

8. Dorothy Roberts *

Las consecuencias colaterales de la vigilancia genética y la nueva biopolítica racial

Traducción:
Elizabeth Florentín Villalba
& Paula Carolina Zabala

Introducción

En este artículo se contempla la expansión de la vigilancia genética por parte del gobierno federal y los gobiernos de los estados como consecuencia colateral del registro de antecedentes penales en el contexto de una nueva biopolítica racial en Estados Unidos. Como analizo más profundamente en mi libro *Fatal Invention: How Science, Politics, and Big Business Re-create Race in the Twenty-First Century*, la biopolítica racial de los últimos tiempos

tiene tres componentes principales.¹ En primer lugar, algunos científicos resucitan ahora las teorías biológicas sobre las razas² modernizando con investigaciones genómicas de avanzada viejas tipologías raciales basadas en la observación de diferencias físicas.³ Esos científicos redefinen la raza como una categoría biológica que está escrita en nuestros genes.⁴ En segundo lugar, las industrias biotecnológicas y farmacéuticas convierten la nueva ciencia racial en productos que se crean y promocionan según la raza y que dan por supuesta la existencia de diferencias raciales genéticas.⁵ Por último, las políticas gubernamentales que parecen no hacer diferencias por el color de piel están dejando a las minorías pobres sin servicios básicos, sin programas sociales y sin recursos económicos con el fin de favorecer intereses corporativos, y, al mismo tiempo, imponen sobre esas comunidades formas severas de regulación punitiva.⁶ La encarcelación masiva y sus consecuencias colaterales son los principales ejemplos de la regulación punitiva aplicada a las comunidades afroamericanas. En este artículo se argumenta que esas deshumanizantes políticas de vigilancia y control se ocultan detrás de la emergente concepción genética

* George A. Weiss University Professor of Law and Sociology and the Raymond Pace and Sadie Tanner Mossell Alexander Professor of Civil Rights, University of Pennsylvania. Original: Dorothy Roberts, "Collateral Consequences, Genetic Surveillance and the New Biopolitics of Race", *Howard Law Journal*, Vol. 54 N° 3, páginas 567-586 (2011). Este artículo está basado en el capítulo 11 del libro *Fatal Invention: How Science, Politics, and Big Business Re-create Race in the Twenty-First Century*, New Press, 2011. Traducido para la Residencia de Traducción del Instituto de Enseñanza Superior en Lenguas Vivas "Juan Ramón Fernández" (Argentina). Publicado con permiso del autor.

¹ Véase, en general, Dorothy Roberts, *Fatal Invention: How Science, Politics, and Big Business Re-create Race in the Twenty-First Century*, New Press, 2011 (donde analizo las consecuencias políticas de usar una definición biológica de las razas en la ciencia y las biotecnologías genómicas).

² En todo el texto se ha conservado el término "raza" con el uso generalizado que le da la autora y que tiene, por lo general, en Estados Unidos. [N. de la T.]

³ Id. pp. 57-77.

⁴ Id. pp. 57-58.

⁵ Id. pp. 149-201, 226-57.

⁶ Id. pp. 300-08.

de la raza, que se preocupa por las diferencias moleculares e ignora el efecto del racismo en nuestra sociedad.⁷

Hace tan solo una década, la concepción biológica de la raza parecía haber llegado a su fin.⁸ El Proyecto Genoma Humano, que cartografiaba todo el código genético humano, demostraba que no era posible identificar la raza en los genes.⁹ Sin embargo, ha habido un auge de la ciencia y las biotecnologías fundamentadas en la categoría de raza. Por ejemplo, en 2005, la Administración de Alimentos y Medicamentos de Estados Unidos (FDA, por sus siglas en inglés) aprobó el primer medicamento diseñado para una raza en particular, BiDil, para el tratamiento de la insuficiencia cardíaca de pacientes negros.¹⁰ Además, las clínicas de fertilización asistida solicitan donaciones de óvulos que se clasifican según la raza, y en las pruebas genéticas también se tiene en cuenta dicho criterio para determinar qué embriones se implantarán y cuáles se descartarán.¹¹ Los

consumidores pueden enviar hisopados bucales a decenas de empresas por internet para averiguar sus antecedentes genéticos, y también su identidad racial.¹² Asimismo, una de esas empresas utilizó las mismas herramientas forenses para ayudar a los organismos de seguridad a determinar la raza de sospechosos.¹³

En lo que respecta a este simposio, el tema más importante es el hecho de que, en la última década, el gobierno federal y los gobiernos de los estados han aumentado aceleradamente la recolección de información genética para servir a los fines de los organismos de seguridad.¹⁴ Con ocho millones de muestras de ADN de delincuentes en su haber, el gobierno federal estadounidense ha logrado reunir la base de datos de ADN más grande que se

⁷ Dorothy Roberts, «Race and the New Biocitizen», en *What's the Use of Race? Modern Governance and the Biology of Difference*, Ian Whitmarsh & David Jones (eds.), MIT Press, 2010, pp. 259 y 261 [de aquí en adelante, *What's the Use of Race?*].

⁸ *Id.* p. 262.

⁹ Osagie K. Obasogie, *Ctr. for Genetics & Soc'y*, «Playing the Gene Card?: A Report on Race and Human Biotechnology», p. vii, 2009, en: http://www.geneticsandsociety.org/downloads/complete_PTGC.pdf.

¹⁰ Jonathan Kahn, «How a Drug Becomes 'Ethnic': Law, Commerce, and the Production of Racial Categories in Medicine», *Yale J. Health Pol'y L. & Ethics* Vol. 4, p. 1, 2004; véase también Ian Whitmarsh & David S. Jones, «Governance and the Uses of Race», en *What's the Use of Race?*, *supra*, nota 6, p. 7.

¹¹ Véase Rene Almeling, «Selling Genes, Selling Gender: Egg Agencies, Sperm Banks, and the Medical Market in Genetic Material», *Am. Soc. R.* Vol. 72, pp. 319 y 327, 2007; Dov Fox, «Racial Classification in Assisted Reproduction», *Yale L.J.* Vol. 118, pp. 1844 y

1853, 2009; véase, en general, Dorothy E. Roberts, «Race, Gender, and Genetic Technologies: A New Reproductive Dystopia?», *Signs* Vol. 34, p. 783, 2009, en:

http://www.law.suffolk.edu/academic/health/pdf/Roberts_RaceGenderandGeneticTechnology.pdf (en este artículo exploro la función que cumplen la raza y el racismo en el surgimiento de tecnologías reproductivas que incorporan avances de la ciencia genética).

¹² Obasogie, *supra*, nota 8, p. 25; Charmaine D. Royal et al., «Inferring Genetic Ancestry: Opportunities, Challenges, and Implications», *Am. J. Hum. Genetics* Vol. 86, p. 661, 2010.

¹³ Pamela Sankar, «Forensic DNA Phenotyping: Reinforcing Race in Law Enforcement», en *What's the Use of Race?*, *supra*, nota 6, pp. 49 y 55; Duana Fullwiley, «Can DNA 'Witness' Race? Forensic Uses of an Imperfect Ancestry Testing Technology», *Genewatch*, Nov.-Dec. 2008, p. 12, 2008, en:

<http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pageDocuments/AJWLK7M1AV.pdf>

¹⁴ Véase Justin A. Alfano, «Look What Katz Leaves Out: Why DNA Collection Challenges the Scope of the Fourth Amendment», *Hofstra L. Rev.* Vol. 33, pp. 1017 y 1039, 2005.

haya almacenado en ningún país.¹⁵ Debido al sesgo racial que predomina en las detenciones y condenas, las bases de datos de ADN del gobierno, que se acumulan a nivel nacional, constituyen una biotecnología basada en la raza que tiene su origen en la ciencia genética.¹⁶ A diferencia de las pruebas genéticas aceptadas voluntariamente con las que se procura ayudar a las personas a curar enfermedades, mejorar la dotación genética de sus hijos y encontrar su identidad, los repositorios de ADN forenses son reunidos por el Estado sin consentimiento y mantenidos con el propósito de involucrar a los sujetos en delitos.¹⁷ Esos repositorios son un signo de que las tecnologías genéticas podrían usarse para reforzar el orden racial, no solo incorporando una definición biológica de las razas, sino también imponiendo una reglamentación genética basada en la raza.

