

LA PRUEBA DEL ADN EN LA FILIACIÓN Y EN LA INVESTIGACIÓN DE CIERTOS DELITOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA USS

ES DE PÚBLICO CONOCIMIENTO que desde algún tiempo a esta parte se está modernizando la justicia en nuestro país con nuevas, rápidas y efectivas herramientas como, por ejemplo, la prueba o tecnología del ADN, extensiva a los procedimientos para la investigación de los delitos o agresiones sexuales, tales como estupro, aborto, violación seguida de muerte, violación sodomítica, homicidio, robo con homicidio, lesiones, etc. en la identificación de personas, de cadáveres, etc., en derecho civil y, entre otras modificaciones, en la investigación biológica de la paternidad por el ADN. En ambos casos el empleo de este método científico o prueba biológica, si bien es cierto se contemplaba en otras legislaciones desde hace bastante tiempo, no estaba incorporado en la normativa patria, lo que se ha conseguido en los últimos años con buenos resultados ya que han se ha elaborado doctrina al respecto y se han dictado interesantes fallos, tanto materia civil en el campo de la filiación disputada como en materia criminal al resolverse juicios de agresiones sexuales, entre éstas, violación y abuso sexual.

El Instituto de Criminología no pretende abordar en esta publicación toda la temática de las pericias o experticias médico-legales al respecto y/o pruebas biológicas, o la problemática que se ha generado en relación con el ADN, desde el ángulo médico, de legislación sanitaria, médico-forense, ético, etc., sino que detenernos en estas páginas sobre las generalidades del examen del ADN, el que ha suscitado el interés de los estudiosos del derecho, de los penalistas, de los tribunales de justicia, de los médicos legistas, de la policía, criminólogos, criminalistas, etc. por estimarse necesario para la investigación de la paternidad y para la comprobación para de ciertos delitos, la que se considera unánimemente como una pericia confiable, científica y certera, como se desarrollará seguidamente, ya que tiene un 99.999% de verdad y precisión; otros opinan que es superior a esa cifra, llegando al 100% y, por lo tanto, de plena prueba.

Dejaremos constancia que este examen del ADN humano se practica en líquidos biológicos de una persona, entre éstos, gotas de sangre, manchas de sangre en ropas y objetos, sangre seca, semen generalmente venosa, semen contenido en condones o preservativos de látex, restos de saliva depositados en una colilla de cigarro, por ejemplo, y

en tejidos, folículos pilosos, piel, cabello, huesos, células fetales, del líquido amniótico, de células fetales del vello coriónico, etc., en restos de cadáveres humanos, huesos, y aunque se trate de indicios o fragmentos microscópicas de los mismos.

En la actualidad esta prueba biológica se emplea en una serie de países, entre otros, España, Francia, Alemania, Estados Unidos, Argentina, Gran Bretaña, Japón, Austria, Turquía, México, Brasil, Perú, Austria, Corea, Suecia, etc. como medio o sistema de la investigación de la paternidad, paternidad de progenitores desaparecidos, mediante familiares, en la investigación de las agresiones sexuales, principalmente en la violación, y en ciertos delitos tales como homicidio, aborto, lesiones, etc. y, además, en la identificación de personas y de cadáveres o desaparecidos.

Este artículo se dividirá en tres apartados sintetizados para su mejor comprensión. El primero contempla una síntesis científica del ADN. En segundo término el ADN y la filiación. En tercer lugar el ADN y la investigación delictiva, tanto en el Código de Procedimiento Penal como en el nuevo Código Procesal Penal, el que tiene vigencia parcial o gradual y que en nuestra zona regirá desde el 16 de octubre del 2003.

I. ASPECTOS CIENTÍFICOS DEL ADN

1. El ADN en la sigla del ácido desoxirribonucleico (también se le conoce como DNA, en la abreviatura inglesa de Deoxyribonucleic acid), el que se encuentra presente en los núcleos de las células del cuerpo humano. Es el material genético conformando el código genético o de la herencia y que determina las características de cada individuo, siendo su secuencia de bases distinta de un individuo a otro. La célula nucleada está conformada por 46 cromosomas, salvo en los gametos tanto masculino, espermatozoides, como en el femenino, óvulo, con 23 cromosomas cada uno. Para la fecundación del ser humano se requiere de los 46 cromosomas; en otras palabras, la fusión de tales gametos mediante la cópula sexual, o por medio de los procedimientos de fertilización o inseminación artificial. Es decir, la mitad del ADN del padre (espermatozoide) y la otra mitad de la madre (óvulo).

