

PARÁMETROS EUROPEOS DE LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL USO DE DATOS DE ADN EN EL PROCESO PENAL

Por

HELENA SOLETO¹

Profesora de Derecho Procesal, Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia,
Instituto Alonso Martínez.

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Procesal 38 (2016)

RESUMEN: Los perfiles obtenidos a partir del ADN de personas investigadas o condenadas son un instrumento de utilidad para la averiguación y enjuiciamiento de los delitos. Se abordan en este artículo los dos marcos de referencia europeos sobre limitación a derechos fundamentales en relación con el uso de perfiles de ADN en el proceso penal; por un lado, el creado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, por otro, los principios básicos de la normativa existente y en preparación de la Unión Europea. Posteriormente, se abordan las exigencias establecidas por estos dos marcos en la limitación de derechos fundamentales en las diferentes etapas de tratamiento del perfil de ADN: recogida de la muestra, análisis genético de la muestra, inclusión del perfil en la base de datos y búsqueda en la base de datos e intercambio de perfiles.

PALABRAS CLAVE: ADN, TEDH, cooperación, Derechos fundamentales, perfil genético, base de datos.

SUMARIO: 1. Derechos Fundamentales y ADN. 2. Sistemas de Protección de los Derechos Fundamentales. 2.1. Sistemas Nacionales. 2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.3. Unión Europea. 2.3.1. La Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. 2.3.2. La Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. 2.3.3. El Proyecto de Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes con fines de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos o la ejecución de las sanciones penales, y la libre circulación de estos datos. 3. Limitaciones de los derechos fundamentales y uso de datos genéticos en el proceso penal. 3.1. Primera etapa: recogida de la muestra. 3.1.1. Requisitos objetivos. 3.1.2. Requisitos subjetivos. a) Relación del sujeto con la finalidad de la medida. b) Estatus del sujeto pasivo. c) El sujeto menor de edad. 3.1.3. Muestra a recoger: sangre u otras muestras. 3.2. Segunda etapa: análisis genético de la muestra. 3.3. Tercera etapa: inclusión del perfil genético en la base de datos. 3.3.1. Requisito mínimo de proporcionalidad en la limitación de

¹ ORCID id 0000-0001-8283-7354. Ex asesora de la Comisión Española de Uso Forense de ADN. Experta asesora de Europol. Trabajo realizado en el marco del proyecto financiado por el MEC La convicción del tribunal sobre la identificación del imputado: prueba científica versus prueba testifical

derechos. 3.3.2. Conexión entre almacenamiento e investigación. 3.3.3. Personas absueltas. 3.3.4. Menores. 3.3.5. Personas condenadas con anterioridad a la creación de la base de datos. 3.4. Cuarta etapa: búsqueda en la base de datos e intercambio de perfiles . 3.4.1. Búsqueda por las autoridades. 3.4.2. Intercambio de datos. 3.4.3. Búsqueda de familiares. 4. Conclusiones.

EUROPEAN STANDARDS THAT LIMIT FUNDAMENTAL RIGHTS DATA ON USE OF DNA IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ABSTRACT: DNA profiles are a useful tool for the investigation and prosecution in the criminal procedure. The two European reference framework for limitations of fundamental rights in the use of DNA profiles in criminal proceedings are discussed in this article: on the one hand, the one created by the jurisprudence of the European Court of Human Rights and on the other, the basic principles on the regulation of the European Union, even the Directive in project. Subsequently, the requirements established by these two frameworks in limiting fundamental rights at different stages of treatment of the DNA profile addresses have been studied: sample collection, genetic analysis of the sample, inclusion of the profile in the database and the search in the database and exchange of profiles between authorities.

KEY WORDS: DNA, ECHR, information exchange, fundamental rights, genetic profile, database.

1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ADN

Cuando nos aproximamos al uso forense penal del ADN surge en primer lugar la reflexión sobre la eventual injerencia en los derechos humanos o derechos fundamentales del individuo.