En la parte I de este artículo se analiza la expansión de los bancos de datos de ADN por parte de los estados y el gobierno federal, que extienden a un número cada vez mayor de personas el efecto colateral de tener antecedentes penales, en el sentido de que los sujetos se convierten en sospechosos a perpetuidad. En la parte II, se argumenta que las ventajas de esa vigilancia genética en términos de detección del

delito, exoneración de detenidos inocentes y seguridad pública no compensan el costo colateral injustificado que significa la invasión de la privacidad individual por parte del Estado y otros perjuicios más graves contra la democracia. Esos perjuicios se agravan por el hecho de que, a resultas del profundo sesgo racial que existe en los organismos de seguridad, se extrae más ADN de afroamericanos que de blancos. En la parte III se explican las razones por las cuales las bases de datos de ADN reflejan y contribuyen a perpetuar un sistema «Jim Crow»¹⁸ de justicia penal. Por último, en la parte IV, se examinan los perjuicios raciales causados por la vigilancia genética que tiene en la mira a un gran número de afroamericanos y que confirma en la práctica estereotipos muy arraigados sobre la criminalidad innata de los negros. Lejos de corregir el sesgo racial que existe en la aplicación de la ley, el uso estatal del ADN para asignar a millones el papel de sospechosos permanentes profundiza las raíces de la injusticia racial.

Colecciones en Expansión

Las muestras genéticas se introdujeron por primera vez como una herramienta para obtener pruebas adicionales a fin de condenar a sospechosos comparando su ADN con muestras de la escena del delito.¹⁹

¹⁵ Véase Sheldon Krinsky & Tania Simoncelli, *Genetic Justice: DNA Data Banks, Criminal Investigations, and Civil Liberties*, Columbia University Press, 2011, p. xvi.

¹⁶ Sonia M. Suter, «All in the Family: Privacy and DNA Familial Searching», *Harv. J.L. & Tech. Vol. 23*, pp. 309, 369-70, 2010.

¹⁷ D.H. Kaye & Michael E. Smith, «DNA Databases for Law Enforcement: The Coverage Question and the Case for a Population-Wide Databases», en *DNA and the Criminal Justice System: The Technology of Justice*, David Lazer (ed.), MIT Press, 2004, pp. 247 y 268.

¹⁸ La expresión «Jim Crow» hace referencia a las leyes segregacionistas que estuvieron vigentes entre 1876 y 1965 en Estados Unidos. En la actualidad, se utiliza para referirse a una nueva forma de segregación. [N. de la T.]

¹⁹ Véase Jill C. Schaefer, «Profiling at the Cellular Level: The Future of the New York State DNA

Los bancos de datos ampliaron la función del ADN, que consistía en confirmar la culpa o la inocencia de determinados sospechosos, y le agregaron la función de descubrir sospechosos desconocidos a partir de los indicios encontrados en la escena del delito.²⁰ Existía la teoría de que los organismos de seguridad podían atrapar a los reincidentes comparando la información genética extraída del semen, la sangre, la saliva o el pelo dejados por el autor del delito con una base de datos que contenía el perfil genético de infractores anteriores.²¹ Los perfiles de ADN funcionan como «huellas genéticas» a través de las cuales se pueden comparar muestras de la escena del delito con una muestra archivada en la base de datos.²² Ese tipo de coincidencia —denominado «identificación inesperada»— podría ahorrar a la policía meses de investigación o ayudar a atrapar a un criminal que, de lo contrario, no habría sido descubierto.²³ Al principio, únicamente se tomaban muestras de ADN de criminales violentos y delincuentes sexuales porque existía la teoría de que eran los que con mayor probabilidad volverían a cometer delitos y dejarían evidencia genética en la escena.²⁴ Extraer y guardar información genética de esos criminales constituía un costo colateral resultante de la condena por

un conjunto limitado de delitos.²⁵ La naturaleza atroz de esos delitos justificaba la interferencia estatal en su privacidad.

Ese costo colateral ha crecido enormemente en las últimas dos décadas. No solo ha aumentado el número de personas sometidas a la extracción de muestras genéticas, sino que también se ha ampliado el uso que hace el gobierno del ADN almacenado en los bancos de datos. Durante la década de 1990, el Congreso otorgó al gobierno federal mayores facultades para recolectar, analizar y guardar de forma permanente muestras de ADN.²⁶ En la DNA Identification Act²⁷ de 1994, se otorgaron fondos a los organismos de seguridad para almacenar ADN en un gigantesco repositorio federal, el Sistema de Índices Combinados de ADN (CODIS, por sus siglas en inglés), administrado por el FBI.²⁸ En 1996 y 1998, el Congreso aprobó también las leyes denominadas Antiterrorism and Effective Death Penalty Act y Crime Identification Technology Act, en las que se destinaron fondos federales para mejorar y actualizar los procedimientos de recolección de ADN.²⁹ El banco federal de

Databanks», Alb. L.J. Sci. & Tech. Vol. 14, pp. 559 y 560, 2004.

²⁰ Id. p. 561.

²¹ Id. pp. 560-61.

²² Id. p. 563.

²³ Paul E. Tracy & Vincent Morgan, «Big Brother and His Science Kit: DNA Databases for 21st Century Crime Control?», *J. Crim. L. & Criminology* Vol. 90, pp. 635 y 644 n.40, 2000.

²⁴ Schaefer, *supra*, nota 17, p. 560.

²⁵ Véase *United States v. Romero-Vilca*, 850 F.2d 177, 179 (3d Cir. 1988) (donde se define una consecuencia colateral como «aquella que no está relacionada con la duración o la naturaleza de la sentencia dictada sobre la base de la acusación»); véase también *supra* texto que acompaña a la nota 22.

²⁶ Véase *infra*, texto que acompaña las notas 25-26.

²⁷ Se mantienen los nombres de las leyes en inglés. En el apéndice se ofrece un cuadro con la traducción del nombre y una breve explicación de cada ley. [N. de la T.]

²⁸ Véase «DNA Identification Act of 1994», 42 U.S.C. §§ 14132-34, 2006.

²⁹ Véase «Crime Identification Technology Act of 1998», 42 U.S.C. § 14601, 2006; «Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996», Pub. L. No. 104-132 § 811, 110 Stat. 1214, 1312, 1996.

datos genéticos no solo contiene las muestras reunidas por los agentes federales, sino también perfiles genéticos enviados al FBI por los organismos de seguridad de los estados de la Unión. A su vez, todos los estados tienen acceso a los datos digitalizados del CODIS. Al vincularse la base de datos federal con las estatales, la policía de todo el país puede llevar a cabo investigaciones basándose en la información proveniente de distintos estados y comparar los datos genéticos encontrados en la escena del delito con los datos guardados en las bases de datos de las ciudades, los estados y la nación.

En la última década, el Congreso aprobó una serie de leyes que abarca a cada vez más ciudadanos en el ámbito federal. En la *USA PATRIOT Act*, aprobada en 2001 a raíz de los ataques acontecidos el 11 de septiembre, se extendió el alcance de la recolección federal de ADN a delitos relacionados con el terrorismo.³⁰ En la Justice for All Act de 2004, se amplió aún más el espectro hasta abarcar todos los delitos federales graves y otros delitos violentos o de abuso sexual.³¹ El 5 de enero de 2006, sin que nadie se diera cuenta de ello en apariencia, el presidente George W. Bush promulgó la DNA Fingerprint Act de 2005, que significó una sorprendente ampliación del poder gubernamental.³² Por otro lado, escondida en las páginas de la famosa Violence Against Women Act está la

³⁰ Véase «Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (“USA PATRIOT Act”) Act of 2001», *Pub. L. No. 107-56*, § 503, 115 Stat. 272, 364, 2001.

³¹ Véase «Justice for All Act of 2004», *Pub. L. No. 108-405*, § 203, 118 Stat. 2261, 2270, 2004.

³² Krinsky & Simoncelli, *supra*, nota 14, p. 34.

DNA Fingerprint Act, en la que se autoriza a los agentes de seguridad a obtener y guardar una muestra genética de todas las personas que arresten o detengan y permite a CODIS conservar esos perfiles genéticos que los estados han enviado.³³ También se podrá conservar el perfil de ciudadanos que no han sido condenados ni acusados de ningún delito y el de los inmigrantes detenidos por ser sospechosos de cometer alguna infracción contra el Servicio de Inmigración y Naturalización.³⁴

Una escalada similar está ocurriendo en el ámbito de los estados de la Unión. Ahora, los cincuenta estados recolectan ADN de algunos tipos de delincuentes por lo menos y lo envían al CODIS.³⁵ Cuarenta y siete estados toman muestras de todos los condenados por un delito grave y ciertos estados incluyen también a delincuentes menores.³⁶ En dieciocho estados, las personas que solo han sufrido un arresto están obligadas a dar muestras genéticas, aun cuando no hayan sido condenadas.³⁷ Treinta y cinco estados han incluido a los niños en las leyes que autorizan la recolección de datos genéticos.³⁸ La mayoría de los estados conserva las muestras mismas de ADN obtenidas, y no solo el perfil genético derivado de ellas, lo cual permite a los investigadores

³³ *Id.* pp. 34-35.

³⁴ Julia Preston, «U.S. Set to Begin a Vast Expansion of DNA Sampling», *N.Y. Times*, Feb. 5, 2007, p. A1, en: http://www.nytimes.com/2007/02/05/washington/05dna.html?_r=1

³⁵ Krinsky & Simoncelli, *supra*, nota 14, p. 29.

