



LEY DE BIOBANCO DE ADN PARA USO FORENSE DE LA CIUDAD DE MÉXICO

¿Cumple con principios jurídicos?

INGRID BRENA

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL

SERIE

31

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL, núm. 31

Dra. Nuria González Martín
Coordinadora de la serie

Lic. Mariana Ávalos Jiménez
Asistente de la serie

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Edna María López García
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Diseño de cubierta e interiores



LEY DE BIOBANCO DE ADN PARA USO FORENSE DE LA CIUDAD DE MÉXICO

¿Cumple con principios jurídicos?

INGRID BRENA

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 22 de junio de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional: 978-607-30-1256-0

Contenido

7

Preámbulo

9

Introducción

13

Análisis de principios

17

Protección de la intimidad

33

Proporcionalidad

45

Presunción de inocencia

49

No discriminación

53

A modo de conclusiones

Preámbulo

Las cifras respecto a los crímenes que se cometen en nuestro país son escalofriantes. La inseguridad es, sin duda, uno de los problemas que más desasosiego causa a la población. El gobierno no ha sido ajeno a la magnitud del problema y ha actuado con diferentes estrategias, pero los resultados no han sido todo lo satisfactorios que podría esperarse. Un cambio en las formas de abordar y resolver los diferentes problemas anuncia, por parte de las autoridades, una intención de enfrentar, bajo otros enfoques, la problemática.

El grado de violencia que ahora padece la sociedad es el resultado de un deterioro que poco a poco se infiltró en la comunidad. Resulta claro que el surgimiento de las extremas manifestaciones de la violencia no ha sido espontáneo sino, por el contrario, ha sido el resultado de un proceso atribuible a múltiples factores; sociales, psicológicos, culturales y económicos, entre otros.

Entre los crímenes que impactan directamente y con más fuerza a la sociedad se encuentran los homicidios; los secuestros; la privación ilegal de la libertad, cualquiera que sea su intención, además de la gama de delitos sexuales, como violación, estupro o incesto, cuyas víctimas son, generalmente, las mujeres, lo cual no significa, desde luego, desconocer los delitos cometidos contra los hombres.

Gracias a la rápida información en los medios de comunicación tradicionales, sumado a la difusión de noticias en redes sociales, el descontento social cada vez sube más de tono. Una sensación de indefensión y de impotencia frente a los delincuentes invade a la

población, la cual ha mostrado su descontento de diferentes formas, una de ellas, muy notoria, a través de manifestaciones con la exigencia a las autoridades para que implementen medidas que resulten más efectivas en la lucha contra esa violencia que, ya podemos visualizar, pone en riesgo la estabilidad social.

Por su parte, y en respuesta a este reclamo social, los poderes públicos han hecho énfasis en su compromiso de realizar acciones tendientes a disminuir el problema. No corresponde a este trabajo analizar las políticas públicas emprendidas contra la violencia en general, sino que nos centraremos en una de ellas, referida en una ley emitida por el Gobierno de la Ciudad de México, que pretende auxiliar a la resolución judicial de delitos de especial gravedad o de índole sexual, cuyas víctimas son, usualmente, mujeres.

Desde la exposición de motivos de la ley por la que se crea el Banco de Perfiles Genéticos para la CDMX podemos comprender cuáles fueron las intenciones del legislador: atender, no de una manera directa sino indirecta, la problemática. A través del otorgamiento al Ministerio Público y jueces, y en general a las autoridades encargadas de Seguridad Ciudadana y Procuración de Justicia, de herramientas útiles, se pretende una más eficiente resolución de delitos relacionados con la violencia hacia las mujeres y, en particular, las agresiones de carácter sexual. Esto sin dejar de matizar que los delitos a los que se refiere la ley, como son el secuestro y las agresiones sexuales, no sólo se presentan en contra de las mujeres, pero por ser éstas un sector vulnerable, se pone especial atención.¹

¹ Exposición de motivos de la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley por la que se crea el Banco de ADN para uso forense de la Ciudad de México, publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* el 24 de septiembre de 2019.

Introducción

El 24 de diciembre de 2019 apareció publicada en la gaceta legislativa de la Ciudad de México (CDMX) la Ley por la que se crea el Banco de ADN para uso forense de la Ciudad de México. Y el artículo 1o. describe como objeto de la ley:

Crear y regular el Banco de Perfiles Genéticos para uso forense de la Ciudad de México a fin esclarecer hechos que puedan constituir los delitos de homicidio, lesiones, privación de la libertad personal con fines sexuales, incesto, secuestro, violación, estupro, privación ilegal de la libertad y feminicidio con la finalidad de lograr la identificación de las personas responsables.

También es su objeto establecer bases de datos con la información genética de personas procesadas por la comisión de delitos previstos en la ley; de las personas servidoras públicas que forman parte de las instituciones de seguridad ciudadana y de los integrantes del Gabinete de Seguridad Ciudadana y Procuración de Justicia; de la persona titular de la jefatura de gobierno, y de los prestadores de servicios de seguridad privada. Así como de las víctimas de delitos de secuestro, violación, estupro y feminicidio. Pero el artículo 6o. se refiere a otras dos bases de datos: de indicios y evidencias y la de personas que hayan obtenido una sentencia ejecutoriada declarando su culpabilidad.

Dichos objetivos pretendidos en la ley nos generan las primeras interrogantes: ¿los delitos que se proyecta resolver con la aplicación de la ley, justifican la creación de bases de

datos integradas con la información del ADN obtenida de las personas o grupos predeterminados por la misma ley? ¿Existe proporcionalidad entre la afectación de derechos de aquellos de quienes se obtienen sus datos genéticos y el fin que se pretende obtener? ¿Serán protegidos adecuadamente los derechos de las personas de quienes se obtendrán sus datos genéticos? ¿Se requiere de un consentimiento informado para obtener la muestra que intenta resolver casos judiciales o prevalece el derecho de la comunidad a defenderse? ¿La nueva ley tomó en cuenta el principio de presunción de inocencia? ¿Existe igualdad en el trato entre los destinatarios de la ley y el resto de la población o podemos referirnos a trato discriminatorio?

Desde luego, saltan otros cuestionamientos de carácter técnico, como la idoneidad de los laboratorios que llevarán a cabo los procedimientos de recolección y tratamiento de las muestras, o de cómo se llevará a cabo la organización, administración, custodia y eventual traslado de datos, por citar sólo algunos que no serán abordados en este estudio, para así centrarme en comentarios sobre los aspectos jurídicos que representará la implementación de la ley y, sin pretender resolver en forma categórica las preguntas formuladas, me permitiré expresar mis dudas y reflexiones.

Ayudará al análisis que emprendemos recordar el significado de algunos términos como *dato genético*, *base de datos genéticos* y *biobanco*. De acuerdo con la definición proporcionada por el artículo 2o. de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, el *dato genético humano* es: "información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos". Esta información se obtiene de muestras de sangre, espermatozoides, saliva y otros fluidos y tejidos. Las *bases de datos* son espacios con infraestructura tecnológica, material y humana para almacenar, resguardar, preservar y estudiar materiales de origen biológico y de la información asociada a este tipo de material. Esta información se organiza de tal forma que, mediante un sistema informatizado, podamos seleccionar y buscar fácilmente los datos necesarios. De hecho, no es más que un sistema de archivos electrónico. Y un *biobanco* es el repositorio de diferentes bases de datos

con viabilidad de que las colecciones biológicas, o parte de ellas, así como la información asociada a las muestras, puedan ser movilizadas de un lugar a otro.²

Las bases de datos genéticos pueden tener distintos objetivos: médicos, de investigación para la salud, estadísticos, en el foro, en materia civil para la determinación de paternidad o maternidad y, en materia penal, para el esclarecimiento de ciertos delitos. Esta última finalidad es la perseguida por la ley que se comenta. Y en ella se propone la conformación de distintas bases de datos con información genética para facilitar el esclarecimiento de ciertos hechos que pudieran constituir delitos y que funcionan de la siguiente manera:

En la base de datos de ADN suele haber dos registros diferentes. Por un lado, perfiles genéticos anónimos obtenidos de vestigios biológicos en la escena del delito y, por otro lado, perfiles genéticos obtenidos de individuos que son sospechosos o condenados (según las distintas legislaciones en los diferentes países) en una causa penal. La búsqueda de coincidencias en el registro de perfiles anónimos puede revelar la presencia de un mismo perfil en distintas escenas del delito, lo que permite relacionar distintos delitos con un mismo individuo. La búsqueda de coincidencias entre los perfiles de ADN del registro de perfiles anónimos con los perfiles de registros de sospechosos o condenados permite obtener una identificación personal de la evidencia.³

Si bien es cierto que el tratamiento automatizado de las bases de datos de ADN para investigación criminal se ha convertido en una herramienta útil para resolver delitos, conviene llevar a cabo un análisis jurídico sobre la creación y organización de estos bancos de datos genéticos. Pero para facilitar la exposición nos referiremos directamente a aquellos principios que pudieran verse afectados por la nueva ley.

