imputado es necesario la toma del consentimiento informado para que su perfil genético sea ingresado en la base de datos? ¿Se le informa de los alcances de su decisión?

Sí en teoría, pero igual se mandó una consulta a la Comisión de Penales y a Asesoría del O.I.J y dijeron que no es necesario.

En realidad, igual esta base de datos el equivalente viene siendo la reseña que se hace por huella dactilar. Entonces ellos dicen que se trata igual, no es si él quiere, es un sujeto en investigación y tiene que hacerlo.

Entonces, el reglamento dice que sí se tiene que cumplir, pero la Comisión de Penales nos dice que no es necesario. Sin embargo, nosotros siempre lo llenamos. Pero, por ejemplo, hay autoridades judiciales que cuando la toma se hace digamos en Guanacaste a veces no lo mandan, entonces nosotros ponemos que viene sin consentimiento informado.

Pero sí nos dieron la orden de que aún sin consentimiento se tiene que ingresar.

16).- ¿Este consentimiento informado (del imputado y víctima) se anexa al dictamen pericial que da a conocer los resultados de la comparación a las partes del proceso penal?

El consentimiento informado se hace en una hoja aparte del dictamen pericial. Vieras que nosotros todo lo manejamos digital, entonces el formulario del consentimiento informado se le completa físicamente, se adjunta al legajo digital interno y luego queda preservado ahí, pero por cinco años. Cada cinco años se destruyen.

17).- ¿Se le informa a la persona sobre la identidad de los servidores judiciales que se encargaran de obtención del material biológico, el encargado de obtener y registrar el perfil genético, así como el responsable de almacenar la información personal del donante del material biológico?

No, es que el consentimiento informado tiene una serie de preguntas que hay que hacerle, que si está de acuerdo en tal cosa, etc., porque al final tiene que firmar.

Entonces a la persona se le lee eso o uno le dice "léalo y si no entiende algo me pregunta" y al final lo firma. No es que se toma la muestra y ya. Cuando una persona llega aquí al edificio de Toma de muestra, pues uno le explica qué es lo que se le va a hacer.

No sé si necesariamente cada perito se presente, porque la verdad no sé si todo el mundo lo tiene como una costumbre. Pero, siempre se le explica cuál es el proceso que se les va a hacer. Que lo que se les va a hacer es tomar una muestra, que es picharle el dedo, que necesitamos que firme, que necesitamos tomar la huella dactilar, una foto y además que complete esa información.

Sí se les explica el proceso. Pero no se presentan y no se dan los nombres de los peritos.

18).- ¿Cuánto tiempo se guarda la información en el CODIS? ¿Bajo qué supuestos se elimina y a solicitud de quién? ¿En la práctica se ha ordenado esa eliminación?

Indefinidamente, no hay tiempo.

Diana pregunta: **¿Pero en el Reglamento dispone diversos supuestos en los cuales se tiene que eliminar la información?** Ajá, pero nos tiene que comunicar y uno los elimina. Solo por orden judicial se borra en cualquier supuesto.

Diana pregunta: **¿Entonces ustedes de oficio no lo pueden hacer? ¿Solo si hay una comunicación del juez o fiscal?** Ajá, no lo eliminamos de oficio.

19).- ¿Qué funcionarios utilizan la base de datos?

La base de datos se alimenta de todos los perfiles genéticos que puedan ser incluidos de acuerdo a lo que ya vimos; entonces todos los analistas o peritos que trabajen en la Unidad Genética Forense son potenciales usuarios de la base de datos.

Todos tienen su perfil o usuario. La base de datos por ser un software igual tiene sus restricciones, igual hay perfiles o gente que solo puede hacer envíos, hacer consultas básicas. Hay otros como yo que tengo un perfil de administrador, entonces yo puedo hacer consultas y búsquedas más profundas o más específicas en la base.

Básicamente es así, hay como especie de usuarios diferentes que son clasificados en la programación del software y de acuerdo al tipo de usuario que tienen pueden tener mayor o menos acceso.

En este momento creo que somos dos o tres compañeros los que tenemos perfil de administrador, por lo que tenemos más derecho que el resto de los compañeros, pero todos pueden enviar perfiles a la base.