³⁶ *Id.* p. 38, donde se afirma que Idaho, Nebraska y Nueva Hampshire son los únicos estados que no autorizan la recolección de ADN de todos los condenados por delitos graves.

³⁷ *Id.* pp. 39 tbl. 2.2 y 41.

³⁸ *Id.* p. 38.

analizarlas en el futuro para obtener más información genética.³⁹ La mitad de los estados permite que las muestras de ADN archivadas se utilicen con fines que no se relacionan con la aplicación de la ley, como la investigación biomédica.⁴⁰

El Estado de California, que ha reunido la tercera base de datos de ADN más grande del mundo, después de la de Estados Unidos y el Reino Unido, sirve como ejemplo para mostrar el avance máximo del Estado.⁴¹ En 1998, la legislatura de California aprobó la ley denominada DNA and Forensic Identification Database and Databank Act, con el fin de autorizar a la policía a extraer muestras genéticas de todos los condenados por delitos graves, delitos sexuales o por incendio intencional, incluidos los niños.⁴² En 2004, la base de datos de California tenía ya 220 000 perfiles de delincuentes.⁴³ Sin embargo, los organismos de seguridad reclamaban una legislación más abarcadora para poder almacenar aún más muestras de ADN.⁴⁴ En ese mismo año, se votó en referéndum la Proposition 69, DNA Fingerprint, Unsolved Crime, and Innocence Protection Act.⁴⁵ Esa

iniciativa iba mucho más allá de las leyes vigentes en ese momento: incluía en el grupo de individuos que se ven sometidos a la recolección de ADN sin orden judicial a todos los arrestados por ser sospechosos de haber cometido algún delito grave, incluso a los niños.⁴⁶ La medida también se aplica retroactivamente y así autoriza la recolección de ADN de los quinientos mil californianos que se encuentran en prisión o en libertad condicional y que tienen antecedentes penales.⁴⁷ En consecuencia, se espera que la base de datos genéticos de California crezca rápidamente y alcance más de dos millones de muestras en los próximos cinco años.⁴⁸

Sin embargo, hubo una fuerte oposición a esos proyectos. Un grupo de organizaciones que defienden los derechos individuales, entre ellas, la Asociación por las Libertades Civiles de Estados Unidos (ACLU, por sus siglas en inglés), la Liga en pos de la Participación Política de las Mujeres, el Centro de Defensa del Derecho a la Privacidad, la Fundación de Defensa de los Derechos de los Niños y la Unión Conservadora de Estados Unidos, objetaron la inclusión de meros arrestados en la iniciativa porque vulnera el principio de presunta inocencia, condena a los niños a llevar una vida de sospechosos y derrocha dinero de los contribuyentes en el costoso procesamiento del ADN.⁴⁹ Según el

³⁹ *Id.* pp. 237-38.

⁴⁰ *Id.* p. 238.

⁴¹ Comunicado de prensa, Office of the Att’y Gen., «Brown Announces Major DNA Lab Expansion» (May 5, 2008) *en:* <http://ag.ca.gov/newsalerts/release.php?id=1553> ((archivo de la autora).

⁴² Tania Simoncelli & Barry Steinhardt, «California’s Proposition 69: A Dangerous Precedent for Criminal DNA Databases», *J. L. Med. & Ethics Vol. 33*, pp. 199 y 202, 2005. El delito de incendio intencional se agregó después de 2002 y así se incorporaron más delincuentes a la lista de los que podían ser sometidos a la extracción de una muestra genética.

⁴³ *Id.* p. 200.

⁴⁴ *Id.* p. 203.

⁴⁵ *Id.* p. 199.

⁴⁶ *Haskell c/ Brown*, 677 *F. Supp. 2d* 1187, 1190 (N.D. Cal. 2009); Simoncelli & Steinhardt, *supra*, nota 39, p. 200.

⁴⁷ Simoncelli & Steinhardt, *supra*, nota 39, en 200 *tbl.2*, pp. 200-02.

⁴⁸ *Id.* p. 201.

⁴⁹ «Vote No on Proposition 69», League of Women Voters of Cal., <http://ca.lwv.org/action/prop041/prop69.html> (última

Departamento de Justicia de California, de los aproximadamente 332 000 arrestados por delitos graves cometidos en 2007 en ese estado, más de 101 000 no fueron condenados.⁵⁰ Eso significa que un 30% de los arrestados se encuentra sometido a la recolección de ADN sin que se haya determinado su culpa.⁵¹

En 2009, la ACLU de California septentrional inició una acción de clase, en la que se argumentaba que la Proposición 69 es inconstitucional porque somete a californianos inocentes a toda una «vida de vigilancia genética», lo cual constituye una arbitrariedad según la Cuarta Enmienda.⁵² La demandante en cuestión, Lily Haskell, fue arrestada durante una manifestación pacífica realizada en San Francisco y obligada a dar una muestra genética, aunque poco tiempo después fue liberada sin haber sido acusada de ningún delito.⁵³ «Que te tomen una muestra de ADN después de haberte arrestado en una marcha política puede desalentar las acciones políticas», declaró Haskell más tarde.⁵⁴ «Ahora mi información genética queda archivada indefinidamente en una base de datos del gobierno por el simple hecho de que yo estaba ejerciendo mi

derecho a expresarme».⁵⁵ Pero la ACLU perdió el caso. Un juez federal de California dictaminó que la ACLU no logró demostrar que los derechos a la privacidad individual eran más importantes que el interés innegable del gobierno por la obtención de perfiles genéticos, puesto que estos ayudan a resolver «de manera rápida y exacta» delitos anteriores y actuales.⁵⁶

En California, Colorado y Nueva York, la vigilancia genética se extiende a un grupo de personas que nunca ha sido sospechoso de haber cometido ningún delito.⁵⁷ En la práctica que se conoce como «búsqueda familiar», los investigadores interrogan a familiares de los sospechosos cuya muestra genética está almacenada en el banco de datos del gobierno y los presionan para que también den una muestra a fin de evitar quedar implicados en un delito.⁵⁸ Según ese sistema, uno puede ser incluido en el banco de datos solo por ser pariente de alguien que ya tiene su perfil genético allí.⁵⁹ Las búsquedas familiares se realizan cuando una muestra encontrada en la escena del delito no coincide perfectamente con un perfil genético guardado en la base de datos.⁶⁰ La policía localiza a los familiares cercanos de los sospechosos cuyo perfil coincidió parcialmente –por ejemplo,

consulta: 7 de febrero de 2011). En este documento se enumeran las organizaciones que apoyan y las que rechazan la Proposición 69.

⁵⁰ Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, 3, *Haskell c/ Brown*, 677 F. Supp. 2d 1187 (N.D. Cal. 2009) (No. CV 09-4779), 2009 WL 3269641.

⁵¹ Véase *id.*

⁵² *Id.* pp. 19-20.

⁵³ «ACLU Lawsuit Challenges California's Mandatory DNA Collection at Arrest», ACLU (Oct. 7, 2009), <http://www.aclu.org/technology-and-liberty/aclu-lawsuit-challenges-california-smandatory-dna-collection-arrest>.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Haskell c/ Brown*, 677 F. Supp. 2d 1187, 1202-03 (N.D. Cal. 2009).

⁵⁷ Jeremy W. Peters, «New Rule Allows Use of Partial DNA Matches», *N.Y. Times*, Jan. 25, 2010, p. A12, en: <http://www.nytimes.com/2010/01/25/nyregion/25dna.html>.

⁵⁸ Véase Krinsky & Simoncelli, *supra*, nota 14, p. 88.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Krinsky & Simoncelli, *supra*, nota 14, pp. 64-88; Henry T. Greely et al., «Family Ties: The Use of DNA Offender Databases to Catch Offenders' Kin», *J.L. Med. & Ethics Vol. 34*, pp. 248, 250, 2006.

hermanos, padres o hijos– y les solicita una muestra de ADN a través de un hisopado bucal para compararla con los indicios encontrados en la escena del delito.⁶¹ Aunque dar una muestra genética es un acto voluntario, negarse parece sospechoso. Reunir muestras de familiares extiende la vigilancia del Estado a otro grupo de ciudadanos inocentes: es una nueva forma de poner a esos ciudadanos bajo sospecha solo por cuestiones de parentesco.