Durante la toma de la muestra, su análisis y posterior registro del perfil en la base de datos, diferentes derechos fundamentales son susceptibles de sufrir intromisión. Entre estos derechos encontramos, por ejemplo, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a no ser sometido a tratos degradantes, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a la privacidad familiar junto con el de no inculpar a descendientes o familiares en general, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (más evidente cuando se trata de menores) y el derecho a la determinación informativa².

² Vid. ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal, 2000, así como en CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?, 2013, Dykinson. En esta obra señala “el tránsito del derecho a la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos”, y la evolución expansiva de esta materia.

SOLETO MUÑOZ, H, La identificación del imputado, 2009, así como ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R, El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales (1) Diario La Ley, N° 8283, Sección Doctrina, 1 Abr. 2014, entre otros.

DOLZ LAGO considera que ningún derecho fundamental es afectado por la toma de muestras de ADN “cuando se hace a meros efectos identificativos”. ADN y derechos fundamentales (*Breves*

Como hemos mencionado, la recogida de muestras de un sospechoso, detenido o acusado representa la primera de varias posibles infracciones de los derechos fundamentales. No obstante, hay que subrayar que la toma de muestras con el fin de extraer ADN ha recaído tradicionalmente en la misma categoría que las búsquedas externas o las búsquedas de carácter intrusivo, en las que se requiere una intervención física diferente, en función del grado de invasión que requiera la toma de la muestra.

En consecuencia, puede decirse que los derechos fundamentales amenazados en la primera de las etapas de la que nos ocuparemos, esto es, la toma de la muestra, serían el derecho a la integridad física y moral, el derecho a no ser sometido a tratos degradantes, el derecho a la intimidad y, por último, el derecho a la no autoincriminación.

Cabe señalar la no afectación del derecho a la integridad física por la recogida de muestras de saliva o de cabellos, muestras que en la actualidad se configuran como las más comúnmente empleadas para extraer el perfil genético, a diferencia de otras formas de intervención física.

En cuanto al derecho a no ser sometido a tratos degradantes, es evidente que el procedimiento en sí no puede dañar la dignidad de la persona, siempre que el mismo se lleve a cabo en un contexto de respeto al ciudadano.

Con respecto a la autoinculpación, presentar muestras de ADN para su posterior análisis genético es equiparable a las pruebas de medición del índice de alcohol o análisis de sangre y, en ambos casos la jurisprudencia nacional e internacional no lo estima susceptible de afectación al derecho a la no autoincriminación. Esta fue la cuestión estudiada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso X. c. los Países Bajos (no. 8239/78, de 4 de Diciembre de 1978). La Comisión reconoce en esta ocasión que el sometimiento a análisis de sangre no constituye *per se* una presunción de culpabilidad en contra de lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 2 del Convenio Europeo sobre la Protección de los derechos humanos y las Libertades Fundamentales³. Como los resultados de la prueba pueden resultar positivos o negativos, esto puede significar "*ventaja o desventaja para el acusado*".

En conclusión, se puede decir que sólo "el derecho a la intimidad y derecho a la autodeterminación informativa e identidad génica podrían resultar afectados por la toma de muestras de ADN"⁴.

Dado que la mayoría de las constituciones, actas y convenciones reconociendo derechos en los países desarrollados del mundo son anteriores al desarrollo tecnológico

notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN —frotis bucal— a detenidos e imputados) Diario La Ley, N° 7774, 12 Ene. 2012

³ Convenio para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales, Consejo de Europa, 1950, hub.coe.int.

⁴ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal, 2000.

que ha permitido la investigación con perfiles de ADN, no suelen recoger manifestaciones expresas de derechos que han venido a llamarse “de última generación”, como el derecho a la autodeterminación informativa. Por ello, han sido otras normas menores, la doctrina, y, sobre todo, la jurisprudencia nacional y de tribunales internacionales, concretamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las vías de descripción de estos derechos.