² Brena Sesma, Ingrid, "Biobancos, un asunto pendiente de legislar", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIII, núm. 129, septiembre-diciembre de 2010, pp. 1055-1079.

³ García Fernández, Óscar, "Bases de datos de ADN para investigación criminal", *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco, 2011, t. I.

Análisis de principios

Legalidad

En el continente americano no tenemos, al contrario de Europa, recomendaciones de carácter internacional como las emitidas por el Consejo de Europa, que proporcionen señalamientos precisos sobre cómo regular el empleo del ADN en la justicia penal. Sin embargo, a nivel internacional podemos orientarnos con la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, emitida en octubre de 2003, y elaborada en el seno de la Conferencia General de la Unesco, cuyo objetivo es “velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos...”.⁴ La misma Declaración acota expresamente que cuando se trate de la investigación, el descubrimiento y el enjuiciamiento de delitos penales o de pruebas de determinación de parentesco, se estará sujeto a la legislación interna que sea compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Con esta referencia general, y tomando en cuenta el carácter personal de la información obtenida del ADN, toda legislación sobre datos genéticos debe contemplar la obligación de las autoridades de proteger los derechos fundamentales ligados a la información genética.

⁴ Artículo 1o. de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, Unesco, 16 de octubre de 2003.

En primer término, debe existir una autorización expresa para la creación de bases de datos de ADN, misma que tiene que especificar todos los procedimientos encaminados a asegurar que la información obtenida sólo sea empleada para las finalidades exigidas por la investigación. La certificación de los laboratorios y de su personal adscrito es prioritaria, ya que son ellos quienes obtienen y manipulan las muestras; llevan a cabo los procedimientos de almacenamiento de datos y muestras, y son, además, los encargados de asegurar, en cada paso, un estricto control de calidad bajo los niveles de seguridad más altos posibles.

La nueva ley que se comenta, cuyo ámbito de aplicación es la CDMX, se sitúa dentro de la directriz de carácter general expresada en la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, y aunque no lo expresa textualmente, debe tener su fundamentación en la legislación interna de nuestro país. Resta analizar si las normas recientemente creadas son compatibles con las de derechos humanos para poder determinar su legalidad.

De acuerdo con la ley, son autoridades responsables relacionadas con el Banco de Perfiles Genéticos: la Fiscalía General, la Secretaría de Seguridad Ciudadana, la Secretaría de Gobierno, la Agencia Digital de Innovación Pública de México y la Secretaría de la Mujer, y, según sea el caso, serán responsables del uso de la información. Las autoridades enumeradas constituirán la Coordinación Interinstitucional de Operación y Supervisión del Banco de Perfiles Genéticos, cuya finalidad será garantizar las condiciones para su debido funcionamiento, infraestructura, recursos y seguridad en el manejo y resguardo de la información (artículo 4o.).

Corresponde a esta Coordinación elaborar y aprobar los protocolos, lineamientos, manuales y demás documentos rectores para el adecuado funcionamiento, organización y supervisión del Banco de Perfiles Genéticos, con perspectiva de género y enfoque de gestión de calidad; aprobar los mecanismos de seguridad y control, así como los lineamientos de acceso a la información que contenga el Banco; vigilar la adecuada aplicación de los documentos rectores para el funcionamiento del Banco por parte del personal responsable del mismo, y

dar vista a las autoridades competentes en caso de contravención a las disposiciones establecidas en la ley (artículo 8o.).

Entre otras, es función del titular del Banco establecer los mecanismos de protección de la información personal de las personas que formen parte de las bases de datos, en apego a los derechos humanos (artículo 9o.).

Al parecer, la ley creó una estructura adecuada y con los niveles de control suficientes que permiten visualizar un correcto funcionamiento del Banco y una protección de los datos genéticos ahí almacenados. La práctica de las funciones servirá para comprobar la eficiencia del sistema.

Legitimidad

La exposición de motivos de la ley expresó que la violencia sexual contra las mujeres, lo mismo que otros delitos, como el de secuestro (en este documento no aparece la mención ni al homicidio ni a las lesiones que se introdujeron posteriormente en la versión definitiva de la ley), pueden “generar discapacidad y muerte”, y las agresiones dividen y fracturan gravemente la cohesión familiar. La expansión e incremento de estos delitos generan consecuencias que se extienden al resto de la sociedad, que clama por la atención urgente del problema.

Por lo anterior, es fundamental que los poderes públicos asuman la responsabilidad de realizar acciones para atender el problema de la violencia hacia las mujeres y, particularmente, las agresiones de carácter sexual. Sin dejar de matizar que los delitos que se regulan en la presente iniciativa de ley, como son el secuestro y las agresiones sexuales, no sólo se presentan en contra de las mujeres, pero por ser éstas el sector mas vulnerable, se pone especial atención.

Respecto del secuestro, este mismo documento reconoce que su expansión e incremento constituyen una tragedia no sólo para la víctima y su familia, sino para la sociedad, y que pese a los esfuerzos de diversas instancias y autoridades para combatirlo, no se ha reducido ni controlado.

La misma exposición argumenta que importantes innovaciones tecnológicas pueden representar un auxilio en la resolución de investigaciones penales relacionadas con delitos sexuales o de secuestro. De entre ellas, y en lo que se enfoca la ley, las técnicas de investigación sobre el ADN, que han mostrado su eficacia para la resolución de crímenes mediante la comparación de los perfiles genéticos obtenidos de indicios encontrados en el lugar de los hechos con los perfiles que han sido almacenados en bases de datos previamente construidas.⁵

La ley promulgada el 24 de diciembre de 2019 crea y regula un Banco de ADN para uso forense en la CDMX; así, las bases de datos que integran el Banco significarán un importante auxilio para las investigaciones de los delitos enumerados en la propia ley y permitirán romper la cadena de impunidad, pero, sobre todo, se garantizará el derecho de las víctimas al resarcimiento y a tener una vida libre de violencia.

Con esta fundamentación y finalidad perseguida podemos corroborar la legitimidad de la ley. No obstante, nos cuestionamos si las normas emitidas cumplen con el principio de proporcionalidad entre los derechos que podrían verse vulnerados y el logro de la finalidad propuesta.

⁵ Exposición de motivos de la ley, *cit.*

Protección de la intimidad

Intimidad

La palabra *intimidad* proviene del latín *in tus*, que proporciona la idea de algo interior, lo profundo del ser y, por lo mismo, oculto a los ojos de los demás.⁶ En el lenguaje común se menciona el derecho a la intimidad, pero en realidad ésta nos ha sido dada por la naturaleza; no se requiere del derecho para que exista. Tal es el caso de nuestros sentimientos o pensamientos no expresados, los cuales forman parte de *nuestra intimidad* y no necesitamos que el derecho nos autorice a pensar o sentir.

Si bien la intimidad nos fue dada, debemos protegerla de la intrusión de los demás, por ello es más preciso referimos a un derecho a la protección de nuestra intimidad, y la manera de hacerlo efectivo es a través de la facultad para exigir la intervención de los poderes públicos a fin de garantizar una efectiva protección de la misma, logrando que nuestra información no sea accesible a los demás.

La persona puede, por su voluntad, decidir a quién y en qué condiciones admite el acceso a su intimidad a través del llamado derecho a la autodeterminación informática. Esta

⁶ Brena Sesma, Ingrid, "Privacidad y confidencialidad de los datos genéticos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número conmemorativo, sexagésimo aniversario, 2008, pp. 109-125.

autodeterminación significa que el sujeto puede decidir, de forma autónoma, compartir su intimidad. Bajo ciertas circunstancias, la persona puede optar por abrir su intimidad a su familia, amistades o ante determinados profesionales, como médicos, psicoanalistas o abogados, ya sea en su propio interés o motivado por satisfacer un interés general.