El Costo de la Vigilancia

La recolección de datos genéticos en un banco de datos del gobierno comenzó como un procedimiento limitado que asistía a los organismos de seguridad en la identificación de autores de un conjunto reducido de delitos.⁶² Sin embargo, se ha convertido en una forma de vigilancia del Estado que atrapa a inocentes o autores de delitos menores que han hecho poco y nada para justificar esa intrusión en su vida privada. Los bancos de datos ya no se limitan a detectar sospechosos, sino que los crean a partir de una lista de personas cada vez más numerosa. Aun así, los ciudadanos demuestran poca preocupación por el almacenamiento masivo de información genética porque, al comparar la protección de la privacidad individual con la seguridad en la calle, parece que se inclinan más hacia esta última. Los perfiles genéticos son un método mucho más preciso y objetivo para

identificar sospechosos que otras técnicas menos sofisticadas, como la identificación mediante testigos oculares o el levantamiento de huellas dactilares en la escena del delito.⁶³ Lejos de sentirse amenazados por ese gigantesco depósito de datos genéticos, muchos ciudadanos lo ven como una forma infalible de atrapar delincuentes y garantizar que solo los culpables sean condenados.⁶⁴ Guardar la muestra genética de un inocente parece ser un precio bajo, comparado con semejante beneficio público.

Los incontables casos en los que los bancos de datos genéticos no sirvieron de mucho o llevaron a identificaciones erróneas recibieron poca atención por parte de los medios. Además, los ciudadanos no se enteran de los miles de inocentes cuyas muestras genéticas son extraídas y guardadas contra su voluntad. A pesar de que las pruebas de ADN han arrojado luz sobre la injusticia que se comete en las condenas erróneas, no pueden resolver los problemas de fondo que, en primer lugar, llevan a condenar a inocentes. La mayoría de las condenas erróneas son el resultado de profundos sesgos raciales en el sistema de justicia penal, que pone a los acusados pobres pertenecientes a minorías en una

⁶¹ Véase, en general, Krimsky & Simoncelli, *supra*, nota 14, pp. 64-88, donde se analiza el proceso de las búsquedas familiares y las políticas relacionadas con ese procedimiento.

⁶² *Id.* p. 28.

⁶³ Véase John P. Cronan, «The Next Frontier of Law Enforcement: A Proposal for Complete DNA Databanks», *Am. J. Crim. L.* Vol. 28, pp. 119, 128-29, 2000.

⁶⁴ Véase, en general, Akhil Reed Amar, Op-Ed., «A Search for Justice in Our Genes», *N.Y. Times*, May 7, 2002, p. A2, en:

<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9E05E7DB1730F934A35756C0A9649C8B63>. En este artículo se opina que, a fin de reducir riesgos, tendría que haber una ley que limitara el análisis del código genético a las partes que sirven para identificar individuos sin revelar otros datos médicos.

situación de vulnerabilidad frente al abuso policial, los hace víctimas de errores en la identificación de sospechosos y los condena a una representación legal inadecuada.⁶⁵ Las confesiones falsas obtenidas bajo coacción son una de las principales causas de las condenas erróneas.⁶⁶ Según el Proyecto Inocencia⁸: «Aproximadamente en el [veinticinco] por ciento de las exoneraciones por prueba de ADN, los acusados inocentes habían hecho declaraciones que los incriminaban, habían confesado abiertamente o se habían declarado culpables».⁶⁷ Las confesiones falsas obtenidas bajo coacción fueron uno de los factores que influyeron en la condena errónea en quince de las treinta y tres exoneraciones conseguidas por el Centro contra las Condenas Erróneas.⁶⁸ No tiene sentido corregir un problema creado por el abuso de poder de los organismos de seguridad otorgándoles más facultades a dichos organismos a través de la recolección de ADN. La manera de reducir

las condenas erróneas es acabar con los sesgos raciales y de clase social que corrompen nuestro sistema de justicia penal. Por el contrario, la expansión de la vigilancia del Estado los favorece. Además, aunque se crea que las pruebas genéticas son infalibles, ha habido numerosos casos de errores en la manipulación del ADN y en su análisis, que han dado lugar a acusaciones falsas y a la condena de inocentes.⁶⁹

Esos errores que comete el Estado al usar los bancos de datos genéticos como herramienta para reducir el delito hacen que la consiguiente violación de la privacidad individual sea más difícil de justificar. La sociedad reconoce que el gobierno vulnera sus libertades civiles cuando se hacen escuchas telefónicas o se llevan a cabo allanamientos de domicilios sin orden judicial mientras la persona afectada se encuentra ausente.⁷⁰ La recolección y el almacenamiento de ADN también es una grave invasión a nuestra vida privada, porque el ADN es una parte del cuerpo: extraer una muestra sin consentimiento constituye una violación de

⁶⁵ Véase Teresa E. Ravenell, «Cause and Conviction: The Role of Causation in § 1983 Wrongful Conviction Claims», *Temp. L. Rev.* Vol. 81, pp. 689 y 692, 2008. Dice la autora: «Las condenas erróneas no se deben a un solo error o defecto técnico; muchos factores pueden ser la causa de una condena errónea. Entre ellos, las ruedas de reconocimiento sesgadas, errores cometidos por testigos oculares en la identificación de sospechosos, pruebas forenses defectuosas, confesiones falsas obtenidas bajo coacción e informantes poco confiables». (Se omitieron las citas internas).

⁶⁶ «False Confessions», Innocence Project, <http://www.innocenceproject.org/understand/False-Confessions.php> (última consulta: 5 de febrero de 2011).

⁶⁷ «The Causes of Wrongful Conviction», Innocence Project, <http://www.innocenceproject.org/understand> (última consulta: 5 de febrero de 2011).

⁶⁸ «About Us», Bluhm L. Clinic, Center on Wrongful Convictions, <https://www.law.northwestern.edu/wrongfulconvictions/aboutus> (última consulta: 4 de febrero de 2011).

⁶⁹ Krinsky & Simoncelli, *supra*, nota 14, pp. 140-41.

⁷⁰ Véase, en general, la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (esta enmienda protege a los ciudadanos de los allanamientos y los secuestros arbitrarios, ya que existe «una expectativa razonable de privacidad», es decir, los ciudadanos tienen derecho a tener privacidad en determinados lugares, según lo que se considera razonable); véase también la *Electronic Communications Privacy Act* de 1986, 18 U.S.C. § 2510, 2006 (en esta ley se extiende la protección contra la interceptación de comunicaciones a la transmisión de datos electrónicos por computadora); y, por último, la *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* de 1968, 42 U.S.C. § 3711, 2006 (en ella se establecen los requisitos que deben cumplir los organismos de seguridad para obtener una orden judicial que los autorice a realizar escuchas telefónicas).

nuestra integridad física. Más allá de esta cuestión material, el ADN contiene información personal delicada que puede utilizarse para identificarnos a nosotros y a nuestros familiares, y puede compararse con otros registros de índole privada, entre ellos, la historia clínica.⁷¹

La sociedad tolera que el Estado extraiga sin consentimiento información personal de los condenados por delitos graves porque, a consecuencia de su conducta antisocial, esos delincuentes tienen menos derecho a la privacidad.⁷² Pero, a medida que se van ampliando los grupos obligados a dar muestras de ADN, se vuelve cada vez menos clara la razón por la que se concede al Estado tanto poder sobre esos grupos. Una vez que la recolección obligatoria de ADN no se limita a los asesinos, violadores y ladrones armados, es menos necesario que los organismos de seguridad cuenten con el ADN de sospechosos y crece el derecho de los ciudadanos a mantener el control sobre su información privada.⁷³ A pesar de que los condenados por delitos atroces pueden perder el derecho a la privacidad, no existe justificación semejante para extraer

muestras genéticas de alguien que, por ejemplo, falsificó un cheque. Para que pudieran extraer o analizar una muestra genética de alguien que no ha sido condenado por ningún delito grave, debería exigirse a los agentes del Estado que obtengan su consentimiento informado.

Aunque los tribunales de Estados Unidos han tardado en reconocer esta amenaza a las libertades individuales,⁷⁴ en 2008, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó unánimemente que el almacenamiento de datos genéticos por parte del Reino Unido para su utilización en investigaciones penales infringía el derecho a la privacidad protegido por el Artículo 8 de la Convención Europea.⁷⁵ El Tribunal Europeo estaba especialmente preocupado por la conservación indefinida de información genética proveniente de adultos y de niños que nunca habían sido condenados por ningún delito,⁷⁶ lo cual los estigmatizaba como si fueran delincuentes condenados. Esa ecuación que iguala a inocentes y culpables desestima la presunción de inocencia que corresponde a los ciudadanos en una democracia. La recolección masiva de ADN transforma la relación entre los ciudadanos y el gobierno de manera tal que contradice principios democráticos básicos.⁷⁷ El gobierno se convierte en el vigilante de los ciudadanos, en lugar de que los ciudadanos vigilen al gobierno. Aunque no sean culpables de haber cometido ninguna infracción, enormes segmentos de la población están

⁷¹ Véase, en general, George J. Annas, «Protecting Privacy and the Public—Limits on Police Use of Bioidentifiers in Europe», *N. Eng. J. Med.* Vol. 361, pp. 196, 196-201, 2009. En este artículo se explica que los identificadores biométricos comprometen más la privacidad que las respuestas que dan los contribuyentes en las declaraciones juradas de impuestos, porque sirven para identificar individuos de manera directa.