En este sentido, la doctrina reflexiona sobre la naturaleza de este derecho a la autodeterminación informativa, sea como derecho autónomo característico de la Sociedad de la información, o como parte del derecho a la intimidad en su vertiente positiva, en el que se integraría un poder de control sobre las informaciones que afectan a la intimidad⁵.

Una vez que el perfil de ADN se remite a la base de datos para su incorporación en la misma, surgen cuestiones aún más complejas que por la propia recogida de la muestra, en tanto entrarían además en juego el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a la privacidad familiar junto con el de no incriminar descendientes o familiares en general, el derecho de los niños al libre desarrollo de su personalidad y el derecho a la autodeterminación informativa.

2. SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. Sistemas nacionales

El análisis genético y almacenamiento de los datos con fines de investigación penal es una actividad reciente en los países europeos, podemos situar su origen a finales de siglo, punto a partir del cual ha ido progresivamente adquiriendo una mayor importancia de la mano de los desarrollos tecnológicos actuales.

La protección de los Derechos Humanos, y en especial del derecho a la privacidad, ha experimentado un notable desarrollo en paralelo a los avances tecnológicos, que suponen también nuevas amenazas para los derechos fundamentales del individuo tal y como hasta ahora los conocíamos⁶.

Para ser admitida como prueba, la muestra de ADN debe ser recogida de acuerdo con las reglas del proceso penal establecidas en la legislación nacional, que determina quién y en qué condiciones puede ser recogida la muestra. Es importante tener en

⁵ LÓPEZ ORTEGA, J. J. La tutela de la intimidad genética en la investigación penal (a propósito de la

STC 199/2013 y la SAP Sevilla 650/2013) en CASADO, M y GUILLÉN, M. Coords.,
, 2014.

⁶ GALÁN JUÁREZ, M., “Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005

cuenta las variaciones en la política criminal de los países europeos, de manera que también podrán observarse diferencias en cuanto a las garantías que rodean la recogida de la muestra.

El estado de la cuestión en cuanto a los perfiles de ADN y bases de datos genéticos es igualmente diferente en cada uno de los países de la Unión Europea; hay países como Reino Unido con una estrategia muy definida de acumulación de perfiles, y otros que han preferido limitar las situaciones en las que una muestra ha de ser tomada, analizada y empleada en el proceso penal, como sería el caso de Alemania.

La mayoría de los países con un nivel de desarrollo mayor han optado por la moderación en sus legislaciones, estableciendo normas para preservar el derecho a la intimidad. Sin embargo, al mismo tiempo surge la necesidad de compartir perfiles con el fin de prevenir y perseguir la delincuencia entre territorios cercanos y en los que resulta complicado establecer algún tipo de control sobre la circulación de los ciudadanos⁷.

La colaboración entre los países en cuestiones como la prevención y la investigación de delitos ha sido una prioridad para la Unión Europea, muestra de ello es el desarrollo de sistemas de intercambio de información que han ido evolucionando desde SIS hasta el intercambio reforzado del Tratado de Prüm⁸.

2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Desde la segunda mitad del siglo XX, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido un papel preponderante en la evolución de la legislación y jurisdicción de los países europeos, resolviendo casos inter estatales, pero sobre todo, ocupándose de las demandas individuales de los ciudadanos contra los países en violación de la

⁷ Sobre la evolución de la regulación española y los últimos proyectos de ley vid. GÓMEZ AMIGO, L., La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN (1), Diario La Ley, Nº 8324, 3 de Junio de 2014, así como CASTILLEJO MANZANARES, R., La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal, Diario La Ley, Nº 8213, 17 Dic. 2013. Véase asimismo CABEZUDO BAJO, «Fiabilidad y licitud de la prueba de ADN en la UE y en España», en PÉREZ GIL, *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, Madrid, 2012, así como La regulación del «uso forense de la tecnología del ADN» en España y en la UE: Identificación de cinco nuevas cuestiones controvertidas, *Revista General de Derecho Procesal*, no 26, 2012. RICHARD GONZÁLEZ, M., analiza las exigencias jurisprudenciales españolas en la toma de la muestra en Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia, Diario La Ley, Nº 8445, 19 de Diciembre de 2014.