Sin embargo, en otros contextos la apertura de la intimidad no parte de la persona, sino que la ruptura le es impuesta. Esta carga sólo es justificable cuando se encuentre presente un interés colectivo que requiera de algún dato que pertenece a la intimidad de la persona. En este caso, habrá de tenerse cuidado de abrir la intimidad del sujeto sólo en cuanto se beneficie el interés colectivo y tratando de evitar que el descubrimiento de la intimidad pueda dar origen a acciones discriminatorias frente a las cuales el individuo quedaría totalmente indefenso.

Es importante tener presente que la intimidad no es un valor aislado; por el contrario, se encuentra ligado a otros, tales como la dignidad, la libertad, la igualdad, la seguridad y la autodeterminación. Sin preservar nuestra intimidad no podemos considerarnos libres, autónomos, dignos, o podríamos estar sujetos a diversos tipos de discriminaciones.

La protección de la vida íntima, o si se utiliza el término anglosajón *vida privada*, ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos de los que México forma parte. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1996, en forma expresa señalan: "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada".

Nuestra legislación interna, en primer lugar, nuestra Constitución, pero también otras leyes y reglamentos específicos tanto federales como locales, reconocen y protegen la intimidad.

Así, el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresa: "La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. Toda persona, sin necesidad de acre-

editar interés jurídico o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o la rectificación de éstos”.

Y el artículo 16: “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos por razones de seguridad nacional”.

Por su parte, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental también hace referencia expresa la protección de datos personales. En el ámbito local se encuentra vigente la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y a la Propia Imagen del Distrito Federal. Pero además de estas legislaciones especializadas, otras, como la sanitaria, protegen, asimismo, el derecho a la intimidad y a los datos personales.

Intimidad genética

Nuestro material genético nos acompaña a lo largo de toda nuestra vida. Al realizar una serie de técnicas metodológicas es posible la extracción de cierta información específica a partir de nuestro ADN, denominada *datos genéticos*. Estos datos expresan elementos propios de la identidad de las personas, así como sus características hereditarias a través del análisis de ácidos nucleicos. Al expresar lo que somos y lo que seremos desde una perspectiva biológica, estos datos forman parte de nuestra intimidad genética.

Por otra parte, debemos tomar conciencia de que el descubrimiento de nuestros datos genéticos puede afectar no sólo a nuestra intimidad, sino también a la de todos nuestros descendientes y otros miembros del grupo familiar (hermanos, tíos, sobrinos y demás) o del

grupo comunal con quienes compartimos los rasgos genéticos contenidos en nuestro ADN. Esta circunstancia trae como consecuencia que la información contenida en nuestros datos genéticos merezca ser considerada como altamente sensible.

La comunidad internacional, consciente de la necesidad de protección de la intimidad genética, ha impulsado instrumentos destinados a protegerla de posibles afectaciones, entre las que destacan: la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y la ya mencionada Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. Es en este segundo instrumento donde se menciona como objetivo “Velar por el respeto, la dignidad y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y conservación de los datos genéticos humanos... atendiendo a los imperativos de igualdad, justicia y solidaridad...”.

Además, el mismo documento recomienda esforzarse por proteger la privacidad de las personas y la confidencialidad de los datos genéticos asociados a una persona, una familia o, en su caso, a un grupo identificable, y debe asegurarse que la información no sea utilizada para fines distintos de los que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el consentimiento.

Apertura de la intimidad genética

En contextos normales, el sujeto es quien decide cuándo, a quién y en qué medida permite el acceso a su información genética, y él mismo tiene la facultad para mostrar su conformidad para aceptar las condiciones, límites y formas de recolección, tratamiento, utilización y conservación de la información que se obtenga de su genoma. *Consentimiento informado* es el término comúnmente utilizado para denominar el acceso a su intimidad, incluyendo a la genética.

Sin embargo, el acceso a la información genética es permisible, aun sin el consentimiento del sujeto, cuando exista una justificación para tal intromisión. La materia penal es ejemplificativa de esas posibles restricciones a los derechos a la privacidad y a la confidencialidad, en atención a otros derechos y bienes jurídicos dignos de protección. La información obtenida de los datos genéticos se ha convertido en un excelente auxiliar en la búsqueda de los culpables de delitos, especialmente cuando se han dejado vestigios biológicos, como sucede en los casos de homicidios, violaciones y delitos de lesiones. A través de la identificación y la posterior sanción de los culpables se logra proteger intereses significativos para la sociedad; incluso cuando para lograr este objetivo se pudiera lesionar el derecho a la privacidad de una persona.

Proteger los intereses de la sociedad justifica la restricción a los derechos de privacidad y confidencialidad por parte del Estado; pero las medidas de restricción sólo se justifican ante la presencia de un interés colectivo y siempre que la intrusión no signifique la destrucción total de la intimidad. Ésta sólo podrá ser vulnerada en la medida que resulte imprescindible y siempre y cuando se utilicen estrictos controles, de preferencia judiciales.

Con el propósito de vulnerar la intimidad genética en el mínimo imprescindible, el artículo 2o. de la ley establece que al Banco de Perfiles Genéticos se incorporarán exclusivamente los indicadores que proporcionen información reveladora de la identidad de la persona y su sexo: “Únicamente se analizarán regiones del ADN polimórficos donde existen marcadores genéticos de uso forense”, y ese material no podrá utilizarse en juicios civiles ni familiares.

Las regiones polimórficas a que se refiere este precepto corresponden a los perfiles genéticos que se incluyen en las bases de datos para investigación criminal. Se trata de regiones del ADN no codificante a proteínas; es decir, que no contienen propiamente genes, y, por tanto, a partir de su estudio no se obtiene información alguna acerca de las características físicas o fenotípicas del individuo, que incluya datos sobre su predisposición a padecer algún

tipo de enfermedad de origen genético. La única información que nos proporciona el estudio de estas regiones es un código anónimo diferenciador; el que se denomina *perfil genético*.⁷

Sin embargo, la supuesta inocuidad de analizar sólo esa parte del ADN se encuentra superada en la actualidad, ya que en la sección polimórfica se revelan datos tan significativos como el sexo, la pertenencia a una determinada etnia o la filiación o la paternidad. Además, esta sección del ADN permite la identificación concreta de un individuo, lo que convierte a esa información en una de carácter personal que merece ser protegida.

Obtención y procesamiento de muestras

Muestra es cualquier sustancia o material biológico (usualmente sangre, saliva, semen, aunque también vello o cabello) de origen humano y susceptible de conservación de la cual es posible obtener el perfil genético del sujeto de cuya muestra se trata (artículo 3o., fracción IX). Este perfil es “el patrón de información de ADN que individualiza a la persona de quien se obtuvo la muestra, haciéndola única e irrepetible dentro de la población” (artículo 3o., fracción X). Dichos perfiles deberán contar con el número de marcadores de acuerdo con los estándares y prácticas internacionales.

“La obtención de la muestra se realizará con respeto al principio de dignidad humana y con apego a los protocolos de actuación que se emitan mediante método no lesivo” (artículo 17, párrafo 1). Y sólo está autorizado a tomar muestras el personal designado por la Fiscalía, mismo que deberá controlar y registrar los actos seguidos para asegurar la integridad de la cadena de custodia, así como la calidad, autenticidad y buen manejo de la información genética (artículo 18). “Todo uso de las muestras y de la información genética que se realice en el

⁷ García Fernández, Óscar, *op. cit.*

Banco de Perfiles Genéticos generará un registro auditable que indique el usuario y la acción realizada” (artículo 19, párrafo 2). Habrá mecanismos de seguridad para el control de acceso al sistema.

La Secretaría de Seguridad Ciudadana y la Secretaría de Gobierno celebrarán convenios con la Fiscalía para el procesamiento de perfiles genéticos. Las empresas prestadoras de servicios de seguridad privada deberán también celebrar convenios con la Fiscalía General para la toma de muestras y el procesamiento de los perfiles genéticos de su personal (artículo 22).

El personal designado por la Fiscalía para la obtención de las muestras que tienen carácter de personas servidoras públicas es el encargado de asegurar la preservación y el embalaje de las muestras a fin de garantizar la calidad, autenticidad y buen manejo de la información genética (artículo 18).