2. Según la literatura consultada, entre ésta el texto de bioética de Andrés C. Varga señala: "Que desde hace siglos se sabe que los seres vivos se componen de células. En el año 1882 el biólogo alemán Flemming, estudiando el proceso de división de las células, observó que sus núcleos contenían estructuras que podían teñirse de rojo, a las que denominó cromosomas, que significa del vocablo griego al castellano "cuerpos coloreados", y uno de los componentes químicos principales de los cromosomas son el DNA o ADN y el RNA".

3. El Diccionario Médico Enciclopédico Taber's, en su edición 1997, sobre el ácido desoxirribonucleico, indica: "Proteína compleja de peso molecular alto constituida por desoxirribosa, ácido fosfórico y cuatro bases (dos purinas, adenina y guanina, y dos pirimidinas, timina y citosina). Están dispuestas en dos cadenas largas que se tuercen una sobre la otra para formar una doble hélice unida por enlaces entre los componentes complementarios. El ácido nucleico se encuentra en los cromosomas de los núcleos de las células y es la base química de la herencia y portador de la información genética".

4. Por su parte, los autores Lender-Delavault Le Moigne, en su Diccionario de Biología, señalan del ADN: “Constituyente de los cromosomas. Polímero lineal formado por la asociación de desoxirribonucleótidos, formado cada uno de ellos por un grupo fosfórico, un azúcar de cinco átomos de carbono (la desoxirribosa) y una base nitrogenada: adenina, timina, guanina o citosina. Cada nucleótido está unido a sus vecinos a través de un enlace de tipo fosfodiéster que une el carbono 3’ de la desoxirribosa con el carbono 5’ de la desoxirribosa siguiente. Uno de los nucleótidos situados en la extremidad de la cadena posee el carbono 5’ libre, es decir, carece de cualquier enlace de tipo fosfodiéster; a su vez, el nucleótido situado en la extremidad opuesta posee un carbono 3’ libre. De este modo se definen las extremidades 5’ y 3’ de la molécula de ADN. La estructura del ADN responde generalmente a la unión de dos cadenas moleculares del tipo de la descrita. En el ADN nativo, los dos filamentos adoptan una posición opuesta, de modo que la extremidad 5’ de uno de ellos se enfrenta con la extremidad 3’ del otro y viceversa. Las bases nitrogenadas de cada cadena se enfrentan entre sí y se mantienen unidas mediante puentes de hidrógeno. Esta estructura recibe el nombre de doble cadena. Las bases nitrogenadas son complementarias y se asocian siempre del mismo modo: adenina-timina y citosina-guanina. Las dos cadenas se encuentran arrolladas una alrededor de la otra formando una especie de escalera de caracol en la que los hidrógenos y las bases nitrogenadas estarían sostenidos por los peldaños, y los grupos fosfóricos y los azúcares por la barandilla. Se conocen asimismo otros tipos de ADN formados por una sola cadena, como ocurre por ejemplo en algunos bacteriófagos. Las moléculas de ADN constituyen las bases estructurales de los genes encargados de la transmisión hereditaria de los caracteres y que a la vez participan en las biosíntesis celulares a través de la síntesis de ARN. Las cadenas de ADN se autoduplican manteniéndose idénticas a sí mismas, con lo que el patrimonio genético se mantiene constante en las sucesivas generaciones celulares producidas en las mitosis”.

5. Varga consigna: “Biólogos modernos dieron comienzo a una investigación científica apasionante con el fin de descubrir la sustancia química y la estructura de los genes, cuya existencia ya se sospechaba. En 1944, los biólogos Oswald T. Avery, Colin McLoud y Maclyn McCarthy, del entonces Instituto Rockefeller (hoy Universidad de Rockefeller) de Nueva York, demostraron por primera vez que el ácido desoxirribonucleico (ADN) es la sustancia hereditaria de las células vivas. Se comprobó más tarde que la molécula alargada ADN se compone de segmentos que son en último término los genes, por mucho tiempo buscados, responsables por las diferentes características que presenta todo organismo”.