⁷² Fed. Bureau of Investigation, «Summary of the Uniform Crime Reporting (“UCR”) Program 2», 2010, en:

<http://www2.fbi.gov/ucr/cius2009/documents/aboutucrmain.pdf>

⁷³ Sarah B. Berson, «Debating DNA Collection», *Nat'l Inst. Just.* (29 Oct., 2009), <http://www.ojp.usdoj.gov/nij/journals/264/debating-DNA.htm>

⁷⁴ Annas, *supra*, nota 68, p. 198.

⁷⁵ *S. & Marper c/ United Kingdom*, 4 Eur. Ct. H.R., 30562, 2008.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Véase Berson, *supra*, nota 70.

bajo sospecha de por vida. Los ciudadanos ya no pueden confiar en que el Estado proteja su privacidad olvidando su conducta anterior porque las pruebas de esa conducta quedan archivadas para siempre.⁷⁸ El Estado tiene la facultad de apoderarse de la propiedad privada de los ciudadanos —en este caso, su información genética— sin el debido proceso.⁷⁹ Esas son características de un estado totalitario, no de una democracia liberal.

Bases de Datos “Jim Crow”

Las violaciones a la privacidad se agravan con las desigualdades raciales que corrompen cada ámbito del sistema de justicia penal de Estados Unidos. El aspecto más alarmante de esas injusticias es el encarcelamiento masivo de hombres afroamericanos.⁸⁰ Los cambios radicales que se introdujeron en los últimos treinta años en el control del delito y las políticas en materia de drogas y sentencias provocaron una superpoblación de las cárceles, que pasaron de tener treientos mil detenidos a tener dos millones.⁸¹

⁷⁸ Véase, en general, Jack M. Balkin, «The Constitution in the National Surveillance State», *Minn. L. Rev.* Vol. 93, pp. 1 y 13, 2008. Se argumenta en este texto que «el nacimiento del Estado de Vigilancia Nacional presagia la muerte de la amnesia.

⁷⁹ Véase Berson, *supra*, nota 70.

⁸⁰ Véase Dorothy E. Roberts, «The Social and Moral Cost of Mass Incarceration in African American Communities», *Stan. L. Rev.* Vol. 56, pp. 1271, 1272-73, 2004.

⁸¹ Véase, por ejemplo, Michelle Alexander, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, New Press, 2010, p. 6; Marc Mauer, *Race to Incarcerate*, New Press, 2006, pp. 1-2; Loïc Wacquant, «Class, Race & Hyperincarceration in Revanchist America», *Daedalus, Summer 2010*, p. 74.

Además, la tasa de encarcelamiento de Estados Unidos es la más alta del mundo y su magnitud no tiene precedentes en la historia de las democracias occidentales.⁸² La brecha entre la tasa de encarcelamiento de blancos y la de negros ha aumentado tanto como la cantidad de detenidos.⁸³ Es ocho veces más probable que los hombres negros estén tras las rejas que los blancos.⁸⁴ Uno de cada nueve negros de entre veinte y treinta y cuatro años se encuentra en la prisión o en la cárcel.⁸⁵ De hecho, en la actualidad, la mayoría de los condenados a prisión son negros.⁸⁶ En un libro publicado en 2010, *The New Jim Crow*, la especialista en temas jurídicos Michelle Alexander demuestra que el encarcelamiento de negros funciona como un sistema de castas moderno al estilo «Jim Crow», porque «encierra permanentemente a un enorme porcentaje de la comunidad afroamericana y lo excluye del conjunto de la sociedad y la economía», y así reproduce las condiciones de sometimiento que tenía la mayoría de los negros antes de la revolución por los derechos civiles.⁸⁷

El encarcelamiento llevado adelante por los organismos de seguridad, que tienen en la mira a los varones negros, se ve reflejado en la cantidad de perfiles genéticos de negros que se guarda en la base de datos federal y las de los estados. Podemos tomar el caso

⁸² Véase Roberts, *supra*, nota 77, p. 1272.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.* p. 1274.

⁸⁵ «Why Are 1 in 9 Young Black Men in Prison?», NAACP of Otero Cnty., N.M., <http://naacpoc.org/2008/03/why-are-1-in-9-young-black-men-in-prison/> (última consulta: 6 de febrero de 2011).

⁸⁶ Véase Roberts, *supra*, nota 77, p. 1272.

⁸⁷ Alexander, *supra*, nota 78, p. 13.

del Reino Unido para medir el impacto probable que tendrá la cuestión racial en nuestra base de datos federal ahora que ha superado a la británica en tamaño. La base nacional de datos de ADN del Reino Unido revela que, según una estimación, en el año 2006, de todos los perfiles genéticos guardados, el 40% pertenecía a hombres negros y el 77% a hombres negros de entre quince y treinta y cinco años, en comparación con solo el 6% que pertenecía a blancos.⁸⁸ En ese mismo año, Hank Greely, especialista en bioética de la Universidad de Stanford, estimó que por lo menos el 40% de los perfiles genéticos almacenados en la base de datos federal de Estados Unidos pertenecía a afroamericanos, a pesar de que ellos apenas constituían el 13% de la población nacional.⁸⁹ Sheldon Krimsky y Tania Simoncelli llegan a una conclusión similar, según la cual, entre el 41% y el 49% de los perfiles guardados en CODIS proviene de afroamericanos.⁹⁰

El hecho de que el gobierno federal y el de algunos estados hayan extendido la recolección de ADN a personas que simplemente son arrestadas —y no solo a las acusadas o condenadas— incorpora al sistema a muchos más blancos, pero, al mismo tiempo, está en camino de crear una base de datos casi universal de negros que

viven en zonas urbanas.⁹¹ Esos hombres son arrestados con tanta frecuencia que más del 90% estaría incluido en bases de datos si se aplicara estrictamente la política de recolección.⁹² En abril de 2010, el gobernador de Arizona Jan Brewer promulgó una ley polémica que otorgaba a la policía facultades amplias para detener a cualquier sospechoso de estar en el país ilegalmente.⁹³ Esa ley se considera un modelo para otros estados en cuestión de política migratoria.⁹⁴ Las leyes migratorias, junto con la autorización del Congreso para extraer muestras genéticas de todos los detenidos por agentes federales,⁹⁵ harán que aumente rápidamente el número de perfiles genéticos de latinos⁹⁶ guardados en CODIS y las bases de datos de los estados.

Es habitual que la policía tenga en cuenta la raza cuando tiene que decidir si detener en la calle a un individuo y arrestarlo.⁹⁷ En una encuesta realizada por The New York Times y CBS News en julio de 2008, se incluyó la pregunta: «¿Alguna vez sintió que la policía

⁹¹ Véase id. pp. 34-35, 257.

⁹² Véase Kaye & Smith, *supra*, nota 16, p. 270.

⁹³ Véase Julia Preston, «Political Battle on Illegal Immigration Shifts to States», *N.Y. Times*, Jan. 1, 2011, p. A1, en:

<http://www.nytimes.com/2011/01/01/us/01immig.html?nl=todaysheadlines> ; véase, en general, 2010 Ariz. Legis. Serv. 113 (West). En este texto se destacan los intentos por desalentar el ingreso y la presencia de inmigrantes ilegales en Arizona.

⁹⁴ Véase, en general, Preston, *supra*, nota 90, p. A1. En este artículo, se analiza la gran influencia de las leyes de Arizona en otros estados.

⁹⁵ Krimsky & Simoncelli, *supra*, nota 14, pp. 32-38.

⁹⁶ La autora usa el término “latinos” para referirse a las personas de origen latinoamericano. [N. de la T.]

⁹⁷ Alexander, *supra*, nota 78, pp. 128-36; véase David Cole, *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*, New Press, 1999, pp. 16-55.

⁸⁸ Ben Leapman, «Three in Four Young Black Men on the DNA Database», *Telegraph*, Nov. 5, 2006, p. 1, en: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1533295/Three-in-four-young-black-men-on-the-DNA-database.html> ; Matilda MacAttram, «How the Government’s DNA Crusade Is Criminalising Innocent Black Britons», *Voice Online* (July 13, 2009), <http://www.voice-online.co.uk/content.php?show=15859> .

⁸⁹ Greely et al., *supra*, nota 57, p. 258.