La obtención de las muestras, así como la captura de la información consulta y confronta genética serán llevadas a cabo exclusivamente por el personal forense acreditado y certificado por la Fiscalía General. Todo uso de las muestras y la información genética que se realice en el Banco de Perfiles Genéticos generarán un registro auditable que indique el usuario y la acción realizada. El Banco contendrá los mecanismos de seguridad que permitan emitir alertas y bloqueos cuando se pretenda manipular de manera inusual la información, así como para impedir la infracción de las reglas que establecen las condiciones y perfiles de acceso de las personas autorizadas para acceder al Sistema (artículo 19).

Todos los procedimientos y controles descritos en la ley permiten suponer un buen manejo en la toma de muestras y en el control de los datos registrados; la práctica cotidiana nos dará la evidencia del cumplimiento de estos preceptos.

Consentimiento informado para la toma de muestras

La toma de la muestra implica que la persona ha manifestado su consentimiento informado. Este tipo tan especial de consentimiento es definido en la fracción III de artículo 3o. de la ley como

...la manifestación libre, específica, informada, inequívoca y documentada de que la persona de la cual se obtiene la información genética está de acuerdo en brindarla, de que ha recibido información clara suficiente y completa sobre la utilidad de la información como apoyo en una investigación ministerial, los métodos de obtención, la razón por la cual se le solicita y el ciclo de vida de la información genética y resguardo de datos personales, así como su posibilidad de cancelación de acuerdo con los procedimientos oficiosos y de parte a quien tiene derecho.

Pero conviene distinguir entre el consentimiento informado de quienes están siendo procesados por la comisión de ciertos delitos de aquellos que laboran en las instituciones públicas o empresas privadas enumeradas por la ley. Asimismo, habrá que distinguir entre el otorgado por quienes fueron víctimas de delitos de secuestro, violación, estupro o feminicidio de los de personas que hayan recibido ya una sentencia ejecutoriada declarando su culpabilidad.

La misma ley que crea el Banco de ADN para uso forense en la CDMX remite al Código Nacional de Procedimientos Penales, instrumento que marca los lineamientos necesarios para obtener las muestras de quienes son considerados imputados o procesados. Desde que se inicia una investigación, la Policía, o en su caso el Ministerio Público, podrán solicitar la aportación voluntaria de muestras de fluido corporal, vello, cabello, exámenes corporales de carácter biológico, extracción de sangre u otros análogos, siempre que se expliquen los riesgos a la salud y a la dignidad de la persona. También se le deberá informar previamente el motivo de la aportación y el derecho que tiene de negarse a aportar dichas muestras.⁸

⁸ Artículo 269 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Si la persona a la que se le hubiera solicitado la aportación voluntaria de las muestras se negara a hacerlo, el Ministerio Público, por sí mismo o a solicitud de la Policía, podrá solicitar al órgano jurisdiccional la autorización de la práctica de dicho acto de investigación; justificando la necesidad de la medida, expresando la persona o personas en quienes haya de practicarse y el tipo y extensión de la muestra a obtener. De concederse la autorización requerida, el órgano jurisdiccional deberá facultar al Ministerio Público, a efecto de que tenga verificativo el acto correspondiente. El órgano jurisdiccional, al resolver la solicitud, deberá tomar en cuenta el principio de proporcionalidad y motivar la necesidad de la medida, en el sentido de que no existe una menos gravosa para la persona, que resulta igualmente eficaz e idónea para el fin que se persigue, justificando la misma en atención a la gravedad del hecho que se investiga.⁹

De acuerdo con lo expresado por el Código Nacional de Procedimientos Penales, en los casos de las personas imputadas, acusadas, procesadas, o de delincuentes condenados por los delitos de secuestro y de carácter sexual previstos por la ley que se comenta, se justifica la intromisión a la intimidad genética de esas personas en un intento por resolver delitos. Si bien se da la oportunidad a la persona de acceder a la entrega voluntaria de su muestra, ante su negativa el órgano jurisdiccional autorizará la toma de muestra y la subsecuente obtención de ella de los datos genéticos útiles para la investigación.

La facultad otorgada al órgano jurisdiccional de llevar a cabo una toma de muestra sin el consentimiento de la persona tiene su fundamento en la importancia que reviste para la sociedad el esclarecimiento del delito que está siendo sujeto a investigación. Situación totalmente distinta se presenta cuando se pretende obtener la muestra de las demás personas descritas en la ley: aquellas que laboran en las instituciones públicas o empresas privadas, las víctimas de los delitos o de personas que hayan recibido ya una sentencia ejecutoriada decla-

⁹ *Ibidem*, artículo 270.

rando su culpabilidad. Todas ellas, libremente, pueden otorgar o negar su consentimiento para entregar las muestras de las que se obtendrá su información genética.

Sin embargo, en estos casos caben preguntas: ¿realmente quienes cuentan con un trabajo que les proporciona su medio de subsistencia, como es el caso de servidores públicos o de prestadores de seguridad privada o de quienes aspiran a conseguir un empleo de esas características, están en condiciones de rechazar la firma de un consentimiento informado a costa de perder o de no conseguir el empleo? ¿Quienes han sido víctimas del delito y se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad?, ¿o quienes ostentan ya la calidad de reos están en condiciones de manifestar libremente su voluntad?

Registros de datos genéticos

Los datos de origen y naturaleza genómica se asientan necesariamente en un soporte determinado, ya sean registros manuales, impresos, sonoros, magnéticos, visuales o automatizados, por lo que están sujetos a un tratamiento informático que requiere de una herramienta tecnológica específica para su almacenamiento, conservación, acceso, recuperación o tratamiento acordes a sus características especiales.¹⁰

Cada nuevo registro ingresado en cualquiera de las bases de datos almacenadas en el Banco de Perfiles Genéticos tendrá un identificador único e irrepetible ... debiendo quedar encriptado el nombre de la persona identificada (artículo 29). El Banco de Perfiles Genéticos tendrá las características y mecanismos de protección y encriptación y auditoría de la información que haga identificable ese perfil, con la finalidad de garantizar que los datos resguardados en la misma gocen de las ca-

¹⁰ Inciso 4 de los Lineamientos de Protección de Datos Personales, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de septiembre de 2005.

racterísticas de confidencialidad y calidad de la información que impida cualquier daño, pérdida, alteración, destrucción o para impedir el uso, acceso o tratamiento no autorizado de los mismos (artículo 30).

Las autoridades y personas servidoras públicas que intervengan en la obtención de las muestras, captura, ingreso, envío, recepción, manejo, consulta o actualización de la información que integra el Banco de Perfiles Genéticos, deberán adoptar las medidas necesarias para mantener exactos, completos, correctos, actualizados y confidenciales, los datos personales en su posesión (artículo 10). El Instituto de Transparencia, Acceso a la información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México realizará auditorías permanentemente para verificar la debida protección de datos personales del Banco de Datos Genéticos recabados (artículo 11, párrafo 2).

De forma adecuada, la ley que se comenta prevé que la persona de cuyos datos genéticos se trate conserve variados derechos sobre la información entregada; derecho a la privacidad y confidencialidad, al acceso, rectificación y cancelación de datos. Asimismo, se instituye el control sobre el resguardo y manejo de los datos almacenados y, muy importante, establece la responsabilidad de las autoridades involucradas en todos los procedimientos.

Uso de la información

Las búsquedas de perfiles genéticos o de sus equivalentes en el Banco de Perfiles Genéticos podrán realizarse previa solicitud del Ministerio Público, cuando ello resulte necesario para esclarecer los hechos materia de las investigaciones de los delitos. Cuando el dictamen pericial correspondiente arroje perfiles genéticos, que han señalado una identificación positiva, el Ministerio Público formulará la solicitud pertinente de control judicial (artículo 26).

La *confronta genética* es el

Proceso sistematizado de comparación entre perfiles genéticos obtenidos de las evidencias encontradas o aportada de un hecho o acto y la información genética resguardada y administrada en el banco de perfiles genéticos para buscar la coincidencia entre ellos (artículo 3o., fracción V). Únicamente se podrá acceder a la identidad de las personas mediante mandato judicial, previa solicitud del Ministerio Público, debidamente fundada y motivada (artículo 31). La información del Banco de Perfiles Genéticos será considerada como de carácter reservado, por lo que sólo podrá ser suministrada al Ministerio Público, a la autoridad jurisdiccional y tribunales en el marco de las investigaciones que se realicen sobre los delitos previstos en la ley (artículo 32).