⁸ Vid. SOLETO H y FIODOROVA A, DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection, in *Utrecht Law Review*, Vol. 10, 1, January 2014, así como AGUILERA RUIZ, L, La protección del dato de ADN en la Unión Europea y en España, en CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 2013, Dykinson, así como SOLETO, H, DNA Data in Criminal Procedure in the European Fundamental Rights Context *Recent Advances in DNA and Gene Sequences*, 2014, vol. 8.

Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmada en Roma en 1950⁹.

El Consejo de Europa es una organización en la que se integran 47 países europeos que firmaron el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, 28 de sus estados miembro son también parte de la Unión Europea. El número de violaciones de la Convención y el grado de cumplimiento de las resoluciones del Tribunal puede variar mucho en función de cada país, no obstante, la mayoría hacen cumplir las resoluciones en lo que concierne a su legislación nacional, y en cualquier caso, la jurisprudencia del TEDH es siempre una fuente de gran valor para legisladores y jueces.

En cuanto a los derechos que pudieran verse afectados por el uso de datos genéticos, en el artículo 5 de la Convención Europea de los Derechos Humanos queda recogido el derecho a la libertad y a la seguridad, en el artículo 6 el derecho a un juicio justo, y en el artículo 8 se contempla el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

En concreto, el artículo 5 reza que *"toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (...) (c) si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido"*.

La limitación del derecho a la libertad en lo que concierne al ADN permitiría la detención de los ciudadanos sólo cuando exista una sospecha razonable de la comisión del delito, excluyendo detenciones arbitrarias o detenciones generales para la posterior extracción de ADN.

El artículo 6, en cuanto al derecho a un juicio justo, declara la presunción de inocencia, el derecho a ser informado de la naturaleza de la acusación y el derecho a la asistencia jurídica, derechos que se han de tener en cuenta incluso en el inicio de un juicio justo.

El artículo 8 impide la violación de la vida privada y familiar, incluyendo el hogar y la correspondencia personal de los ciudadanos con la posible limitación *"en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos"*.

⁹ Art. 19 del CEDH: *"Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...)"*.

La excepción en el derecho a la vida privada y familiar ex art. 8 de la Convención Europea parece ser bastante grande y flexible, e introduce el concepto de idoneidad o necesidad de la limitación del derecho, desarrollado por la Corte y las jurisdicciones nacionales a través de la idea de "*proporcionalidad*".

El contenido de la Convención Europea se corresponde con un sistema de derechos humanos que podemos calificar de muy avanzado en el contexto de 1950; sin embargo, hoy en día, teniendo en cuenta la gran transformación de las relaciones y los procedimientos debido en parte a la evolución de la tecnología¹⁰, la Convención resulta ya insuficiente.

Hasta la fecha, ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien ha venido desarrollando la interpretación de la Convención, introduciendo nuevos conceptos relacionados con los cambios sociales. Como el Magistrado español del TEDH, LÓPEZ GUERRA aclara, el TEDH es la Corte europea de derechos humanos más importante e insiste en la necesidad de adaptar el Convenio a la sociedad y la eficacia de los derechos que el Tribunal tendrá en cuenta en sus resoluciones el soft law desarrolladas en este ámbito¹¹.

El soft law vendría determinado, de acuerdo con la sentencia S. Marper c. Reino Unido (nos. 30562/04 Y 30566/04, 2008), por el régimen de protección de datos previsto en el Convenio nº 108 del Consejo de Europa (Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal) y la Recomendación N. R(87)15, sobre el uso de datos personales en el ámbito policial o la Recomendación nº R(92)1 relativa al uso del ADN en el marco del sistema de justicia penal.