20).- ¿Existe algún funcionario encargado de fiscalizar el uso de la base de datos?

Yo soy la encargada de estar revisando las coincidencias mensuales y estar enviando los reportes a la Unidad de Análisis Criminal.

21).- ¿Existe alguna forma de custodiar y controlar el acceso de la información registrada en la base de datos, para evitar cambio o manipulación de la misma?

Es que nadie lo puede hacer solo dos compañeros administradores. Todos podemos ingresar perfiles y ahí va quedando registrando todo, fecha, nombre, etc. El sistema registra y da trazabilidad a todo el que meta mano ahí.

22).- ¿La información que integra actualmente la base de datos de ADN, ha sido compartida con autoridades judiciales o policiales de otros países?

No, tiene que haber un convenio para hacer eso y no hay convenios en este momento con nadie.

El único convenio que existe institucionalmente es con Interpol, entonces por ejemplo Interpol nos manda a nosotros perfiles genéticos de París porque andan buscando un asesino en serie, entonces lo manda a todos los laboratorios que tienen bases de datos en todo el mundo y nosotros lo agregamos a nuestra base de datos. Si nos diera una coincidencia, nosotros notificamos a Interpol. Pero creo que es la única institución, Interpol.

EEUU tiene intenciones de que hagamos algo regional con Centroamérica.

Europa sí tiene un tratado entre países europeos, el Tratado Prüm.

23).- ¿En materia penal juvenil se ha utilizado la base de datos de ADN para la identificación criminal?

No en materia penal juvenil no. Solo tenemos la duda que le comenté antes.

- **Anexo 2:**

Entrevista realizada a Manuel González Cordero, perito judicial de la Sección de Bioquímica del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial.

Mensaje de correo electrónico, de las 17:50 del 12 de febrero, 2020.

1).- ¿Cuál es su grado académico y experiencia profesional?

Licenciado en Microbiología y Química Clínica con una Maestría Académica en Microbiología. Ambos títulos de la Universidad de Costa Rica.

2).- ¿Qué es la huella genética?

La huella genética es el equivalente molecular a una huella dactilar. Corresponde al perfil genético de un individuo, el cual es único de cada persona, excepto en los casos de gemelos idénticos. En ciencias forenses se utilizan regiones específicas del ADN conocidas como STRs (Short Tandem Repeats o repeticiones pequeñas en tandem) para poder determinar el perfil genético de un individuo.

3).- ¿Qué es una base de datos de perfiles de ADN?

Esto corresponde a un banco de información genética de diversos individuos: una recopilación de los perfiles genéticos de diversos individuos.

4).- ¿Cómo se realiza la toma de la muestra biológica tanto de imputado como de la víctima en un proceso penal?

La toma de muestra en el laboratorio de Bioquímica se lleva a cabo siguiendo lo establecido en el procedimiento de operación normado correspondiente (Procedimiento para la toma de muestras biológicas en pacientes, Sección de Bioquímica), para que todo funcionario lo haga de la misma manera y se mantenga la trazabilidad de muestra y documentación correspondiente.

En resumen: se revisa la solicitud de Dictamen Criminalístico, se identifica a la persona, se llenan formularios de consentimiento informado, se llena el registro de toma de muestra (incluye fotografía, firma y huella digital) y se toma la muestra mediante punción capilar en tarjetas especiales FTA. En algunos casos se pueden

tomar muestras de epitelio bucal. Las muestras se secan en cámaras de secado, se embalan, lacran y se remiten al perito o envían a bodega.

5).- ¿Qué tipo de información se obtiene de las diferentes regiones del ADN?

En el laboratorio de Bioquímica solamente se obtiene la información de los STRs para determinación de perfil genético del individuo. Actualmente se pueden estudiar 28 marcadores genéticos distintos.

6).- De esa información que se puede extraer, ¿cuál es la que se almacena en la base de datos?

Solamente el perfil genético del individuo, el cual se almacena en la base de datos CODIS 8.0

7).- ¿Cuáles son las técnicas utilizadas para extraer un perfil genético de una muestra de ADN?