A efecto de proteger la identidad de las personas, todo manejo posterior a la toma de muestra deberá referirse por el identificador generado por el sistema. Asimismo, la ley asegura el acceso limitado a los perfiles genéticos previa solicitud del Ministerio Público y bajo un estricto control judicial con la finalidad de evitar el uso indebido de la información.

Almacenamiento de datos

Las autoridades responsables relacionadas con el funcionamiento del Banco de Perfiles Genéticos están obligadas a proteger, respetar, promover y garantizar, en el ámbito de su competencia, los derechos humanos de las personas procesadas penalmente, prestadoras de servicios de seguridad privada, servidoras públicas que forman parte de la seguridad privada, y las servidoras públicas que forman parte de las instituciones de seguridad ciudadana integrantes del Gabinete de Seguridad Ciudadana y Procuración de Justicia, así como de la persona titular de la jefatura de gobierno (artículo 11, párrafo 1).

Parece adecuada la supervisión al funcionamiento del Banco a través de auditorías que realizará el Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México (artículo 11, párrafo 2). Sin embargo, nos preguntamos si los registros de los datos de las víctimas no merecen esta protección, o si el no incluirlas se debió a un descuido del legislador.

Cancelación de registros

La ley expresa que el almacenamiento de perfiles genéticos en el Banco será de dos tipos:

- a) La base de datos de información vigente que comprenderá los registros que se encuentren vigentes o cuya cancelación no haya sido ordenada por mandato judicial y b) La base de información histórica en la que obrarán los registros cuya prescripción haya ocurrido, aquellos que pertenezcan a personas fallecidas y aquellos que por mandato judicial sean remitidos a la misma (artículo 28).

La Fiscalía General establecerá el procedimiento de oficio por el cual se cancelarán los datos personales de las bases de datos y del Banco de Información Genética. Asimismo brindará la orientación necesaria para que las personas ejerzan sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (artículo 7o., párrafo 6).

Por otra parte, en la ley sólo se refirió a la cancelación de datos de las bases de personas sentenciadas:

Las bases de datos de personas procesadas penalmente serán temporales en lo que se define su situación jurídica, misma que será determinada por sentencia condenatoria o absolutoria. Si la sentencia es condenatoria, sus datos deberán pasar automáticamente a la base de datos de personas sentenciadas. Si la sentencia es

absolutoria, sus datos deberán ser eliminados de cualquier base de datos (artículo 13, fracción II).

En los demás asuntos la ley de la CDMX no estableció ninguna orientación sobre los casos ni situaciones que deberían estar presentes para que la autoridad judicial ordene la cancelación, tanto en los registros vigentes como en los que contienen información histórica. La información no puede quedar almacenada indefinidamente.

Al respecto, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos señala que los datos genéticos humanos y muestras biológicas de una persona sospechosa obtenidos en el curso de una investigación deberían ser destruidos cuando dejen de ser necesarios, y sólo estarían disponibles durante el tiempo necesario, a menos que la legislación interna, compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, contenga una disposición en contrario.¹¹

Si bien la ley prescribe que la Fiscalía establecerá el procedimiento para la cancelación previamente ordenada por mandato judicial, se percibe en forma clara la carencia de criterios para llevar a cabo tal supresión. ¿Significa lo anterior que el juez cuenta con discrecionalidad total para decidir la cancelación de datos o su retención?, pues no se establecen aquellos parámetros que deberá seguir este órgano para legitimar sus decisiones.

Faltó, por ejemplo, haber señalado que el periodo de conservación queda determinado por el cumplimiento de la finalidad que justificó la recogida de los datos; por la eventualidad de que la persona de cuyos datos se trate dejó de trabajar en las instituciones públicas o privadas de seguridad, o cuando quienes voluntariamente entregaron su muestra soliciten su cancelación. Tampoco se señala hasta cuándo se mantendrán los registros de las personas condenadas. Se considera que la ley quedó a deber una regulación más precisa para detallar

¹¹ Artículo 21 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, *cit.*

cómo se harán efectivos todos los derechos relacionados con la protección de datos personales, porque no parece suficiente que la Fiscalía brinde una “orientación”.

La gran discrecionalidad otorgada a los jueces, sin parámetros que guíen la fijación de un periodo de conservación de las muestras, podría generar una falta de protección al derecho al control y cancelación de los datos genéticos sin que haya sido declarada una justificación.

Proporcionalidad

Los derechos y las libertades de unas personas pueden contraponerse con los de otras personas, y este antagonismo requiere de una resolución. Los derechos o libertades de unos tienen que ceder ante los de los otros; ¿pero cuáles? Cada derecho tiene contenidos que le son propios y también límites, por lo que habrá de tomarse la decisión de cuál debe sacrificarse, en qué medida y por qué. La decisión de la prioridad en cada caso concreto debe tomar en cuenta el mayor peso y el menor sacrificio.

El principio de proporcionalidad fue concebido inicialmente como un instrumento para justificar decisiones judiciales, y así lo reconoce nuestra Constitución, al expresar, en el artículo 22, que “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Sin embargo, en vista de la utilidad para resolver los conflictos entre derechos y libertades, el principio ha ido extendiéndose hacia los otros poderes. El Ejecutivo, al aplicar las leyes, y el Legislativo, al redactarlas, lo han retomado para convertirlo, en el presente, en un mecanismo destinado a controlar el empleo de potestades públicas a la hora de regular y aplicar el ejercicio de un derecho.

Del principio de proporcionalidad se dice que es una atenuación o modulación de la intervención estatal en los derechos y libertades de las personas. En la práctica, para auxiliar al operador, ya sea de naturaleza judicial, administrativa o legislativa, se ha desarrollado un sistema denominado “test de proporcionalidad”, útil para identificar el derecho que en una colisión debe ser priorizado.

En primer término, debe identificarse en la intervención estatal un fin legítimo, reconocido como tal por la sociedad; además, la intervención debe ser la adecuada e idónea al objetivo que se persigue. Una necesidad real debe estar presente, y entre varias alternativas debe preferirse la que cause menores afectaciones en los derechos y libertades de los involucrados. Asimismo, la medida debe ser proporcional en sentido estricto; es decir, adecuada al objetivo. Si las medidas no son urgentes o muy necesarias, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad, y en toda medida o intervención en los derechos fundamentales, deben ser lo más benignas con el derecho fundamental intervenido.¹²

Los elementos que configuran el principio de proporcionalidad nos servirán de base para analizar si la nueva ley cumplió con los elementos exigidos y para determinar en qué medida las nuevas reglas de operación del Biobanco creado afectan derechos y libertades y si esta afectación puede ser catalogada de proporcional al beneficio que se obtiene.

Según la nueva ley, el Banco de Perfiles Genéticos almacenará la información genética asociada a una muestra o evidencia biológica que hubiera sido obtenida de las personas enumeradas en la misma ley (artículo 5o.), y contará con los perfiles genéticos de las personas que están registradas en las bases de datos (artículo 6o.).

Tanto el artículo 5o. como el 6o. enumeran la lista de las personas de quienes se obtendrán los datos genéticos con los que se conformarán las bases de datos; sin embargo, en algunos casos hay discrepancias. La primera fracción de ambos artículos se refiere a indicios y evidencias, no a personas, por eso no se incluyen en este análisis.

I. Personas procesadas penalmente por cualquiera de los delitos previstos en esta ley (artículo 5o., fracción II). El artículo 6o. sólo se refiere a personas procesadas.

¹² Para desarrollar el punto de proporcionalidad se consultó a Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, "Alcances y límites del principio de proporcionalidad", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 43, núm. 1, abril de 2016.

- II. Información genética de las víctimas de delitos de secuestro, violación, estupro y feminicidio (artículo 1o., fracción IV). Muestras aportadas voluntariamente por las víctimas (artículo 5o., fracción III).
- III. De aquellas personas que de manera voluntaria aportan su material genético para el esclarecimiento de algún delito (artículo 6o., fracción III).
- IV. De cualquier persona de interés, según lo considere la autoridad ministerial (artículo 5o., fracción III).
- V. Personas prestadoras de servicios de seguridad privada (artículo 5o., fracción IV).
- VI. Personas servidoras públicas que formen parte de las instituciones de seguridad ciudadana, de integrantes del Gabinete de Seguridad Ciudadana y Procuración de Justicia y de la persona titular de la jefatura de gobierno (artículo 5o., fracción V). El artículo 6o. sólo se refiere a las personas servidoras públicas de las instituciones de seguridad ciudadana y procuración de justicia.
- VII. Personas que hayan obtenido una sentencia ejecutoriada declarando su culpabilidad (artículos 5o., fracción VI, y 6o., fracción IV).
- VIII. Personas imputadas, señaladas por el Ministerio Público como posibles autores o partícipes de un hecho que la ley señala como delito (artículo 14, fracción II).