6. Varga sigue sobre la materia “la doble hélice”: “En 1953 el inglés Francis H.C. Crick y el norteamericano J.D. Watson, con sus investigaciones en la Universidad de Cambridge, valiéndose de la técnica de la difracción de los rayos X, lograron construir el modelo de la molécula del ADN. Su forma se asemeja a una doble hélice o a un par de tirabuzones, insertado uno en otro. Existen sólo cuatro clases de bases de nitrógeno en la molécula del ADN, a saber, adenina (A), citosina, guanina (G) y timina (T). Cada una de estas bases se compone de carbón, nitrógeno, oxígeno e hidrógeno, y cada una va engarzada en una cadena de moléculas alternas de azúcares y fosfatos. Un código o lenguaje genético representa la

secuencia de las cuatro clases de bases de nitrógeno a lo largo de las cadenas de azúcares y fosfatos. Por ejemplo, una secuencia podría ser como ésta: ATTTGTCCACAGATACGG”.

7. El Dr. Alberto Teke Sch., Director del Departamento de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, en su texto sobre Medicina Legal, capítulo Sexología Forense, sobre el sistema del ADN precisa: “El sistema DNA. El método más moderno es el genético, que fue descubierto por Alec Jeffreys en Inglaterra en 1985. Este método consiste en el estudio directo del DNA, ácido desoxirribonucleico que está presente en los cromosomas de todas las células nucleadas en el ser humano. Este método no sólo permite la exclusión de la paternidad, sino que permite afirmarla con un 99,9999% de seguridad, no obstante ese porcentaje de certeza es discutido por algunos autores.

Debido a esto se le ha denominado DNA Finger Print (huellas dactilares de DNA). Cada ser humano es genéticamente diferente de otros (salvo en gemelos homocigotos); esta diversidad está dada por diferencias en las moléculas de DNA.

El DNA está conformado por dos hebras que se enrollan en forma de hélice y que están conectadas entre sí. La secuencia de estas conexiones es el mensaje genético.

En centenares de sitios de nuestros genes el mensaje o código genético está interrumpido por pequeñas secuencias repetidas de DNA que aparentemente no cumplen con funciones de código, estas secuencias se llaman minisatélites. El número y longitud de estos minisatélites son diferentes en cada persona, por eso se les denomina hipervariables.

Mediante sondas específicas de DNA prefabricadas se puede estudiar el patrón de minisatélites en cada individuo y determinar así sus impresiones digitales de DNA.

Metodología. Se usa normalmente DNA extraído de los leucocitos de la sangre, pero se puede obtener de cualquier tejido que contenga DNA. Se aísla el DNA y luego se corta con enzimas de restricción en lugares específicos, luego todos los fragmentos se separan mediante electroforesis de acuerdo a su tamaño.

A continuación se envían las sondas que se unirán sólo a los minisatélites; mediante una reacción química se colorean estas sondas, obteniéndose así un código de barras semejante al que se encuentra en los diferentes productos que se venden en los supermercados; dicha notación constituye las impresiones digitales de DNA.

Las impresiones digitales de DNA obtenidas son específicas para cada individuo.

El criterio para el análisis de los resultados es que todas las bandas presentes en el niño deben provenir del padre y de la madre. Si el niño presentara bandas que no se encuentran en uno de los presuntos progenitores, se procede a la exclusión de él.

Por otra parte, si las bandas del niño están presentes en las del padre y madre, la paternidad está probada. Estas huellas dactilares también permiten el estudio con otros familiares.

Se presenta diferentes potencialidades de exclusión de paternidad y de determinación de ella mediante el estudio de diferentes sistemas”.

II. ADN Y LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

1. Esta prueba pericial del ADN y en lo que se refiere al derecho civil está íntimamente relacionada con la filiación, en el capítulo de la investigación científica de la paternidad y es una de las innovaciones de la ley 19.585 en el título correspondiente de las acciones de filiación.