El laboratorio de Bioquímica utiliza kits que no requieren procesos de extracción de ADN para las muestras de referencia y de paternidades. En el caso de los indicios se utiliza extracción mediante Chelex para muestras positivas por sangre, saliva o que se presume hay ADN de contacto. Extracción diferencial con Chelex para indicios positivos por semen. Para extraer ADN de huesos o muestras complejas se realiza extracción orgánica.

8).- ¿Cuál es procedimiento mediante el cual se obtiene del ADN el código alfanumérico que se introduce en la base de datos de ADN?

Los marcadores STRs que se estudian para determinar el perfil de un individuo son en realidad zonas del ADN que tienen una secuencia de 4 o 5 nucleótidos que se repiten un número finito de veces. Estos marcadores están distribuidos en los diversos cromosomas del ser humano. Debido a que el ser humano tiene dos pares de cada cromosoma (uno heredado del padre y otro de la madre), los marcadores se presentan en pares. Para un marcador como el TH01 por ejemplo, la secuencia de nucleótidos que se repite es AATG. Este marcador se encuentra en los cromosomas 11. Un individuo cuyo perfil para TH01 sea 9, 10 implica que tiene 9 veces repetidas la secuencia AATG en uno de sus cromosomas 11 y 10 veces repetidas en el otro cromosoma 11.

Para poder determinar el perfil de un individuo se utilizan Kits comerciales de amplificación del ADN. Estos kits se componen de sondas especializadas que encuentran en el ADN a los marcadores STR que se desean estudiar y mediante la técnica molecular de PCR (Reacción en Cadena de la Polimerasa) van a hacer millones de copias de cada uno de los marcadores STR del ADN que se está estudiando. Esos millones de copias se deben de poder separar de alguna manera para establecer su identidad. Para llevar a cabo esta separación se utiliza otra técnica molecular llamada Electroforesis Capilar. Esta técnica permite separar a cada una de las copias creadas durante la PCR por tamaño. Entre más repeticiones de nucleótidos tenga un marcador STR más grande y pesado se vuelve. Mediante la electroforesis capilar se utiliza esa particularidad para separar las diversas copias de cada marcador y de acuerdo al peso y tamaño que tengan se sabe cuántas repeticiones de secuencia tiene y se le asigna el código alfanumérico correspondiente.

Los kits comerciales actuales determinan 28 marcadores STR distintos.

9).- ¿Cuáles son los tipos de índices de perfiles de ADN que se pueden almacenar en una base de datos de ADN?

La sección de Bioquímica solamente almacena perfiles de imputados mayores de edad, perfiles de indicios que no se pueden relacionar a un individuo, perfiles de personas no identificadas, perfiles de familiares de personas desaparecidas y de personal del OIJ que participa en la recolección y análisis de los indicios.

10).- ¿Cuáles son las utilidades forenses de una base de datos de ADN?

Poder relacionar a un mismo imputado con distintos indicios a la vez. Poder relacionar a diversos indicios que tengan un mismo perfil genético. Poder determinar si hay contaminación de los indicios con el perfil de algún funcionario judicial. Poder encontrar a los familiares de personas desaparecidas.

11).- Respecto a la base que actualmente tiene el Departamento de Ciencias Forenses:

A. ¿Cómo y en qué año se adquiere el software CODIS?

Desde finales del año 2012, por donación del FBI a través la embajada estadounidense.

B. ¿A partir de qué año se empezó a utilizar?

A partir del año 2013.

C. ¿Cuando se empezó a utilizar la base de datos, se contaba con una normativa interna o legal que regulara su creación y utilización?

Sí, se contaba y cuenta con un Reglamento Nacional para CODIS, que data de agosto 2011.

D. ¿Conoce si en algún momento hubo una iniciativa por parte del Poder Legislativo para regular tanto la creación, utilización de la base de datos de ADN y el manejo de los datos personales que allí se almacenan?

Lo desconozco.

E. ¿Qué sujetos son incluidos en esta base de datos?

Muestras forenses (dubitadas), muestras de imputados (convictos y sospechosos), personas desaparecidas, familiares de personas desaparecidas, restos humanos no identificados, personal judicial.

F. ¿En qué tipo de delitos, se incluye la información genética en esta base de datos?

Se ingresan los perfiles de imputados mayores de 18 años, así como de indicios de delitos dolosos sancionados con pena de cinco años o más de prisión o por delitos de crimen organizado.