2.3. Unión Europea

En lo relativo al ADN y a la investigación penal, la Unión europea cuenta con una serie de normas vinculantes para los países miembros. Entre estas disposiciones señalamos la Carta de los Derechos Fundamentales, que forma parte del marco jurídico vinculante de la Unión Europea desde 2010, y mantiene una visión muy actual de los Derechos Fundamentales, llegando a incluso a referirse a la "tercera generación derechos humanos". Muestra de ello es su artículo 8, el cual incluye nuevos derechos relacionados con la protección de datos: "*1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo*

¹⁰ PÉREZ GIL, J. (Coor.), El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito, La Ley, Madrid, 2012.

¹¹ LOPEZ GUERRA L, Soft law y sus efectos en el ámbito del derecho europeo de los derechos humanos, Teoría y Derecho, Tirant lo Blanch, 11/2012, 151-166.

leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Por su parte, el artículo 6 establece el derecho a la libertad y la seguridad y el artículo 7 recoge el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones.

Según el artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se permiten limitaciones de derechos fundamentales siempre que sea " (...) *respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*".

En el artículo 16 apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea enuncia el derecho a la protección de datos: *“Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.”*

La Directiva de Protección de datos no se aplica al ámbito policial y de justicia penal¹², en el que es aplicable la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

2.3.1. La Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

Como requisitos básicos para todos los Estados, en la Decisión 977 se establece en su artículo 3 los *“Principios de licitud, proporcionalidad y finalidad*:

1. Las autoridades competentes solo podrán recoger datos personales con fines determinados, explícitos y legítimos en el marco de sus funciones y solo podrán tratarlos para el mismo fin con el que se hayan recogido. El tratamiento de los datos deberá ser lícito y adecuado, pertinente y no excesivo con respecto a los fines para los que se recojan.

2. Se autorizará el tratamiento posterior para otros fines en la medida en que:

a) el tratamiento no sea incompatible con los fines para los que se recogieron los datos;

b) las autoridades competentes estén autorizadas a tratar los datos para tales

¹² Handbook on European data protection law, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2014, 199.

otros fines con arreglo a la normativa aplicable, y

c) el tratamiento sea necesario para ese otro fin y proporcionado a él.

Las autoridades competentes podrán también tratar posteriormente los datos personales transmitidos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre que los Estados miembros dispongan las garantías adecuadas, como la disociación de los datos.”

Se hace referencia a cuestiones como el la supresión de los datos, vinculada a la no necesidad por la finalidad para los que se recogió o trató (art. 4), la necesidad de establecimiento de plazos adecuados de supresión y la comprobación periódica de la necesidad de la conservación (art. 5).

Se vuelve en el artículo 8 al control de la calidad de los datos pero ya en relación con la transmisión de éstos a otras autoridades¹³.

En la misma Decisión, en el artículo 11 se aborda el tratamiento de datos personales transmitidos o puestos a disposición por otro Estado miembro, incluyéndose exigencias relativas a los principios de necesidad, finalidad y proporcionalidad¹⁴.

También se establecen los principios de confidencialidad (art. 21) y seguridad en el tratamiento (art. 22).

En el artículo 12 se dispone que las limitaciones nacionales de tratamiento se han de respetar por el Estado al que se transmiten los datos.

En el artículo 13, sobre Transferencia a autoridades competentes de terceros Estados y a organismos internacionales se realizan exigencias razonables de necesidad, proporcionalidad y oficialidad.

2.3.2.

Más concretamente, en relación con la cuestión de que la información obtenida pueda tener el valor de prueba en otro Estado, se aprobó
2008/978/JAI del Consejo, relativa al exhorto europeo (EEP).

¹³ FIODOROVA, Anna, DNA for Crime Investigation: European Co-Operation Model, en *Recent Advances in DNA and Gene Sequences*, 2014, 8, 2014, se refiere a la importancia de la alta calidad de los datos a efectos de su transmisión, así como al alto coste económico para los países que intenten desarrollar los sistemas adecuados para participar en intercambios.

¹⁴ SARRIÓN ESTEVE, J., , considera que el criterio de necesidad coloca la cuestión de la cancelación de los datos al criterio de utilidad que mantenga el país receptor, lo que puede generar problemas.