⁹⁰ Krimsky & Simoncelli, *supra*, nota 14, p. 258.

lo interceptó en la calle solo por pertenecer a cierta raza o tener determinada procedencia étnica?».⁹⁸ El 66% de los hombres negros respondió que sí, mientras que solo el 9% de los hombres blancos dio la misma respuesta.⁹⁹ La Corte Suprema de Estados Unidos ha autorizado a la policía a tener en cuenta la raza como criterio válido cuando tiene que determinar si existe una causa razonable para sospechar que alguien está involucrado en un delito.¹⁰⁰ Michelle Alexander dice que el permiso de la Corte para discriminar «es el sucio secretito de la policía».¹⁰¹ En las últimas décadas, la Corte Suprema, de tendencia conservadora, ha socavado las disposiciones de protección contra el abuso policial instauradas por la Corte del juez Warren, de tal manera que promueve el arresto de negros y latinos — por ejemplo, flexibilizando los criterios de sospecha razonable—, y ha obstaculizado el acceso a recursos legales que permiten hacer frente al sesgo racial de los organismos de seguridad.¹⁰²

Existe todo un caudal de pruebas que demuestran que los oficiales de policía se basan en la raza para parar a los automovilistas y que muchas veces utilizan infracciones de tránsito menores, como el

olvidarse de poner la luz de giro para cambiar de carril, como pretexto para inspeccionar un vehículo en busca de drogas.¹⁰³ Una de las primeras pruebas que confirmó esa práctica fue un estudio sobre videos de la policía realizado por el diario Orlando Sentinel en 1992, en el que se descubrió que, a pesar de que los negros y los latinos representaban apenas el 5% de los automovilistas en la autopista de Florida, constituían casi el 70% de los automovilistas que detenía la policía para pedirles identificación y más del 80% de los automovilistas cuyo vehículo registraba.¹⁰⁴ Asimismo, un estudio sobre las personas interceptadas por la policía en la autopista de Nueva Jersey reveló que, aunque solo el 15% de los automovilistas pertenecía a alguna minoría, el 42% de todos los interceptados y el 73% de todos los arrestados eran negros.¹⁰⁵ En un tramo de la autopista 95 de Maryland, en la periferia de Baltimore, tan solo el 21% de los automovilistas era afroamericano, asiático o latino, pero esos grupos constituían casi el 80% de los interceptados y registrados por la policía.¹⁰⁶ En este sentido, un programa contra las drogas implementado por la policía de Illinois —conocido como

⁹⁸ Charles M. Blow, Op-Ed., «Welcome to the ‘Club’», *N.Y. Times*, July 25, 2009, p. A23, en: <http://www.nytimes.com/2009/07/25/opinion/25blow.html>

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ Véase U.S. c/ Brignoni-Ponce, 422 U.S. 873, 884-87, 1975; Alexander, *supra*, nota 78, p. 128.

¹⁰¹ Alexander, *supra*, nota p. 128.

¹⁰² Jose Felipe Anderson, «Accountability Solutions in the Consent Search and Seizure Wasteland», *Neb. L. Rev.* Vol. 79, pp. 711, 712-18, 2000; véase también Brignoni-Ponce, 422 U.S. pp. 884-87. En este caso, se permite que la policía tenga en cuenta la raza cuando tiene que decidir si existe una causa probable para sospechar de alguien.

¹⁰³ Véase, en general, David Harris, *Profiles in Injustice: Why Racial Profiling Cannot Work*, New Press, 2002. El autor examina estudios en los que se muestra el sesgo racial que tienen los oficiales de policía cuando llevan adelante procedimientos de control policial.

¹⁰⁴ Véase Jeff Brazil & Steve Berry, «Color of Drivers Is Key to Stops on I-95 Videos», *Orlando Sentinel*, Aug. 23, 1992, p. A1, en: http://articles.orlandosentinel.com/1992-08-23/news/9208230541_1_stop-and-search-sentinel-drivers-stopped.

¹⁰⁵ Véase State c/ Soto, 734 A.2d. 350, 353 n.3, 354 n.6 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1996).

¹⁰⁶ Harris, *supra*, nota 99, p. 80.

Operación Valkiria— apuntaba a un número desproporcionado de latinos, que, a pesar de constituir menos del 8% de la población de Illinois, eran el 30% de los automovilistas que, en su campaña contra las drogas, paraba la policía por infracciones de tránsito menores.¹⁰⁷

También hay sesgo racial en los arrestos que hacen los oficiales de policía por delitos relacionados con drogas. Aunque el número de blancos que consume drogas es mayor que el de negros, es mucho más probable que arresten a negros por esos delitos y que, por lo tanto, su perfil genético termine en bases de datos de ADN.¹⁰⁸ Según confirma la última Encuesta Nacional sobre la Salud y el Consumo de Drogas, que se dio a conocer en febrero de 2010, los jóvenes negros de entre dieciocho y veinticinco años tienen menos tendencia a consumir drogas ilegales que el promedio de la población nacional.¹⁰⁹ Aun así, es doce veces más probable que se envíe a la cárcel a hombres negros por algún delito relacionado con drogas.¹¹⁰ Esta enorme desigualdad racial se debe, en parte, a la decisión deliberada de los departamentos de policía de concentrar sus esfuerzos en combatir las drogas en las zonas marginales de la ciudad, donde vive la gente de color.

¹⁰⁷ David A. Harris, ACLU, «Driving While Black: Racial Profiling on our Nation's Highways», pp. 3, 27-28, 1999, en: <http://www.aclu.org/racial-justice/driving-whileblack-racial-profiling-our-nations-highways>.

¹⁰⁸ Véase «Matching the Picture to the Protest», *Quill*, Mar. 1, 1991, p. 6, 1991 WLNR 4670893.

¹⁰⁹ Véase Nat'l Survey on Drug Use & Health Report, «Substance Use among Black Adults», p. 5, 2010, en: <http://www.oas.samhsa.gov/2k10/174/174SubUseBlackAdults.htm>.

¹¹⁰ Human Rights Watch, «Targeting Blacks: Drug Law Enforcement and Race in the United States», p. 26, 2008, en: <http://www.hrw.org/en/node/62236/section/1>.

Así pues, el aumento de la población carcelaria y su desigualdad racial en las últimas décadas se pueden atribuir en gran parte a la agresiva aplicación de las leyes contra drogas que se realiza en las calles y a las sentencias severas que se dictan contra los delincuentes vinculados con drogas.¹¹¹

La campaña de arrestos por posesión de marihuana que ha tenido lugar en Nueva York en la última década sirve para ilustrar esa terrible situación.¹¹² Desde 1997, el Departamento de Policía de Nueva York (NYPD, por sus siglas en inglés) ha arrestado a 430 000 personas por poseer marihuana en pequeñas cantidades, por lo general, transportada en el bolsillo.¹¹³ Solamente en 2008, la NYPD arrestó y encarceló a 40 300 personas por esa infracción.¹¹⁴ Lo que es aún más alarmante es el nivel de sesgo racial que se evidencia cuando la policía decide a quién arrestar. A pesar de que las investigaciones realizadas por el gobierno muestran constantemente que, de todos los grupos, los jóvenes blancos son los que más consumen marihuana, los que tienen menos probabilidades de ser arrestados son los

¹¹¹ *Id.* p. 16.

¹¹² Harry G. Levine & Deborah Peterson Small, *N.Y. Civil Liberties Union*, «Marijuana Arrest Crusade: Racial Bias and Police Policy in New York City, 1997–2007», p. 5, 2008, en: http://www.nyclu.org/files/MARIJUANA-ARREST-CRUSADE_Final.pdf; Harry G. Levine et al., «Drug Arrests and DNA: Building Jim Crow's Database 6» (June 19, 2008), en: <http://dragon.soc.qc.cuny.edu/Staff/levine/Building-Jim-Crows-Database—Drug-Arrests-and-DNA—Levine.pdf>. (Artículo de investigación no publicado, en el archivo de la autora.)

¹¹³ Harry G. Levine, «The Epidemic of Pot Arrests in New York City», *Alternet* (Aug. 10, 2009), http://www.alternet.org/story/141866/the_epidemic_of_pot_arrests_in_new_york_city/.

¹¹⁴ *Id.*

neoyorquinos blancos.¹¹⁵ En 2008, los blancos constituían alrededor del 35% de la población de la ciudad, pero eran menos del 10% de los arrestados por posesión de marihuana.¹¹⁶ La NYPD se ha dedicado, en cambio, a arrestar a jóvenes negros y latinos. Ese año, la policía arrestó siete veces más negros y cuatro veces más latinos que blancos por posesión de marihuana.¹¹⁷

La estrategia racista de la policía en su lucha contra la marihuana se basa en la práctica habitual de parar, cachear e intimidar a jóvenes negros y latinos. Según Harry Levine, el sociólogo de la Universidad de la Ciudad de Nueva York que puso sobre el tapete la campaña de arrestos: «en 2008, la NYPD efectuó más de medio millón de registros que fueron grabados, y un número desconocido de registros que no fueron grabados, principalmente en barrios negros, latinos y humildes».¹¹⁸ Si bien la ciudad de Nueva York es la «capital mundial de los arrestos por posesión de marihuana», en otras ciudades, como Atlanta, Baltimore, Denver, Houston, Los Ángeles, Filadelfia y Phoenix, también se arresta y encarcela a un sinnúmero de negros y latinos por esa misma razón.¹¹⁹

La ola de arrestos de jóvenes negros y latinos por posesión de marihuana y otros delitos menores —como escaparse del colegio, usar patinetas sin respetar la reglamentación y perturbar la tranquilidad pública con música fuerte— tiene consecuencias devastadoras. Un delincuente que es declarado culpable por primera vez por el delito grave de poseer marihuana en ciertas cantidades tiene antecedentes penales permanentes que le pueden impedir el acceso a un préstamo estudiantil, a un trabajo, a una matrícula profesional, a los cupones de alimentos que brinda el Estado, a los programas de asistencia social o a las viviendas estatales que se alquilan a bajo costo.¹²⁰ Aun si el acusado logra eludir el encarcelamiento cuando comete el primer delito, si es arrestado por segunda vez, se arriesga a recibir una sentencia severa por ser reincidente.¹²¹ Además de la sentencia severa, a la larga lista de consecuencias colaterales causadas por arrestos discriminatorios, ahora también se le agrega toda una vida de vigilancia genética.