G. ¿Cómo está clasificada la información dentro de la base de datos? ¿Existe alguna forma de proteger la identidad de las personas asociadas a esos datos?

Se identifican por número interno que corresponde a la orden de trabajo bajo la cual ingresó la muestra.

H. ¿Cuánto tiempo se guarda la información en el CODIS? ¿Bajo qué supuestos se elimina y a solicitud de quién?

Según el Artículo 25 del “Reglamento del registro de datos de perfiles de ADN para identificación humana” el Juez o Ministerio Público debe ordenar al Departamento de Ciencias Forenses excluir de la Base de Datos de ADN el perfil genético cuando:

- los familiares de personas desaparecidas o víctimas de un delito, revoquen de modo expreso el consentimiento informado.
- se obtenga una identificación en casos de familiares de personas desaparecidas o muestras sin identificar.
- el imputado ha sido sobreseído definitivamente o absuelto en el proceso penal
- una vez que transcurran 10 años a partir de cumplida la pena impuesta al condenado.
- los perfiles genéticos de muestras dubitadas o pendientes de identificación, una vez prescrita la acción.

I. ¿Qué partes intervinientes en los procesos judiciales pueden tener acceso a la información contenida en la base de datos?

Solamente tienen acceso directo a la base de datos los peritos de la Sección de Bioquímica que vayan a alimentar la base de datos. El acceso directo a consultar la base de datos solamente la tienen dos peritos.

J. En el caso del imputado: ¿es necesario su consentimiento para que su perfil sea ingresado en la base de datos? ¿Se le informa de los alcances de su decisión?

No es necesaria la firma y llenado del consentimiento informado, según la Comisión de Asuntos Penales del Poder Judicial en el oficio CAP-033-14 es suficiente con solo informar al imputado de los alcances del Artículo 14 del Reglamento.

K. ¿El consentimiento informado (del imputado y víctima) se anexa al dictamen pericial que da a conocer los resultados de la comparación a las partes del proceso penal o se guarda aparte?

No se anexa al dictamen pericial y se almacena en la bodega de documentación y se adjunta al legajo digital.

L. ¿Se le informa a la persona sobre la identidad de los servidores judiciales que se van a encargar de la obtención del material biológico, del encargado

de obtener y registrar el perfil genético, así como del responsable de almacenar la información personal del donante del material biológico?

No. Las identidades de los servidores judiciales no se le informan a la persona, pero se indican en el Dictamen Pericial.

M. ¿La información que integra actualmente la base de datos de ADN, ha sido compartida con autoridades judiciales o policiales de otros países?

No. Solamente se podrían compartir mediante convenios entre ministerios públicos.

N. ¿La base de datos de ADN se ha utilizado en materia penal juvenil para lograr la identificación criminal?

No.

12).- Respecto a las muestras biológicas de las cuales se extrae el ADN:

a. ¿Cuál es la razón por la que se almacenan?

Por Circular N.º 103-2014 Actualización de la tabla de plazos de Conservación del Organismo de Investigación Judicial, aprobada por el Consejo Superior en sesión N.º 34-14 del 22 de abril del 2014, Art. LI.

a. ¿Dónde se almacenan?

En la bodega de la sección.

b. ¿Qué tipo de tratamiento y mantenimiento le dan a las mismas?

Se secan en cámaras de secado al momento de ser recibidas y se mantienen en congelación después de que son analizadas.

c. ¿Cuánto tiempo se almacenan?

Por al menos 10 años.

d. ¿Cómo se dispone su eliminación?

Mediante un proceso de destrucción de indicios establecido en nuestros procedimientos.

- **Anexo 3:**

Entrevista realizada a Karla Quesada Rodríguez, jefa del Departamento de Registro de Archivos y Bases de datos de la Agencia de Protección de Datos de los habitantes

Mensaje de correo electrónico, de las 13:28 del 10 de julio, 2020.

1).- ¿Qué tipo de bases de datos personales se deben inscribir ante la Agencia?

Es criterio de la Agencia que todas las bases de datos, ya sea en soporte físico o digital son inscribibles, ya que, mediante ese proceso de inscripción, se da un análisis del cumplimiento de todos los requisitos que debe cumplir una base de datos para el adecuado funcionamiento, conforme con lo que establece la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley N° 8968 y su Reglamento.