Todas las personas descritas por la ley son titulares de derechos fundamentales, entre ellos, la protección de la intimidad, a la igualdad de trato y no discriminación ni estigmatización y a la presunción de inocencia. Estos derechos podrían ser intervenidos en mayor o menor grado a partir de la entrega de su muestra para la obtención de sus datos genéticos. ¿Se encuentra en la ley una justificación suficiente para esas intervenciones?

Podríamos aceptar esas intervenciones siempre y cuando existan intereses sociales lo suficientemente importantes que las justifiquen. Es preciso proceder a una ponderación

entre los intereses sociales y los individuales que se encuentre en coalición y encontrar la justificación para dar a los primeros un trato prioritario. Para lograr este propósito debe demostrarse la existencia de un fin legítimo, la idoneidad de las medidas, así como la necesidad, proporcionalidad y probabilidades de éxito de las intervenciones adoptadas.

Nos preguntamos: ¿la ley que estamos comentando aprobará un test para comprobar la proporcionalidad de las medidas impuestas? ¿Obtener, procesar y almacenar la información genética asociada a una muestra o evidencia biológica de las personas enumeradas por la ley son medidas que persiguen un fin legítimo?, ¿son idóneas, necesarias, proporcionales y probablemente exitosas para resolver y disminuir la criminalidad en ciertos delitos?

Aunque la Convención Europea de Derechos Humanos no es un documento vinculatorio para nuestro país, sí representa una referencia importante por su reconocimiento internacional que debe ser tomado en cuenta. En esta Convención, el artículo 8o. autoriza “intromisiones de la autoridad pública cuando éstas estén presentes en la ley y constituyan una medida que sea socialmente democrática para el orden y la prevención del delito y la protección de los derechos e intereses de los demás”.

Atendiendo a esta disposición, podemos afirmar que las intromisiones a los derechos fundamentales en los derechos de quienes entregan sus datos genómicos están previstas en la ley, por ello cumplen con el requisito de legalidad; sólo resta demostrar que tales intromisiones sean medidas adecuadas para mantener el orden y la protección de los derechos de los demás.

En cuanto a la legitimidad del fin que se persigue con la obtención de datos genéticos, sin lugar a dudas, los delitos enumerados en la ley revisten el carácter de graves y su resolución es de gran importancia para la sociedad. A simple vista se reconoce la existencia de un interés social en la resolución de los ilícitos, así como una necesidad de protección a los derechos de las víctimas, pero ¿tener los registros de datos genéticos de todas las personas

enumeradas por la ley, además de los procesados, imputados o condenados y de las mismas víctimas, será una medida pertinente para garantizar la disminución de delitos o será suficiente para asegurar que los ilícitos serán resueltos con mayor facilidad y en un tiempo menor?

Tomando en cuenta que la ley se refiere a distintos registros según las circunstancias de las personas que aportarán sus datos, analicemos cada una de las distintas categorías de registros para encontrar la existencia de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en las medidas adoptadas.

Personas procesadas e imputadas

Habrán registros de personas procesadas (artículo 1o., fracción II), entendiéndose como tales las que se encuentran ya inmersas en un proceso judicial. Por su parte, el artículo 6o. se refiere a la Base de Datos de Indicios y Evidencias, la cual almacenará los registros obtenidos de personas imputadas señaladas por el Ministerio Público como posibles autores y partícipes del delito.

Se da el mismo trato a las personas “procesadas” que a las “imputadas”, aunque este último término es el utilizado en la etapa de investigación del proceso. Pero ya sea que se trate de imputados o procesados, la toma se muestra para obtener el perfil genético, aun sin el consentimiento del presunto delincuente, encuentra una visible justificación basada en la intención de anteponer el derecho a la protección de la comunidad a través de la resolución de casos y la condena de delincuentes que cometieron alguno de los delitos contemplados en la ley.

Muestras aportadas voluntariamente por las víctimas o por cualquier persona de interés, según lo considere la autoridad ministerial

Entre las definiciones contenidas en la ley, “víctima es la persona física o colectivo de personas que directa o indirectamente ha sufrido daño en el menoscabo de sus derechos producto de un hecho victimizante de acuerdo con la Ley de Víctimas de la Ciudad de México” (artículo 3o., fracción XII).

No se requiere de una sensibilidad extrema para percatarse de la vulnerabilidad en que se encuentra la víctima de alguno de los delitos graves señalados por la ley (violación, estupro, secuestro, privación de la libertad, por mencionar algunos). No queda en tela de juicio la relevancia de que en algunos, no en todos los casos, durante el curso de una investigación el tener los datos genéticos de las víctimas pudiera ser relevante para la solución del caso, pero ¿el haber sido víctima de un delito sexual, haber sufrido algún tipo de lesión o haber sido secuestrado justifica que se recabe su muestra para obtener la información de sus datos genéticos, que ingresarán en los registros previamente creados, cuando la identificación de la persona se corrobora con la simple presencia del sujeto?

Es entendible la toma de muestra de los imputados para cotejar sus datos genéticos con los obtenidos como indicios y evidencias en el lugar de los hechos, y con esta acción demostrar si existe o no coincidencia entre ellos; pero se quedó a deber una justificación del porqué, de manera general, se pretende tener el registro de datos pertenecientes a las víctimas de los delitos.

No parece haber claridad para justificar que los datos genéticos de las víctimas auxiliarán en el esclarecimiento de todos los delitos descritos en la ley; ¿qué información proporcionarán los datos genéticos de las víctimas cuando la víctima está presente —claro, en el supuesto de que esté viva, pues si no lo está los datos se encontrarían en el registro de datos

de cadáveres—¹³ que no puedan ser obtenidos por otros medios menos invasivos para las víctimas? La ley se refiere a las muestras “aportadas voluntariamente por las víctimas”. Pero durante un proceso judicial, que no es propiamente una experiencia grata, ¿estará la víctima en condiciones físicas y psicológicas para tomar una decisión que pudiera considerarse como libre para entregar su muestra y con ella su información genética? ¿Estará en condiciones de saber cuáles son las implicaciones de sus decisiones?

El artículo 7o. expresa, en su penúltimo párrafo, “La autoridad que solicite sea recabada la muestra biológica deberá establecer todas las condiciones necesarias para evitar la victimización secundaria de los sujetos pasivos del delito”. La pregunta obligada es: ¿y de qué elementos se servirá la autoridad para evitar esta victimización secundaria de aquellas personas que, además de recibir una fuerte agresión por la comisión de un delito grave, y en muchos casos padecer algún trauma severo, todavía son requeridas para aportar su información genética?

Tomando en cuenta la definición de *víctimas* de la ley, también lo son el colectivo de personas que directa o indirectamente ha sufrido daño en el menoscabo de sus derechos, producto de un hecho victimizante, de acuerdo con la Ley de Víctimas de la Ciudad de México. En estos casos las reconocidas como víctimas no han padecido de forma directa el delito, sino que o lo han recibido de manera indirecta por ser familiares o cercanos de las víctimas o son personas que se solidarizan con ellas por empatía. Así que cabe la interrogante sobre la justificación para obtener y registrar el perfil genético de quienes pertenecen a un colectivo, pues ¿cuál sería la justificación social en estos casos para obtener los datos genéticos que son considerados, como hemos mencionado, datos sensibles? ¿Qué información proporcionan esos datos que induzca a la resolución de los delitos?

¹³ La CDMX tiene la base de perfiles genéticos de personas vivas, cadáveres e indicios biológicos en el sistema Sisgen, creado en 2014.

Preocupa, de especial manera, también que, de acuerdo con el artículo 5o., fracción III, el Banco de Perfiles Genéticos almacenará la información asociada a la muestra o evidencia biológica que hubiera sido obtenida de “cualquier persona de interés”, según lo considere la autoridad ministerial. Este precepto otorga una excesiva facultad discrecional sin que se vislumbren los elementos indicadores de una proporcionalidad, de manera que esa discrecionalidad se convierte en una arbitrariedad si la autoridad ministerial no comprueba, en el caso concreto, todos esos elementos que permitan deducir que existe una proporcionalidad en la medida tomada.