Consecuencias perjudiciales de índole racial

Las desigualdades raciales en los bancos de datos genéticos dan lugar a que las comunidades de color sean las más vulnerables a la vigilancia del Estado y las sospechas.¹²² La enorme probabilidad de

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ Id.

¹¹⁷ Id.

¹¹⁸ Id.; véase también Blow, *supra*, nota 94; Ray Rivera et al., «A Few Blocks, 4 Years, 52,000 Police Stops», *N.Y. Times*, July 11, 2010, p. A1, en:

<http://www.nytimes.com/2010/07/12/nyregion/12frisk.html>

¹¹⁹ Levine, *supra*, nota 108; véase también Charles M. Blow, «Smoke and Horrors», *N.Y. Times*, Oct. 22, 2010, p. A19, en:

<http://www.nytimes.com/2010/10/23/opinion/23blow.html>; Bob Herbert, «Anger Has Its Place», *N.Y. Times*, July 31, 2009, p. A15, en:

<http://www.nytimes.com/2009/08/01/opinion/01herbert.html>

¹²⁰ Alexander, *supra*, nota 78, pp. 139-40.

¹²¹ Id. p. 140.

¹²² Obasogie, *supra*, nota 8, p.43.

que a los negros y latinos les extraigan muestras de ADN y las almacenen, agrava más aún las desigualdades raciales que existen ya en el sistema de justicia penal. Las personas cuyo ADN aparece en las bases de datos penales tienen más probabilidades de que las relacionen con la escena de un delito. Si bien una persona culpable no tiene derecho a hacer reclamos, eso no justifica aumentar injustamente el riesgo de que identifiquen a ciertos grupos raciales. Hay mayores probabilidades de que existan perfiles genéticos de negros y latinos en una base de datos debido, en gran medida, a las prácticas policiales discriminatorias.¹²³ Además, las personas cuyo perfil se agrega a las bases de datos de ADN están sujetas a una gran cantidad de errores que pueden dar lugar a que las acusen erróneamente de un delito. A medida que el gobierno federal y cada vez más estados amplían el alcance de la recolección de muestras de ADN e incluyen a inocentes, imponen un riesgo injustificado, sobre todo a las minorías.

El problema no es solo que las personas de color sufren enormemente todos esos perjuicios, sino que los peligros que acarrearán los bancos de datos estatales se multiplican en el caso de los negros y latinos, porque esos grupos ya se encuentran en desventaja cuando enfrentan el sistema de justicia penal. Los negros y los latinos tienen menos recursos que los blancos para cuestionar abusos y errores por parte de los funcionarios de organismos

de seguridad y los analistas forenses.¹²⁴ Son catalogados como delincuentes antes de que se realicen pruebas de ADN; lo que los hace más vulnerables al mito de la infalibilidad del ADN.¹²⁵ Según el periodista Brent Staples, «la experiencia de que lo confundan a uno con un delincuente es prácticamente un rito de pasaje para los hombres afroamericanos».¹²⁶ La raza es uno de los indicadores principales que un número alarmante de estadounidenses utiliza para diferenciar a las personas respetuosas de la ley de las que no lo son.

Muchos estadounidenses, si no la mayoría, creen que los negros son propensos a la violencia y hacen valoraciones racistas sobre el peligro que representan los extraños con quienes se topan.¹²⁷ El informe sesgado por parte de víctimas y testigos oculares blancos de algún delito refleja con claridad que los estadounidenses suponen que los negros son delincuentes.¹²⁸ Los estudios psicológicos indican un porcentaje de error mucho mayor en las identificaciones interétnicas cuando el testigo es blanco y el sospechoso es negro.¹²⁹ Los testigos blancos cometen errores al identificar negros porque

¹²³ Simon A. Cole, «How Much Can Technology Afford? The Impact of DNA Technology on Equal Criminal Justice», *Science & Public Policy*, 34, pp. 95 y 100, 2007.

¹²⁴ Beverly Moran & Stephanie M. Wildman, «Race and Wealth Disparity: The Role of Law and the Legal System», *Race and Wealth Disparities: A Multidisciplinary Discourse*, Beverly Moran ed., pp. 148 y 159, 2008.

¹²⁵ Cole, *supra*, nota 119.

¹²⁶ Brent Staples, «Even Now, There's a Risk in "Driving While Black"», *N.Y. Times*, 14 de junio de 2009, p. A18, en <http://www.nytimes.com/2009/06/15/opinion/15mon4.html>.

¹²⁷ Sheri Lynn Johnson, «Cross Racial Identification Errors in Criminal Cases», *Cornell Law Review*, 69, pp. 934 y 950, 1984.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *Id.*, p. 949.

esperan ver delincuentes negros.¹³⁰ Según Sheri Lynn Johnson, jurista de la Universidad de Cornell, «esa expectativa es tan fuerte que puede ocurrir que los blancos que observan una escena en la que un blanco es el agresor; sin embargo, recuerdan al negro como agresor».¹³¹

En numerosos experimentos llevados a cabo rigurosamente, los psicólogos sociales han documentado la manera en que un sesgo implícito influye en la opinión inmediata de las personas sobre los actos delictivos de otros: preferencias positivas o negativas por una categoría social, como la raza o el género, que están basadas en actitudes y estereotipos inconscientes de los que las personas ni siquiera se dan cuenta.¹³² Por ejemplo, los blancos que tratan de reconocer un objeto borroso en la pantalla de una computadora deciden con mayor rapidez que es un arma después de que se les muestra la cara de un negro.¹³³ Ver la cara de un blanco causa el efecto opuesto.¹³⁴ Los sujetos de una investigación en la que se utiliza un videojuego que simula encuentros con objetivos armados y desarmados tienen una reacción más rápida y más probabilidades de disparar cuando el objetivo es negro.¹³⁵ La asociación implícita entre los negros y el delito es tan fuerte que sustituye a la realidad; predispone a los blancos a ver a los negros como delincuentes. La mayoría de las condenas erróneas se produjeron

después de que los testigos identificaron al acusado erróneamente.¹³⁶ Los bancos de datos en los que se almacenan muestras de ADN extraídas de negros culpables e inocentes por igual van a reforzar y magnificar los estereotipos relativos a la criminalidad de los negros que causan tantas condenas erróneas.

La recolección de muestras de ADN de un gran número de afroamericanos que son solo detenidos, sin pruebas de haber cometido un delito, incorpora el detestable mito de la criminalidad de los negros en las políticas de Estado. Dado que las bases de datos se llenan de muestras de ADN de negros que son detenidos o condenados por delitos menores y dado que sus parientes se convierten también en sospechosos en los estados de la Unión en los que rige la búsqueda familiar; el gobierno trata, en realidad, a todos los negros de muchas comunidades como sospechosos. Pareciera que el gobierno legitima también el mito de que los negros tienen propensión genética a cometer delitos.

En 2010, Kevin Beaver, criminólogo de la universidad del Estado de Florida, publicó un estudio muy difundido en el que se pretendía demostrar que los hombres jóvenes cuyo gen de la monoamino oxidasa A (MAOA) —que la prensa apodó “gen de la agresividad”¹³⁷ — tenía baja actividad

¹³⁰ Id.

¹³¹ Id., p. 950.

¹³² Jennifer L. Eberhardt et al., «Seeing Black: Race, Crime, and Visual Processing, 87», *J. Personality & Soc. Psychology*, pp. 876 y 881, 2004.

¹³³ Id., p. 880.

¹³⁴ Id.

¹³⁵ Id., p. 889.

¹³⁶ Tany Eiserer. «Factual Eyewitness Identifications Leading Cause of Wrongful Conviction», *Dallas Morning News*, 4 de octubre de 2009, 4:55 pm, en <http://crimeblog.dallasnews.com/archives/2009/10/the-case-seemed-rocked-solid.html>.