Sin embargo, el legislador estableció en el artículo 21 qué bases deben inscribirse.

Artículo 21.- Registro de archivos y bases de datos:

Toda base de datos, pública o privada, administrada con fines de distribución, difusión o comercialización, debe inscribirse en el registro que al efecto habilite la Prodhab. La inscripción no implica el trasbase o la transferencia de los datos.

2).- ¿Cuáles son algunos ejemplos de bases de datos públicas que se encuentran registradas ante la Agencia?

Tribunal Supremo de Elecciones denominada “TSE” que contiene información de los hechos Vitales y Padrón Electoral.

Ministerio de Economía Industria y Comercio con 2 Bases de Datos denominadas Metabase que contiene los registros con la jurisprudencia del MEIC; y

Sistema de Información Empresarial Costarricense (SIEC) que contiene los registros de las empresas PYME de acuerdo con la Ley 8262.

3).- ¿Cuáles son todos los requisitos que debe tener el protocolo de actuación de una base de datos personales, para considerarse acorde con lo establecido en la normativa de protección de datos personales? Si pudieran darnos un ejemplo de un protocolo de actuación que hayan analizado y que consideren que ha sido uno de los mejores en este tema.

La ley establece que las personas que tengan entre sus funciones la recolección, almacenamiento o uso de datos personales emitirán sus protocolos de actuación.

Artículo 12.- Protocolos de actuación

Las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, que tengan entre sus funciones la recolección, el almacenamiento y el uso de datos personales, podrán emitir un protocolo de actuación en el cual establecerán los pasos que deberán seguir en la recolección, el almacenamiento y el manejo de los datos personales, de conformidad con las reglas previstas en esta ley.

Para que sean válidos, los protocolos de actuación deberán ser inscritos, así como sus posteriores modificaciones, ante la Prodhab. La Prodhab podrá verificar, en cualquier momento, que la base de datos esté cumpliendo cabalmente con los términos de su protocolo.

La manipulación de datos con base en un protocolo de actuación inscrito ante la Prodhab hará presumir, "iuris tantum", el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley, para los efectos de autorizar la cesión de los datos contenidos en una base.

Por medio del artículo 32 del Reglamento a la Ley N°8968, se establece los siguientes requisitos:

Artículo 32. De los protocolos mínimos de actuación.

Los responsables deberán confeccionar un protocolo mínimo de actuación, el cual deberá ser transmitido al encargado para su fiel cumplimiento y donde al menos, se deberá especificar lo siguiente:

- a)** *Elaborar políticas y manuales de privacidad obligatorios y exigibles al interior de la organización del responsable;*
- b)** *Poner en práctica un manual de capacitación, actualización y concientización del personal sobre las obligaciones en materia de protección de datos personales;*

c) Establecer un procedimiento de control interno para el cumplimiento de las políticas de privacidad;

d) Instaurar procedimientos ágiles, expeditos y gratuitos para recibir y responder dudas y quejas de los titulares de los datos personales o sus representantes, así como para acceder, rectificar, modificar, bloquear o suprimir la información contenida en la base de datos y revocar su consentimiento.

e) Crear medidas y procedimientos técnicos que permitan mantener un historial de los datos personales durante su tratamiento.

f) Constituir un mecanismo en el cual el responsable transmitente, le comunica al responsable receptor, las condiciones en las que el titular consintió la recolección, la transferencia y el tratamiento de sus datos.

Estas medidas, así como sus posteriores modificaciones, deberán ser inscritas ante la Agencia como protocolos mínimos de actuación.

Cabe indicar que los protocolos de actuación que se presentan junto a los requisitos de inscripción de la base de datos, deben de cumplir a cabalidad con lo que establece la normativa citada supra, para que la base de datos pueda ser inscrita.

Es importante tener claro, que los protocolos de actuación que crea cada entidad o empresa, se elaborarán de conformidad con el tipo de datos personales que a los que se da tratamiento y las necesidades reales de protección que implica el manejo de esos datos, es por esa razón que la Agencia no cuenta un esquema de protocolo, ya que los mismos deben de ajustarse al tipo de base de datos de que se trate.