2. El informe del Dr. Hugo Jorquera González, Jefe del Laboratorio de Biología Molecular del Servicio Médico Legal de Santiago, enviado al Congreso con motivo de la Ley sobre Filiación, específicamente sobre el tema “Investigación biológica sobre la paternidad” y el que encontramos de suyo completo e interesante, expresa textualmente:

“ANÁLISIS DE GRUPOS Y SUBGRUPOS SANGUÍNEOS:

Este método analiza proteínas de membrana de los glóbulos rojos, las cuales pueden ser detectadas y clasificadas. En nuestro país algunas instituciones de salud realizan principalmente el análisis de los siguientes:

- Los 4 grupos sanguíneos clásicos A, B, AB y O
- Los subgrupos sanguíneos:
 - Rh y sus subgrupos Cc, De y Ee
 - MNSs
 - DAFFY
 - KIDD

En total se pueden analizar 16 características genéticas. Este análisis viene siendo la primera etapa de la investigación de la paternidad. En caso de que se requiera una mayor certeza, se recurrirá a métodos más precisos, o bien se prescindirá de los grupos sanguíneos y directamente se recurre a estos últimos.

Porcentaje de certeza: La probabilidad de exclusión de la paternidad tiene un valor de 100%. La inclusión en cambio es variable dependiendo del número de subgrupos analizados. En general los métodos que utilizan marcadores de grupos sanguíneos poseen un grado de certeza de oscila comúnmente entre el 50 al 70%.

ANÁLISIS DE ANTÍGENOS DE HISTOCOMPATIBILIDAD:

De forma similar a los grupos sanguíneos, los antígenos de HLA (Sistema Mayor de Histocompatibilidad) corresponden a proteínas presentes en todas las células, encargadas de regular las interacciones celulares de la respuesta inmune, participando en el reconocimiento de tejidos propios y ajenos. Estos antígenos se heredan en bloques de 3 a 5 caracteres los que conforman un haplotipo. Los caracteres que conforman la estructura genética de estos antígenos son los siguientes:

A - B - C DR - DP - DQ = haplotipo

Porcentaje de certeza: Valor de exclusión de la paternidad es de un 100%. El valor de inclusión es sobre el 90% al 99% aproximadamente. La inclusión de la paternidad dependerá de la mayor o menor frecuencia que un determinado carácter genético se presenta en la población.

ANÁLISIS DE DNA:

El examen de paternidad por medio del estudio del DNA (ácido desoxirribonucleico) es actualmente uno de los medios de mayor certeza para la determinación de la paternidad/maternidad. Este examen estudia ciertos caracteres denominados "alelos" que son heredados por los hijos desde sus progenitores (padre y madre), de manera que el "genotipo" o la constitución de alelos de un individuo debe corresponder exactamente con alguno de los alelos presentes en el padre y la madre de quienes los heredó.

En la actualidad no existe ningún método diagnóstico que asegure la paternidad/maternidad con una certeza del 100%. Esto se debe a que para ello sería necesario analizar varias de las características genéticas polimórficas (con un alto número de alelos) de toda la población, situación actualmente imposible. Por lo tanto la inclusión de la paternidad/maternidad, es decir, la probabilidad de que un padre/madre sea realmente el padre/madre de un determinado niño se entrega en términos de "porcentaje de probabilidad", la que en el caso del examen de ADN practicado en el Servicio Médico Legal oscila entre el 98.36 al 99.99% (al estudiarse dos loci genéticos como el DIS80 y el APO-B) y el 99.82 al 99,9999999982% al estudiarse 5 loci (DIS80, APO-B, THO1, TPOX y CSF1PO). En el caso de la exclusión de la paternidad/maternidad, ésta se entrega con una certeza del 100% cuando ambos loci estudiados no presentan concordancia entre el patrón del padre/madre y el hijo.

El Laboratorio de Biología Molecular y Genética del Servicio Médico Legal tuvo su inicio a fines del año 1992 y en estos tres años de vida cuenta con tres profesionales especializados en bioquímica y biología molecular. Durante este año a la fecha se han realizado 229 análisis correspondientes a un total de 156 casos".

3. En el Diario Oficial del 26 de octubre de 1998, se publicó la Ley N° 19.585, que modifica sustancialmente el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, la que empezó a regir el 26 de octubre de 1999, según su artículo 9°. Como es sabido, esta nueva ley, y entre otras materias, termina con la distinción existente entre los hijos legítimos e ilegítimos, la que será matrimonial o no matrimonial.