¹³⁷ La enzima conocida como MAO (monoamino oxidasa) presenta dos formas: MAOA y MAOB. El gen encargado de codificar esta enzima (uMAOA) es funcionalmente polimorfo, es decir, tiene varios alelos

transcripcional tenían mayores probabilidades de integrar bandas que los jóvenes cuya variante del gen MAOA mostraba una actividad alta.¹³⁸ Beaver llegó a la conclusión de que «los portadores de alelos de baja actividad del gen MAOA corren el riesgo de convertirse en integrantes de bandas y, una vez que lo son, corren el riesgo de usar armas en una pelea».¹³⁹ Los ciudadanos, que ya asocian implícitamente a los negros con la violencia, pueden llegar a asociar las investigaciones en las que se pretende demostrar que esos genes llevan a cometer violaciones en grupo y causan agresividad con el encarcelamiento de afroamericanos y con el almacenamiento de perfiles genéticos de afroamericanos, y pueden arribar así a la conclusión errónea de que los negros tienen más probabilidad de poseer características vinculadas con el delito o, incluso, que la mayoría de los negros las tienen concretamente. Los estadounidenses van a volverse más indiferentes aún a la injusticia racial existente en la aplicación de la ley si están convencidos de que los negros deberían estar en la cárcel porque tienen predisposición genética a cometer delitos.

que difieren en el grado de transcripción y actividad enzimática de la MAOA. Se han establecido dos variantes: MAOA-H, de alta actividad transcripcional, y otra de baja actividad transcripcional. Algunos autores manifestaron haber hallado una correlación entre la variante MAOA-H y la impulsividad o la agresividad de los sujetos. De ahí que, en publicaciones sensacionalistas, se haya denominado al gen que codifica la MAOA con la expresión «gen de la agresividad». [N. de la T.]

¹³⁸ Kevin M. Beaver et al., «Monoamine Oxidase A Genotype Is Associated with Gang Membership and Weapon Use», *Comprehensive Psychiatry*, 51, pp. 130 y 132, 2010.

¹³⁹ Id.

Conclusión

A pesar de los prejuicios de índole racial que genera la recolección de datos genéticos, los grupos defensores de los derechos civiles han hecho poco para oponerse a la amenaza que representa la vigilancia genética por parte del gobierno. Esa actitud se debe a un conflicto relacionado con las muestras de ADN. Aunque la tecnología genética está al servicio de un sistema penal injusto, es también la responsable de uno de los mayores éxitos en la reforma de la justicia penal: desde 2010, más de la mitad de las exoneraciones basadas en pruebas de ADN posteriores a la condena (151 de un total de 254) correspondieron a afroamericanos.¹⁴⁰ No hay mejor campaña publicitaria a favor de la recolección de muestras de ADN que las historias apasionantes de personas encarceladas erróneamente y liberadas después de la realización de pruebas de ADN. El criminólogo Simon Cole señala: «a primera vista, las exoneraciones basadas en pruebas de ADN posteriores a la condena son un ejemplo contundente del uso de la tecnociencia para compensar la desigualdad social».¹⁴¹ Las organizaciones de derechos civiles que, en otras condiciones, se habrían manifestado contra la expansión de los bancos de datos de ADN porque implicaba una intromisión en las comunidades de color aceptan, por el contrario, la tecnología genética porque permite exonerar a las víctimas del sistema. Sin embargo, aunque parece que los bancos de datos de ADN

¹⁴⁰ Innocence Project, «Facts on Post-Conviction DNA Exonerations», 7 de febrero de 2011, en www.innocenceproject.org/Content/Facts_on_PostConviction_DNA_Exonerations.php.

¹⁴¹ Cole, *supra*, nota 119, p. 99.

podrían disminuir el encarcelamiento masivo, en este artículo se sostiene que, en realidad, lo más probable es que esos bancos aumenten el encarcelamiento masivo y agraven sus consecuencias colaterales.

Los adalides de la justicia racial que apoyan la expansión de los bancos de datos de ADN o que no se pronuncian a favor ni en contra de ellos no deberían cometer el error de aceptar la tecnología genética sin analizar el papel total que cumple en el sistema de justicia penal.¹⁴² Aunque las muestras de ADN pueden remediar injusticias cuando se las utiliza estrictamente para verificar la culpabilidad o la inocencia de un sospechoso, la vigilancia genética masiva que presenciamos hoy en día amenaza con profundizar las raíces raciales de las injusticias que, precisamente, deben remediarse. Las condenas erróneas son un síntoma de nuestro sistema de justicia penal al estilo “Jim Crow”, sesgado sistemáticamente contra los negros y los latinos.¹⁴³ La creación de una base de datos de esta índole con los perfiles genéticos de negros y latinos no hace más que acentuar esta farsa de justicia, lo que constituye otra consecuencia colateral de la injusticia penal y afianza una biopolítica racial peligrosa.

¹⁴² Véase Joel Stonington, «State All-Crimes Databank Proposed», *Wall Street J.*, 2 de Junio de 2010, p. A25, en <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703961204575280732811781468.html>. En este artículo se cita a funcionarios electos, como el gobernador David Paterson y el presidente Barack Obama, que están a favor de expandir la recolección de muestras de ADN.

¹⁴³ Cole, *supra*, nota 119, p. 100.

APÉNDICE I: CUADRO EXPLICATIVO DE LAS LEYES QUE SE MENCIONAN EN EL TEXTO

NOMBRE DE LA LEY	TRADUCCIÓN	EXPLICACIÓN
<i>DNA Identification Act of 1994</i>	<i>Ley de identificación mediante ADN (1994)</i>	<i>Autoriza la creación de una base de datos genéticos nacional y centralizada (CODIS), en la cual se archivan los perfiles genéticos de presos, criminales, personas arrestadas y personas desaparecidas, entre otros.</i>
<i>Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996</i>	<i>Ley contra el terrorismo, que promueve la aplicación efectiva de la pena de muerte (1996)</i>	<i>Establece medidas para combatir el terrorismo y modifica el recurso de habeas corpus del que disponen los condenados a muerte para pedir la revisión de su sentencia. Con esta ley, se acelera el proceso judicial a fin de hacer cumplir efectivamente la pena de muerte.</i>
<i>Crime Identification Technology Act of 1998</i>	<i>Ley de tecnologías destinadas a la identificación de delincuentes (1998)</i>	<i>Provee fondos a los estados para que incorporen tecnologías nuevas y actualicen los sistemas de información que se utilizan en las investigaciones penales.</i>
<i>USA PATRIOT Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism)</i>	<i>Ley para unir y fortalecer a Estados Unidos mediante los instrumentos adecuados y necesarios para interceptar y obstruir el terrorismo (2001)</i>	<i>Esta ley fue aprobada después de los ataques terroristas que ocurrieron el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. Incorpora medidas para prevenir el terrorismo y luchar contra él de diversas maneras. Por ejemplo, modifica las leyes sobre la interceptación de las comunicaciones, sobre el lavado de dinero como fuente de financiamiento del terrorismo y sobre la inmigración.</i>
<i>Justice for All Act of 2004</i>	<i>Ley de justicia para todos (2004)</i>	<i>Otorga nuevos derechos a las víctimas de un delito y a sus familiares para que tengan más participación durante el proceso judicial.</i>
<i>DNA Fingerprint Act of 2005</i>	<i>Ley de huellas genéticas (2005)</i>	<i>Autoriza la recolección de muestras genéticas de personas arrestadas y reglamenta la eliminación de muestras de las bases de datos.</i>

<i>Violence Against Women Act</i>	<i>Ley sobre la violencia contra las mujeres</i>	<i>Establece programas de prevención, protección y contención en casos de violencia de género.</i>
<i>DNA and Forensic Identification Database and Databank Act</i>	<i>Ley sobre bases y bancos de datos para identificación forense y genética de delincuentes</i>	<i>Regula la recolección y el manejo de muestras genéticas en California.</i>
<i>Proposition 69, the DNA Fingerprint, Unsolved Crime, and Innocence Protection Act</i>	<i>Proposición 69, ley sobre huellas genéticas, delitos no resueltos y protección de inocentes</i>	<i>Además de ampliar el espectro de personas obligadas a entregar una muestra de ADN, permite que se utilicen pruebas genéticas para resolver casos abiertos y lograr la exoneración de inocentes condenados por error.</i>
<i>Electronic Communications Privacy Act of 1986</i>	<i>Ley de privacidad en las comunicaciones electrónicas (1986)</i>	<i>Protege la privacidad de los ciudadanos: impone restricciones a las escuchas telefónicas y prohíbe la interceptación de comunicaciones privadas excepto en casos especiales relacionados con delitos.</i>
<i>Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968</i>	<i>Ley de control integral del delito y la seguridad (1968)</i>	<i>Provee financiamiento a los estados para que mejoren sus programas de prevención y lucha contra el delito, y brinden mayor capacitación a los agentes de seguridad.</i>