Este mecanismo se limita a la entrega de información que ya esté en poder de la entidad solicitada.

Como mejora en la colaboración de los Estados se está diseñando un sistema más integrado, y así se ha aprobado en 2014 la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la Orden E

. En la Directiva, cuya fecha límite de trasposición 22 de mayo de 2017, se regula la posibilidad de solicitar información a otro Estado con el fin de que tenga valor probatorio. Entre esta información se describe expresamente en el artículo 10.2 la solicitud de informaciones que obren en poder de la autoridad del Estado requerido o en bases de datos accesibles para ésta:

*, de conformidad con el Derecho nacional,
as pruebas hubieran podido obtenerse
en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la OEI;*

poder de las autoridades

;

Estas solicitudes gozan de un tratamiento privilegiado, ya que se restringen los motivos de denegación del reconocimiento (por ejemplo se elimina la exigencia de doble incriminación y gravedad de los delitos, art. 11.2).

En relación con los principios que puedan afectar las órdenes sobre datos, en el considerando 42 se hace referencia al principio de necesidad, proporcionalidad, finalidad, oficialidad y confidencialidad.

2.3.3. El Proyecto de Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes con fines de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos o la ejecución de las sanciones penales, y la libre circulación de estos datos.

En la primavera del 2014 el Parlamento aprobó la propuesta de Directiva en primera lectura la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2014 sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes con fines de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos o la ejecución de las sanciones penales, y la libre circulación de

estos datos (COM(2012)0010 - C7-0024/2012 - 2012/0010 (COD)), procedimiento legislativo que el Parlamento pretendería finalizar a finales de 2015.¹⁵

Esta nueva Directiva en trámite desde 2014 y durante 2015 sustituiría la Decisión 977 -de forma análoga a la mejora y simplificación que ha supuesto la Directiva de 2014 de la Orden de Investigación respecto a la Decisión 978- y podría regular no sólo la cooperación transfronteriza, si no también el procesamiento interno de las muestras y la utilización de los datos.

El texto en trámite de 2015 contiene numerosas propuestas de enmienda que afectan a prácticamente toda la regulación, siendo mucho más pormenorizado y extenso; así, se incluyen requisitos relativos a las entidades que procesan los datos, asumiendo su naturaleza privada en muchos casos, la transmisión a terceros países u organizaciones internacionales, con control de la Comisión sobre la capacidad de dicho tercero en la protección de los datos personales y se establecen mecanismos de control y supervisión del cumplimiento de lo contenido en la Directiva.

Los principios recogidos en la primera propuesta y, sobre todo, en las propuestas de modificación de 2015 son mucho más detallados que en la decisión: se abordan principalmente, siguiendo el orden con el que tratamos los momentos de limitación de derechos, una serie de principios.

1. Recogida: Principio de necesidad en sentido estricto, esto es, relación con un fin (si bien con excepciones en las enmiendas, cuando fuera necesario en una sociedad democrática), necesidad y proporcionalidad
2. Tratamiento: Principios de legalidad, transparencia (esta última en las enmiendas), calidad, confidencialidad y de responsabilidad de las autoridades
3. Almacenaje: Principio de transparencia: derecho de acceso efectivo, necesidad (en enmiendas), provisionalidad (en enmiendas), seguridad
4. Transmisión: Principio de necesidad, seguridad, competencia.

A diferencia de la Decisión de 2008, en las enmiendas propuestas por el Parlamento en 2015 se regula expresamente la cuestión de los datos genéticos, estableciendo requisitos mucho más estrictos que en el régimen general en relación con el principio de proporcionalidad y necesidad: sólo se podrán tratar para delitos graves contra la vida, integridad o seguridad de las personas, el almacenamiento durante plazos estrictamente

¹⁵ De acuerdo con la información ofrecida en junio de 2015 en http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/displayFtu.html?ftuld=FTU_5.12.8.html (visitado septiembre 2015)

determinados por el Estado, con mayor flexibilidad para los datos de muestras dubitadas, y los datos han de servir a efectos de identificación, excluyéndose datos codificantes.¹⁶

3. LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y USO DE DATOS GENÉTICOS EN EL PROCESO PENAL

Ya hemos analizado en el apartado primero cuáles son los derechos fundamentales susceptibles de limitación e infracción en el marco del uso de datos de ADN en el proceso penal. Si analizamos la posible violación de los derechos en atención al momento en el que pueden tener lugar estas injerencias durante la investigación y el enjuiciamiento penal, podemos distinguir, al menos, cuatro momentos distintos¹⁷:

En primer lugar, cuando se toma muestra de ADN,

En segundo lugar, cuando esa muestra es analizada.

En tercer lugar, los derechos de los ciudadanos pueden verse limitados cuando se remiten los resultados de ese análisis para incluirlos en las bases de datos creadas al efecto.

En cuarto lugar, cada vez que los datos se utilizan en una búsqueda, incluida la transmisión a otro país.

¹⁶ *Artículo 8 bis: Tratamiento de datos genéticos para una investigación penal o un procedimiento judicial*

1. *Los Estados miembros velarán por que los datos genéticos sólo puedan utilizarse para establecer un vínculo genético en el marco de la presentación de pruebas, la prevención de una amenaza para la seguridad pública o la prevención de la comisión de un delito específico. Los datos genéticos no pueden ser utilizados para determinar otras características que puedan estar vinculadas genéticamente.*

2. *Los Estados miembros dispondrán que los datos o información genéticos derivados de su análisis sólo puedan ser retenidos durante el tiempo necesario para los fines para los que se procesan los datos y cuando el interesado haya sido condenado por delitos graves contra la vida, la integridad o la seguridad de personas, siendo objeto de los estrictos períodos de almacenamiento que determine la ley del Estado miembro.*

3. *Los Estados miembros velarán por que los datos genéticos y la información que se derive de su análisis sólo se almacene durante períodos más largos cuando los datos genéticos no se puedan atribuir a un individuo, particularmente cuando se encontró en la escena de un crimen.*

Traducción del inglés de la autora.

¹⁷ SOLETO MUÑOZ, H., y ALCOCEBA GIL, J., 'Protección de datos y transferencia de perfiles de ADN', en CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 2013, pág. 328, distinguen estas cuatro fases, mientras que CABEZUDO BAJO, *Assessment of the DNA data protection system in the European framework (The lack of data level protection harmonisation at and between the international, european and national levels)*, en CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 2013, pág. 61, distingue tres fases: la recolección de la muestra, el análisis en el laboratorio y el procesamiento en la base de datos.

En cada una de estas etapas la limitación a los derechos será diferente dependiendo de si el análisis se realiza respecto a una persona conocida (muestra indubitada) o respecto a un material dejado por un desconocido (muestra dubitada), ya que, cuando el perfil de ADN se obtiene a partir de la escena del crimen o de la víctima, se desconoce la identidad del dueño de la muestra y por lo tanto no hay necesidad de mantener un alto nivel de salvaguarda de los derechos del propietario.

Vamos a analizar los principios que las instituciones europeas mantienen en sus normativas y decisiones para intentar establecer cuáles son los requisitos exigibles a las normativas y prácticas de los Estados de la UE en materia de datos de ADN en el marco del proceso penal.

3.1. Primera etapa: recogida de la muestra

La jurisprudencia del TEDH y las diferentes normas vigentes y en tramitación de la UE establecen que en la primera fase de tratamiento de datos de ADN, las medidas limitativas de derechos fundamentales en relación con la toma de muestras de ADN para la investigación en el proceso penal han de respetar los principios de finalidad, necesidad, y proporcionalidad.

3.1.1. Requisitos objetivos

El **principio de finalidad**, o vinculación de los datos a la finalidad para la que fue recogido, es un principio que podríamos llamar “de última generación”, relacionado con el derecho a la protección de datos y autodeterminación informativa.