Unas de las innovaciones fundamentales de esta ley son las denominadas "acciones de filiación", y posibilitando la ley la investigación de la paternidad o maternidad en forma amplia, aceptándose todo tipo de prueba y en especial, las pruebas biológicas. El derecho a reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. En cuanto a los efectos patrimoniales o sobre los bienes, operan las instituciones de la prescripción y de la renuncia (Artículo 195, 198, 199). El juez dará curso a la demanda sobre investigación de la filiación, cuando haya antecedentes suficientes que la hagan plausible.

4. Conforme al artículo 196 inciso primero, el juez sólo dará curso a la demanda si se presentan antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda, lo que importa un estudio previo de admisibilidad de la acción sin entrar al fondo mismo. Dejaremos constancia que la ley no ha precisado ni definido lo que se debe entender por antecedentes suficientes y los hechos plausibles. Cuando no se le da curso a la demanda por tales causales ordena el juez de oficio que se notifique tal resolución a la persona contra la cual se intentó la acción.

Por otra parte la persona que interpone una demanda de las ya referidas de mala fe y para lesionar la honra de una persona estará obligada a la indemnización de perjuicios de acuerdo al artículo 197 inciso 2º del CC.

El juicio tiene el carácter de secreto, hasta que se dicte la sentencia de término, y tomarán conocimiento sólo las partes o sus mandatarios. En estos procesos es insuficiente por sí sola la prueba testimonial.

Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos designados por el juez. Los interesados siempre, y por una sola vez, podrán pedir una nueva pericia biológica. La negativa injustificada de una de las partes para someterse a la prueba pericial biológica configura una presunción grave en su contra y que el juez apreciará (Artículo 196, 197, 198 inciso 2º, y 199).

Dentro de las pruebas biológicas, y las que no excluyen los procedimientos de los grupos sanguíneos u otras pruebas, en la investigación biológica de la paternidad o maternidad, está el examen del ADN reconocido como la molécula de la vida, el que se encuentra presente en los núcleos de las células como ya lo hemos expuesto más arriba, y hoy es un test que se emplea en otros países, tales como Austria, España, Francia, Alemania, Estados Unidos, Argentina, Brasil, Perú, etc. como medio o sistema probatorio en la investigación de la paternidad.

Como cada ser humano, por regla general, es desde el punto de vista de su código genético diferente a otro, salvo los casos de los gemelos homocigotos, se ha llamado por ello al ADN, Finger Print (huellas dactilares del ADN).

Para el examen de laboratorio propiamente tal, se extrae el ADN de los leucocitos de la sangre, pero puede ser de cualquier otro tejido que lo contenga, y el que ahora se realiza por el Servicio Médico Legal de Santiago o instituciones autorizadas.

Por último, se dejó expresa constancia, tanto en los Boletines de la Cámara de Diputados como en el de las Sesiones del Senado, que esta prueba biológica era relevante en la nueva legislación, en la investigación de la paternidad y/o maternidad, y para ponerse a tono con las normas modernas al respecto vigente en otros países, en los cuales se ha aplicado con óptimos resultados, en un sinnúmero de juicios.

En la legislación española, la Constitución Política reconoce la posibilidad investigación biológica de la paternidad en su artículo 39 parte 2, al igual que el Código Civil es su artículo 127, el que preceptúa: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El juez admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda."

En la legislación civil peruana se contempla la presunción de paternidad en caso de negativa a someterse a la prueba del ADN.

III. ADN EN LA INVESTIGACION DE LOS ATENTADOS SEXUALES TANTO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (CPP) COMO EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL (NCPP)

1. ADN en el CPP

Con fecha 12 de julio de 1999 se publicó en el Diario Oficial N° 36.410, la Ley N° 19.617, que “*MODIFICA EL CODIGO PENAL, EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y OTROS CUERPOS LEGALES EN MATERIA DE VIOLACION*”, la que empezó a regir de inmediato, no tiene artículos transitorios.