Personas prestadoras de los servicios de seguridad privada, servidores públicos que forman parte del Gabinete de Seguridad Ciudadana y Procuración de Justicia y persona titular de la jefatura de gobierno

Tal vez ésta sea una de las medidas de la ley que más se alejan de una argumentación jurídica y se acerca más a una de tipo político. No se trata de obtener la información genética de quienes presuntamente cometieron un delito, han sido condenados por uno o de la debatible información obtenida de las víctimas, sino de quienes desempeñan sus labores en ciertas instituciones públicas o empresas privadas. Tal parece que la medida no sólo está encaminada hacia los posibles activos en la comisión de los delitos enumerados por la ley, sino que establece una obligación para los servidores públicos adscritos a instituciones de seguridad ciudadana y procuración de justicia, además de la persona titular de la jefatura de gobierno, asimismo, se incorpora también a los prestadores de los servicios de seguridad privada.

Para tratar de encontrar la racionalidad de la medida, si es esto factible, debe consultarse la Exposición de motivos de la ley. En ella se argumenta que tanto estos servidores como quienes trabajan en empresas privadas fueron incluidos con la “convicción de que quienes

son responsables de vigilar y garantizar la seguridad de los ciudadanos sean los primeros en registrar su información genética”.¹⁴ ¿Argumentos así pueden fundamentar disposiciones legales? ¿Se puede exigir a una persona la entrega de una información tan sensible, como lo es la genética, para demostrar la convicción de que desempeñará bien sus funciones de vigilancia y dará la garantía de seguridad a los ciudadanos? De ninguna manera se puede encontrar una proporcionalidad en la medida, la cual vulnera derechos fundamentales sin que se demuestre el interés o el posible beneficio para la sociedad.

Se considera muy cuestionable, y además peligroso, que los textos jurídicos encaminados a preservar el orden público y la protección de la ciudadanía se utilicen para enviar mensajes políticos. Como demostraremos mas adelante, la exigencia plasmada en la ley para conformar registros de los datos de quienes desempeñan sus labores en ciertas dependencias públicas o empresas privadas puede catalogarse como discriminatoria, además que es contraria al principio de presunción de inocencia.

Personas que hayan obtenido una sentencia ejecutoriada declarando su culpabilidad

El artículo 13, fracción I, acota que la base de datos de personas sentenciadas contendrá los datos de identificación de personas que cuenten con sentencias ejecutoriadas en la CDMX únicamente por la comisión de los delitos de secuestro y de carácter sexual previstos en esta ley, a pesar de que el artículo 1o. de la misma incluye, aparte de éstos, homicidio, lesiones, privación de la libertad personal con fines sexuales, privación ilegal de la libertad y feminicidio. Sin embargo, como es común en esta ley, se repiten las disposiciones o algunas veces las redacciones resultan contradictorias. En este caso, los artículos 6o., fracción VI, y

¹⁴ Exposición de motivos de la ley, *cit.*

5o., fracción VI, sólo se refieren a “personas que hayan obtenido una sentencia ejecutoria, declarando su culpabilidad”, sin mencionar o circunscribir la medida sólo a los sentenciados por la comisión de delitos de secuestro o de carácter sexual. ¿A cuál de las disposiciones atender?

Los datos de una persona procesada penalmente, antes de ser sentenciada, se encuentran en una base de datos específica; cuando esa persona recibe una sentencia condenatoria sus datos pasan a la base de datos de personas sentenciadas. Si la sentencia es absoluta los datos deberán ser eliminados de cualquier base de datos (artículo 13, fracción II).

Una vez terminado el proceso, y con una sentencia dictada, ya no se acredita la necesidad de mantener los datos genéticos de una persona para el esclarecimiento de un delito. Sin embargo, si la sentencia fue condenatoria de delitos sexuales o de secuestro, existe la posibilidad de que esos datos genéticos sirvan para esclarecer algún crimen de cualquiera de esas naturalezas que haya quedado sin resolver. Bajo este supuesto, estos serán los únicos casos en que claramente se percibe idoneidad entre el almacenamiento de datos genéticos de personas sentenciadas y el interés social que se persigue. Caso contrario es la pretensión de aplicar la norma a todas aquellas personas que reciben una sentencia condenatoria por cualquier otro delito. ¿Haber sido sentenciado, por ejemplo, por fraude, justifica la recopilación y almacenamiento de datos genéticos?

La Base de Datos de Indicios y Evidencias

Esta base almacenará

...los registros obtenidos con motivo de investigaciones de los delitos previstos en la ley a partir de: I. Los rastros biológicos recabados en el lugar en el que se realicen

las investigaciones y II. Información obtenida de muestras de personas imputadas señaladas por el Ministerio Público como posibles autores o partícipes de un hecho que la ley señala como delito (artículo 14, fracciones I y II).

La primera fracción no requiere de comentario alguno, pues las muestras se obtienen de rastros biológicos recabados en el lugar donde se realicen las investigaciones, sin vulnerar los derechos de ninguna persona, y ni siquiera cabe la referencia a la necesidad de un consentimiento informado. En cuanto a los derechos de las personas imputadas, nos remitimos al comentario hecho en párrafos anteriores.

Presunción de inocencia

La primera vez que un instrumento público mencionó la presunción de inocencia fue en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789. Al poco tiempo fue incorporada a la Constitución francesa, de 1791, bajo los siguientes términos: “Todo hombre se presume inocente hasta que sea declarado culpable”. Desde finales del siglo XVIII el principio ha cobrado su legitimidad en la doctrina jurídica y ha sido introducido en innumerables documentos jurídicos nacionales, alcanzando incluso el rango constitucional, como en el caso de México. En nuestra Constitución la presunción de inocencia se encuentra implícitamente reconocida en los artículos 14 y 16.

Por la relevancia del principio, instrumentos internacionales de la envergadura de las declaraciones de derechos humanos, tanto la universal como la americana, lo han elevado a la categoría de derecho humano, y otros instrumentos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo han dotado de obligatoriedad jurídica.¹⁵

Que toda persona se presuma inocente significa que el gobernado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le impute la comisión de un delito. Es al Estado,

¹⁵ Para la redacción de los comentarios relativos al principio de presunción de inocencia se consultó a Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia, derecho humano en el sistema penal acusatorio. Apéndice de jurisprudencia relacionada*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2015, Serie monografías.

a través de sus instituciones, a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado. Las personas, cualesquiera que sean las sospechas que sobre ellas recaigan, deben ser tratadas como inocentes en tanto su culpabilidad no sea probada y declarada mediante una sentencia regular y definitiva. La gran relevancia del principio es su garantía de respeto a la libertad personal contra la arbitrariedad de los poderes públicos.

Con el respeto al principio de inocencia se garantiza la protección de otros derechos fundamentales, como la dignidad humana, la libertad, la honra y, especialmente significativo en el análisis legislativo que estamos llevando a cabo, el derecho a la protección de la intimidad genética. Las actuaciones judiciales, o el simple requerimiento de la entrega de una muestra para la obtención de información genética, podrían afectar esos derechos, por lo que se vuelve imprescindible la demostración de la existencia de un interés superior de la sociedad.

El principio debe estar presente en todas las etapas del procedimiento penal, incluso en una etapa pre procesal, en donde ya se realizan investigaciones que podrían servirse de información genética. En esos casos podrá ser considerado lícito obtener tal información de personas detenidas o imputadas, bajo el supuesto de que se tenga una razonable sospecha de que dichas personas pudieron haber cometido el delito que se les imputa.

No obstante, una situación totalmente distinta a la antes mencionada es transgredir el principio de inocencia para exigir la entrega de muestras para obtener y almacenar la información genética de servidores públicos y prestadores de servicios de seguridad privada sólo en razón de la actividad que llevan a cabo. Tampoco se encuentra la racionalidad al solicitar, aunque sea a título voluntario, la entrega de muestras a las víctimas (artículo 1o.) y, peor aún, a cualquier persona de interés, según lo considere la autoridad ministerial (artículo 5o., fracción III). En este último caso, la discrecionalidad sin fundamentos se convierte en una arbitrariedad.

La exigencia de entrega de muestras para integrar bases de datos genéticos despierta dudas, puesto que lo menos que podría afirmarse es que se otorga a las personas

antes enumeradas el mismo trato que a quienes tienen la calidad de indiciados o de presuntos responsables en un proceso.