En ese sentido no hay protocolo de actuaciones que se pueda considerar mejor que otro, puesto que deben de cumplir con los mismos aspectos según la normativa.

Además, se adjunta el formulario de inscripción de bases con los requisitos que debe de cumplir cada base de datos que solicite inscripción.

3).- ¿El Poder Judicial ha inscrito ante la Agencia alguna de las bases de datos personales que utilizan?, Se encuentran obligados por ley a inscribirlas? En caso afirmativo: ¿Han cumplido con la elaboración de los respectivos protocolos de actuación y si los mismos se pueden considerar acorde con lo establecido en la ley de protección de datos?

No hay actualmente bases de datos del Poder Judicial inscritas, pero sí se han inscrito dos protocolos de actuación:

- Protocolo de Actuaciones denominado “Reglamento de Actuación de la Ley Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial”.
- Protocolo de Actuaciones denominado “Protocolo para la protección de datos en los documentos que se encuentran en las distintas instancias administrativas del Poder Judicial”, por medio del cual se tramita la despersonalización de las resoluciones judiciales y otros documentos.

4).- ¿Se ha brindado alguna capacitación en materia de protección de datos personales a alguna dependencia del Poder Judicial que maneje bases de datos personales?

Sí se han dado capacitaciones al Poder Judicial, sobre la charla general de protección de datos personales y otra capacitación sobre la despersonalización de datos personales, para ser aplicado en el sistema de información jurisprudencial.

5).- ¿La Agencia ha dictado alguna directriz específica a efectos de que Poder Judicial implemente procedimientos adecuados respecto del manejo de los datos personales en sus bases de datos automatizadas? En caso afirmativo: Podrían facilitarnos la misma para poder analizarla.

La Agencia no ha emitido directriz alguna directamente relacionada con el Poder Judicial.

6).- ¿Se han recibido denuncias por mal manejo o violaciones a los derechos derivados de la protección de los datos personales, respecto a alguna de las bases de datos personales administradas por el Poder Judicial? ¿En general cuál ha sido el tipo de denuncia más común?

Sí, se han recibido denuncias contra el Poder Judicial, por escenarios que involucran las resoluciones judiciales que están despersonalizadas y son accesadas por indexadores y buscadores como google, que las muestran en internet. También por datos erróneos en procesos judiciales, que han imputado a una persona que en apariencia no estaba involucrado en la investigación.

- Anexo 4:



ORGANISMO DE INVESTIGACION JUDICIAL
DEPARTAMENTO LABORATORIO DE CIENCIAS FORENSES
SECCION DE BIOQUIMICA

CASO No. BQM: _____

**CONSENTIMIENTO INFORMADO
CASOS PENALES PERSONAS IMPUTADAS**

Página 1 de 3

INFORMACION PERSONAL DEL DONANTE

Nombre y Apellidos: _____	
Número de identificación _____	Sexo: Femenino <input type="checkbox"/> Masculino <input type="checkbox"/>
Fecha y Lugar de nacimiento: _____	Nacionalidad: _____
Domicilio: _____ _____	

INFORMACION GENERAL

Número único: _____	Autoridad Judicial Solicitante: _____
Asunto: _____	
Toma de muestra:	
Lugar: _____	
Fecha: _____	
Hora: _____	



**CONSENTIMIENTO INFORMADO
CASOS PENALES PERSONAS IMPUTADAS**

Página 2 de 3

El abajo firmante, declara que accede voluntariamente a suministrar la muestra biológica en relación con la investigación arriba referida. Además debido al derecho de acceso a la información, se le indica lo siguiente:

- La información personal arriba suministrada será incluida en el Registro de Información Personal de la Base de Datos de ADN.
- Que la muestra biológica tiene como fin único la identificación humana
- Que el perfil genético resultado del análisis de la muestra, será incorporado a la Base de Datos de ADN en el Registro de muestras indubitadas del Archivo Penal, similar al Archivo de Huellas Dactilares.
- De la posibilidad de asociar su perfil genético con otros perfiles pendientes de identificación.
- Que los datos son de carácter confidencial.
- Que su perfil podrá ser excluido de la Base de Datos de ADN mediante orden del Juez o Ministerio Público cuando el imputado haya sido sobreseído definitivamente o absuelto en el proceso penal, cuando la pena establecida sea menor a lo indicado en el Reglamento del Registro de Datos de Perfiles de ADN para Identificación Humana, o bien, una vez que transcurran 10 años a partir de cumplida la pena impuesta al condenado.
- Autorizo el uso del material obtenido y de la información derivada, con fines académicos, en el marco del respeto de la dignidad humana y garantizando el anonimato.
Si No
- Autorizo la utilización de mi perfil genético, desligado de mis datos personales (nombre y otros datos individualizantes) como información anónima en estudios genéticos poblacionales.
Si No