En cuanto a los exámenes médicos para la comprobación de los delitos sexuales donde se practican y cuáles son, se agrega un nuevo artículo 145 bis al Código de Procedimiento Penal. Este preceptúa: “Que tratándose de los delitos previstos en los artículos 361 a 367 bis 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 cuerpo del delito y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar las pruebas y muestras pertinentes.

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

Las copias del acta a que se refiere el inciso precedente tendrán el mérito probatorio señalado en los artículos 472 y 473, según corresponda (el informe pericial podrá constituir plena prueba o el de una presunción, cuando se den los presupuestos que en tales preceptos se señalan [esto es nuestro]).

Esta disposición es sumamente importante y obligatoria para todo tipo de establecimientos de salud, hospitales y clínicas, y deben practicar tales exámenes a solicitud del interesado o de la víctima por los delitos de violación, estupro, abusos sexuales, en los vinculados a la prostitución, al incesto. Este informe puede hacerse en forma inmediata, de haber ocurrido el delito de violación o del que se trate, y sin esperar las órdenes u oficios para el Instituto Médico Legal expedidas por los tribunales de justicia en lo criminal, ya que los rastros o huellas, o líquidos biológicos pueden desaparecer, de tal forma que no se requiere orden judicial previa. Esto, en todo caso, no se descarta que pueda ser realizado el examen en el Instituto Médico Legal, el que cuenta con los implementos necesarios y con el personal técnico y científico altamente calificado.

En el Boletín de la Cámara de Diputados N° 1048-07-1, de 10 de mayo de 1995, se dejó constancia al respecto de lo siguiente: “Con esta disposición se pretende asegurar la práctica de los exámenes médicos y pruebas biológicas para constatar las huellas –ya no las lesiones– de la relación sexual y sus circunstancias, como asimismo las lesiones causadas, si las hubiere.

Se incorporan así a nuestra legislación procesal penal las disposiciones necesarias para establecer y asegurar la utilización de mecanismos de excelencia técnica, como la realiza-

ción de exámenes de ADN, que puedan determinar la existencia del delito y la comprobación de la identidad del responsable”.

Lo anterior, creemos, es relevante en la investigación de los atentados sexuales, tanto para comprobar en forma científica y moderna el cuerpo del delito, como la persona del delincuente, ya que la anterior legislación no contemplaba en sus normas especiales para el establecimiento de este ilícito, sino que se establecían ciertos procedimientos para otras figuras delictivas, tales como homicidio, suicidio, aborto y lesiones corporales.

En varios atentados sexuales, tales como violación y estupro o abusos sexuales, puede que no existan lesiones pero sí hay huellas que pueden servir en la investigación sumarial y para ello es necesario tales pericias y fundamentalmente la del ADN.

2. ADN en el NCPP

El art.197 del NCPP reza: “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.

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

El Juez de Garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero”.

En el texto que había propuesto el Poder Ejecutivo en el art. 289 se incorporaba dentro de los exámenes corporales en forma expresa la extracción de sangre u otras intervenciones corporales análogas que se llevarán a cabo según las reglas de la ciencia médica y siempre que que no fuere de temer menoscabo para la salud del imputado. En la Cámara de Diputados se hizo una serie de observaciones y se propuso agregar expresamente el examen de ADN, como un ejemplo, porque es más moderno y vale más que la extracción de sangre; al final dicho artículo quedó en la redacción definitiva que ya copiamos.

Por su parte, el artículo 198 se refiere derechamente a los exámenes médicos y pruebas relacionados con los delitos sexuales tipificados en los artículos 361 a 367 del Código Penal ya indicados, en forma casi igual al 145 bis del CPP transcrito ut supra, con la eliminación del inciso final y con la modificación que los informes se remiten al ministerio público.

Para la toma de la muestra en los líquidos biológicos y efectuar el ADN el fiscal solicitará si se trata del ofendido su consentimiento, si se niega pedirá la autorización al Juez de Garantía. En el caso del imputado el fiscal pedirá derechamente la autorización al Juez de Garantía.

Creemos que si el imputado acepta la toma un líquido biológico o de tejidos para el caso del ADN voluntariamente, no rige la autorización judicial previa lo que se desprende del texto legal y, por otra parte, así se ha tramitado en las regiones en las que está

rigiendo el nuevo código frente a la extracción de sangre para la alcoholemia, lo que sería extensivo al ADN.