La nueva ley asume que las persona mencionadas estarían en condiciones de cometer un delito por el tipo de trabajo que desempeñan. Se equipara a un miembro de instituciones de seguridad pública o trabajador de empresas privadas de seguridad con un imputado o el sujeto a juicio, y con el agravante de que es el mismo Estado, en un exceso de autoritarismo, quien emite un juicio que contribuye a formar una opinión pública que afecta la dignidad de las personas. ¿Ser servidores públicos en una institución de seguridad ciudadana, del Gabinete de Seguridad Ciudadana y Procuración de Justicia, desempeñarse como titular de la jefatura de gobierno, o prestar servicios en la seguridad privada, los convierte en sospechosos de cometer crímenes? La misma solicitud a las personas señaladas por la ley para la entrega de sus datos genéticos cuestiona su inocencia frente a la opinión pública.

Por otra parte, también en la Exposición de motivos de la ley se expresa que la violencia sexual es un abuso basado en el género perpetuado por el varón. Ahí los sectores vulnerables predominantes confían en la persona de quien esperan protección, como lo es el padre, el tío, el esposo, o inclusive alguna autoridad. Siguiendo la misma lógica de exigir la información genética a quienes desempeñan una actividad relacionada con la seguridad pública y que, por tanto, pudieran estar vinculados a ciertos delitos, ¿sería viable entonces obtener los datos de todos los varones que, por su cercanía familiar con mujeres posibles víctimas de delitos sexuales, eventualmente podrían convertirse en delincuentes? ¿Podríamos presumir de antemano que ellos pudieran ser los autores de delitos de índole sexual?

En el anecdotario quedará registrado que en la sesión de discusión y aprobación de la ley en comisiones, el 15 de diciembre de 2019, un diputado del Partido de la Revolución Democrática (PRD) propuso que también se recopilaran los perfiles genéticos de los operadores de transporte público, de los funcionarios del Sistema Penitenciario y de los legisladores.

La iniciativa no contó con el respaldo del resto de los legisladores.¹⁶ Como se ve, ocurrencias no faltaron, y siguiendo este razonamiento, la lista de personas comprometidas a entregar sus datos, basada en el criterio de sus actividades o de un supuesto compromiso con la ciudadanía, seguiría creciendo de manera acelerada.

¹⁶ Noticia publicada en el periódico *Milenio* el 16 de diciembre de 2019.

No discriminación

Aproximarnos al concepto de *discriminación* implica un necesario abordaje a la noción de *igualdad*, a la que se encuentra estrechamente vinculado. El principio de igualdad no significa “lo mismo para todos”; expresa que, por un lado, los iguales deben ser tratados igual, y por el otro, los desiguales deben ser tratados de desigual manera teniendo en cuenta sus diferencias relevantes. Una primera acepción de la igualdad indica que todas las personas deben ser juzgadas por las mismas leyes aplicables a todos, pero una segunda extiende su significado también al contenido de las reglas dictadas por el legislador o aplicadas por el Poder Ejecutivo.

Los textos constitucionales comprenden y traducen la igualdad en un mandato dirigido a todos los poderes públicos para tratar a los ciudadanos de la misma forma o para justificar la diferencia de trato, siempre y cuando sea razonable y proporcional. Cuando la distinción es arbitraria por no ser objetiva y razonable entramos en el ámbito de la *discriminación*. La discriminación es una vulneración del principio de igualdad.

Bajo este orden de ideas, exigiríamos al legislador proporcionar el razonamiento que lo llevó a tratar en forma desigual a quienes son prestadores de servicios de seguridad privada, a servidores públicos que forman parte de las instituciones de seguridad ciudadana, a los integrantes del Gabinete de Seguridad Ciudadana y Procuración de Justicia, y de manera no comprensible, a la persona titular de la jefatura de gobierno para exigirles la entrega de su

información genética. ¿Es el desempeño laboral cercano a la administración de justicia, o en servicios de seguridad privada, una circunstancia relevante que justifique un trato desigual y, por tanto, discriminatorio, o por lo menos estigmatizante? ¿Trabajar en esas corporaciones implica una presunción de que las personas son delincuentes en ciernes, violadores, asesinos y/o secuestradores?

¿Cuál es la justificación de la ley para proporcionar ese trato desigual? El principio de igualdad exige una argumentación con bases sólidas para justificar el trato discriminatorio de que son objeto quienes desarrollan actividades relacionadas con la seguridad pública al exigirles la entrega de su información genética; pero la exposición de motivos no la proporciona.

Teóricamente, podría planearse la creación de bancos con perfiles genéticos de toda la población;¹⁷ es decir, un banco que reúna la información genética de toda la población. Esto implicaría que todas las personas que habitan un país, sin necesidad de demostrar o justificar que tuvieran o no relación con algún hecho delictivo, entreguen a la autoridad su información genética. Francia, por ejemplo, tiene un fichero “nacional”, pero, en realidad, éste sólo centraliza las huellas y restos genéticos de las personas condenadas por algunos delitos en especial. Este fichero no almacena en registros los datos genéticos de toda su población. Entonces, la creación de un verdadero archivo nacional respetaría el principio de igualdad frente a los ciudadanos, pues daría el mismo trato a todos los integrantes de la sociedad y sería la solución para evitar la discriminación de un sector de ella.

Desde el punto de vista técnico es viable la creación de este tipo de archivos nacionales, pero su instalación plantearía problemas éticos y legales de difícil solución. Desde luego, la creación de un banco nacional de datos genéticos revestiría los elementos de la igualdad y nadie podría alegar un trato discriminatorio, pero ¿cuál sería la justificación para solicitar a todos

¹⁷ Existen algunos bancos nacionales de información genética, pero tienen fines de investigación, no de perfiles para identificación criminalística.

los ciudadanos que acudan en forma obligatoria y masivamente a entregar el material biológico que contiene su sensible información genética?

Otro de los problemas que generaría ese tipo de banco sería la argumentación respecto a la proporcionalidad de la medida: ¿la posible solución de algunos casos penales justifica la invasión a la privacidad genética de toda la población? Además, no pueden dejarse de lado las apreciaciones económicas. Los costos que supondrían la instalación y mantenimiento de un banco que garantizara el debido resguardo de la información de toda la población en él almacenada serían muy altos para un país como el nuestro, que padece de serias carencias económicas dedicadas a la resolución de delitos.

A modo de conclusiones

La lectura de la Ley por la que se crea el Banco de ADN para uso forense de la Ciudad De México no resultó una tarea fácil: la falta de buena sintaxis crea confusiones, algunos artículos repiten descripciones y, en ciertos casos, las premisas planteadas en unos y otros son contradictorias. Se torna necesaria la lectura repetida y profunda del texto legislativo para su debido análisis.

Si bien este texto tuvo como propósito analizar una ley cuyo ámbito de aplicación es la CDMX, los argumentos aquí contenidos pueden resultar útiles para cuestionar si otra ley, la Reguladora de Bases de Datos Genéticos para el Estado de Chihuahua, por ejemplo, publicada en el periódico oficial del estado el 1o. de abril de 2009, protege o no los derechos de quienes aportan su información genética. Al mismo tiempo, puede servir como referencia en la elaboración de futuras legislaciones dirigidas al acopio y resguardo de información genética con fines de investigación criminal.

Desde luego, reconocemos que el tratamiento automatizado de las bases de datos de ADN para investigación criminal se ha convertido en una herramienta útil para resolver delitos, y que los señalados por la ley que se comentó, la mayoría, son graves y merecen la acción inmediata por parte del Estado. También estamos de acuerdo con el cuidado que el legislador tuvo en el establecimiento de medidas para asegurar el resguardo y control de los datos y la responsabilidad de las autoridades involucradas.

Nuestras objeciones se centran en algunos de los preceptos de la nueva ley, que, desde nuestro punto de vista, vulneran claramente derechos tan importantes como a la intimidad, a la igualdad y no discriminación y a la presunción de inocencia. La proporcionalidad entre las medidas impuestas y los efectos que pretenden alcanzar no queda demostrada.

No se puede negar el loable propósito de enviar un mensaje político de que “quienes son responsables de vigilar y garantizar la seguridad de los ciudadanos sean los primeros en registrar su información genética”, pero esta actitud no es suficiente para resolver crímenes; es necesario buscar estrategias que resulten más adecuadas e idóneas al fin que se propone. La seguridad en el país lo requiere.