Comprendido lo anterior y para que conste, firmo el presente documento

Firma y cédula del donante:

Firma y nombre del responsable de la toma de muestra:

Oficina del Poder Judicial: _____



**CONSENTIMIENTO INFORMADO
CASOS PENALES PERSONAS IMPUTADAS**

Página 3 de 3

"El responsable de completar el formulario verificó que los espacios en blanco no son producto de una omisión, sino porqué los mismos no fueron requeridos o no aplican".

Documento Escaneado (para uso de la Sección de Bioquímica) _____

• Anexo 5:



ORGANISMO DE INVESTIGACION JUDICIAL
DEPARTAMENTO LABORATORIO DE CIENCIAS FORENSES
SECCION DE BIOQUÍMICA

CASO No. BQM: _____

CONSENTIMIENTO INFORMADO
FAMILIARES DE PERSONAS DESAPARECIDAS

Página 1 de 2

INFORMACIÓN PERSONAL DEL DONANTE

Nombre y Apellidos: _____	
Número de identificación _____	Sexo: Femenino <input type="checkbox"/> Masculino <input type="checkbox"/>
Nacionalidad: _____	
Fecha y Lugar de nacimiento: _____	Parentesco con persona desaparecida: _____
Domicilio: _____	
Teléfono: _____	

INFORMACION GENERAL

Número único: _____	Autoridad Judicial Solicitante: _____
Asunto: _____	
Toma de muestra:	
Lugar: _____	
Fecha: _____	
Hora: _____	

P-DCF-ECT-BQM-051-R06, Procedimiento para la toma de muestras biológicas en pacientes, Sección de Bioquímica
(Versión No 4, emitida y aprobada por la Jefatura de Sección)



**CONSENTIMIENTO INFORMADO
FAMILIARES DE PERSONAS DESAPARECIDAS**

Página 2 de 2

El abajo firmante, declara que accede voluntariamente a suministrar la muestra biológica en relación con la investigación arriba referida. Además debido al derecho de acceso a la información, se le indica lo siguiente:

- 1 La información personal arriba suministrada será incluida en el Registro de Información Personal de la Base de Datos de ADN.
- 2 Que la muestra biológica tiene como fin único la identificación humana.
- 3 Que el perfil genético resultado del análisis de la muestra, será incorporado a la Base de Datos de ADN en el Archivo para Identificación de Personas Desaparecidas y Restos Cadavéricos y sólo podrá ser comparado con los perfiles obtenidos a partir de cadáveres o restos humanos no identificados, personas desaparecidas o material biológico que se presume proviene de la persona desaparecida.
- 4 Que los datos son de carácter confidencial.
- 5 Que su perfil podrá ser excluido de la Base de Datos de ADN mediante orden del Juez o Ministerio Público cuando se revoque de modo expreso el consentimiento informado, o bien, cuando se obtenga una identificación.
- 6 Autorizo el uso del material obtenido y de la información derivada, con fines académicos, en el marco del respeto de la dignidad humana y garantizando el anonimato.
Si No
- 7 Autorizo la utilización de mi perfil genético, desligado de mis datos personales (nombre y otros datos individualizantes) como información anónima en estudios genéticos poblacionales.
Si No

Comprendido lo anterior y para que conste, firmo el presente documento

Firma y cédula del donante:

Firma y nombre del responsable de la toma de muestra:

Oficina del Poder Judicial: _____

"El responsable de completar el formulario verificó que los espacios en blanco no son producto de una omisión, sino porque los mismos no fueron requeridos o no aplican".

Documento Escaneado (para uso de la Sección de Bioquímica) _____