Podría plantearse una problemática si se niega el imputado a la prueba de carácter biológico, si podrá ser obligado por medio de la fuerza pública. No hay precedentes al respecto en Chile.

PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL Y OTRAS IMPLICANCIAS DE LA PRUEBA DEL ADN

Se ha planteado en varios países europeos la temática si es constitucional o inconstitucional la extracción de sangre o de otros líquidos biológicos corporales, para el ADN, lo que también se suscitó con el test de alcoholemia y pruebas alcoholimétricas. Podrá también suceder en Chile, pues el art.197 del NCPP contempla los exámenes corporales en la investigación delictual, y entre estas pruebas de carácter biológico, en que se incorpora obviamente el examen de ADN y más específicamente esta toma o extracción de sangre donde éste se encuentra, en caso de negativa o falta de consentimiento del procesado para someterse a la toma de la muestra.

Si no existe el consentimiento para que se tome la muestra al imputado, se consideran violentadas una serie de garantías legales, a saber la libertad de movimiento, el derecho a la integridad física, el principio de inocencia y que nadie puede declarar en su contra o a prestar declaración y a guardar silencio.

Referido a la toma de sangre vinculada directamente con la alcoholemia que determina la cantidad o dosaje de alcohol en la sangre, se ha resuelto por el Tribunal Constitucional de España, entre otros puntos, que como este examen está señalado en la ley, al que incluso puede ser forzado una persona, no constituye un atentado contra su integridad física, que es necesaria para la investigación delictiva. Atinente al ADN que hay un interés público de la determinación de los hechos relevantes, para el proceso penal y es causa legal para justificar la realización de una intervención corporal siempre que esta medida esté prevista en la ley.

En todo caso, este tipo de examen requiere en lo posible de una resolución judicial fundada, proporcional a los hechos materia del sumario y que no atenten contra la salud o dignidad de la persona.

En cuanto al derecho a no declarar o no hacerlo contra sí mismo, se ha dictaminado que no se trata de una declaración sino que de un examen a que es sometida la persona y que es una pericia a la cual ella estaría colaborando y, por lo tanto, no se está frente a la declaración autoincriminatoria propiamente tal.

Todos estos aspectos son vinculatorios con el examen del ADN y tendrían vigencia en alguna discusión doctrinal en Chile y de derecho positivo con motivo del estudio o proyecto de reglamentación complementaria, como ha ocurrido en otros países. En todo caso, al menos los exponemos como una inquietud.

Hace algún tiempo la Comisión Europea, por el año 1979, se pronunció en el sentido que la "ejecución forzosa de exámenes de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso en el caso que dicha privación sea de corta duración".

Relacionado con el derecho a la integridad física, se apunta que estos exámenes corporales no consentidos son de tipo invasivo y causan un perjuicio o detrimento al cuerpo

humano, aunque éste sea de carácter leve. Relativo a la prueba del ADN, se estima que esto no se produciría siempre, por ejemplo, cuando se obtiene la muestra en lo que se ha denominado en forma indirecta, de la saliva, de los pelos rescatados de un cepillo, o restos de saliva de un cepillo de dientes, o machas de sangre o de esperma en vestidos, sábanas, objetos, etc.

Bancos de ADN

Considerando la importancia que tienen los exámenes de ADN, especialmente en el campo judicial, médico, médico-forense como se ha señalado precedentemente, en la identificación de personas, en la investigación de la paternidad biológica, en la investigación de una serie de delitos graves ya reseñados, en varios países se han creado los denominados bancos o registros de ADN y que otros titulan como bancos de archivos de ADN o como bancos de archivos de perfiles de ADN.

Sin entrar al fondo, podemos indicar que se ha criticado la existencia de estos bancos de datos de ADN, los que tendrían el carácter de públicos y por lo tanto conocidos de todas las personas, lo que podría atentar contra una serie de derechos constitucionales de los sujetos a los cuales se le ha aplicado el test de ADN, entre otros, los de la intimidad y vida privada, la dignidad, la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo, como lo enunciamos arriba, etc., ya que se dan a conocer antecedentes personales o personalismos de un individuo.

En España se ha tenido conocimiento que existe un proyecto de ley para la creación de los bancos de ADN, que éstos existirían en el Reino Unido, Alemania, Francia, en los Estados Unidos de Norteamérica, Canada, Puerto Rico, etc.

En Chile, en el mes de diciembre del 2001, el Gobierno presentó un proyecto de ley para la creación de un banco genético de delincuentes, que permita determinar la identidad genética de evidencias encontradas en el lugar del crimen o de las muestras obtenidas de los sospechosos. La toma y procesamiento de las muestras estará a cargo del Servicio Médico Legal y la administración y custodia a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación.

El ADN se contempla en la iniciativa legal para los delitos de secuestro, sustracción de menores, violación, abuso sexual, violación con homicidio, robo calificado, y con la reserva de los datos y el uso de la información, estableciéndose figuras penales para el caso del uso indebido o divulgación de ellos.

Se sostiene que este fichero de datos con ADN debiera ser sólo utilizado para fines judiciales, particularmente el registro de los delincuentes o criminales.

En el Servicio Médico Legal patrio durante el año 2001 se realizaron 2.300 identificaciones de paternidad por orden judicial, según informaciones emanadas del Ministerio de Justicia.

Valor probatorio del examen de ADN

Creemos que es necesario para terminar este artículo y para que no se estime incompleto –reiterando que tampoco se presume que lo sea por su especialidad y complejidad científica–, exponer algunos puntos de interés referidos al valor probatorio en la parte de la

investigación criminal, y sin perjuicio de lo que ya se ha escrito más arriba en materia de filiación en nuestro país.

Como sabemos, en nuestro Código de Procedimiento Penal se señalan los medios probatorios por el artículo 457, que son los testigos, el informe de peritos, la inspección personal del tribunal, los instrumentos públicos o privados, la confesión y las presunciones o indicios y de los artículos 110, 113 y 113 bis se desprende que hay un sistema de medios probatorios amplios, modernos y técnicos. Entre ellos se señalan la fotografía, filmación, películas, grabación, resultados obtenidos por la realización de aparatos destinados a desarrollar exámenes o demostraciones científicas o por medio de la computación y en general cualquier medio apto para producir fe.

Por su parte el legislador en cada medio probatorio consigna su valor probatorio, que por regla general es facultativo por el uso de la palabra "podrá" y culminando con el artículo 456 bis el que deja en manos del tribunal juzgador la apreciación final del peso de la prueba, mediante el sistema de la libre convicción razonada o del convencimiento. El juez para condenar tiene que tener el convencimiento que se encuentra debidamente acreditado por los medios de prueba que se ha cometido el hecho ilícito o punible y que le ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 295, se refiere a la libertad de prueba, en el sentido que los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley. Por su parte, en el mismo procesamiento legal, en el artículo 297 titulado de valoración de la prueba, consagra el principio de libertad en su apreciación por los tribunales, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Por último, el artículo 323 trata de otros medios probatorios no regulados expresamente y que son similares a los descritos en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 113 y 113 bis analizados precedente.

Entrando de lleno al valor probatorio del ADN, en ambos cuerpos legales, según lo anotado someramente, queda entregada exclusivamente al sentenciador su apreciación en forma libre, pero razonada y fundamentada. En su fallo por lo tanto expondrá las razones por las cuales lo considera o lo rechaza y la complementación con los otros medios probatorios.

En varios procesos en nuestro país por delitos sexuales se ha hecho una relación directa al ADN al condenarse a los autores de los delitos de violación de menores de edad y además de otros antecedentes de la causa, como el protocolo de autopsia, el informe médico legal de ADN, confesión, declaraciones, etc.

En el juicio por delito de violación seguida de muerte de la menor PCLG rol Nº 11.356 C del año 1999 se condenó a HGP y, por el examen de ADN practicado en el semen o restos encontrados en la vagina de la víctima, se pudo comprobar que el genotipo coincidía exactamente con el del inculpado. En el expediente rol 79.170-1 de Coronel año 1999 se hace también expresa mención, al condenar al autor de un delito de violación contra una mujer privada de razón, al examen de ADN practicado en el semen del inculpado, del cual se infiere un porcentaje de probabilidad de paternidad de 99.999 2%, el que además está vinculado con otras probanzas.