Este principio se recoge en la Decisión de 2008 de la UE, en el art. 3: “solo podrán recoger datos personales con fines determinados, explícitos y legítimos en el marco de sus funciones y solo podrán tratarlos para el mismo fin con el que se hayan recogido”, así como en el proyecto de Directiva de 2015. La excepción a este principio también se recoge en ambos cuerpos, justificándose a su vez en el principio de legalidad y proporcionalidad; sí se podrán usar los datos para otros fines si estuviera contemplado normativamente y fuera necesario y proporcionado, haciéndose referencia en las modificaciones de 2015 al concepto acuñado por el TEDH de la necesidad en una sociedad democrática.

Además, la posible futura Directiva, de acuerdo con su la redacción de primavera de 2015 podría recoger especificidades mayores en relación con el principio de finalidad respecto de los datos genéticos, permitiendo su tratamiento “*en el marco de la*

presentación de pruebas, la prevención de una amenaza para la seguridad pública o la prevención de la comisión de un delito específico” (art. 8a).¹⁸

La doctrina acuñada por el TEDH en relación con el **principio de proporcionalidad** ha sido asimilada por el legislador europeo, recogándose en la Decisión de 2008, la Directiva de 2014 y el proyecto de Directiva de 2015¹⁹.

En el artículo 3 de la Decisión se afirma que *“El tratamiento de los datos deberá ser lícito y adecuado, pertinente y no excesivo con respecto a los fines para los que se recojan.”*

Respecto de las especificaciones sobre datos de ADN en las modificaciones solicitadas por el Parlamento en 2015 en la tramitación de la Directiva, se dispone en el artículo 8 bis que sólo se podrán tratar datos de ADN en relación con delitos graves contra la vida, integridad o seguridad de las personas. Esta redacción es probablemente demasiado estrecha para el tratamiento que se hace en muchos países de los datos de ADN; la denominación de “grave” puede ser demasiado compleja en los distintos países y por lo tanto no es probable que algunos Estados, a través de la Comisión, apoyen esta regulación.

La gravedad del acto que presuntamente ha cometido una persona es un elemento de proporcionalidad muy claro, y desde el principio del siglo XXI la legislación de los países de la Unión Europea permite la toma de muestras biológicas para la investigación penal, quedando la recogida limitada, en la mayoría de estas legislaciones, a la gravedad del delito.

Reino Unido cuenta con la legislación más amplia en este sentido, en cuanto permite la recogida de muestras de detenidos para ser registradas en el sistema si el delito que se investiga es de los catalogados. Cabe señalar que en la actualidad la mayoría de los delitos son de esta naturaleza, lo que facilita la recogida masiva de muestras.

3.1.2. Requisitos subjetivos

¹⁸ En relación con la base de datos española, vid. MARTÍNEZ PARDO, V.J., La base de datos del ADN y su eficacia en el proceso, Revista Internauta de Práctica Jurídica, Núm. 28, año 2012, así como DE HOYOS SANCHO, M., Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm 35

, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia en CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?, 2013, Dykinson

¹⁹ Principio excelentemente desarrollado por ETXEBERRÍA GURIDI en datos de A CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), Las bases de datos policiales de ADN..., ob. Cit.

a) Relación del sujeto con la finalidad de la medida

El principio de proporcionalidad y de finalidad exigiría que el sujeto objeto de la medida restrictiva guardara cierta relación con la finalidad de la recogida de la muestra, esto es, que se recogiera la muestra con el fin de investigar el delito del que al menos es sospechoso de haber cometido.

La relación de un sujeto con una finalidad investigativa es difusa en las exigencias de la UE, es decir, si un sujeto comete un delito grave de los que no dejan restos físicos, ¿es legítimo obtener una muestra de ADN?. En principio, si interpretamos el principio de finalidad de forma estricta, no debería ser posible, pues para la investigación de este delito no es preciso. Sin embargo, a ningún investigador escapa el interés de tener el máximo de datos de personas que presumiblemente delinquen, con el fin de resolver otros casos pasados o futuros.

Entiendo que esta cuestión ha ido evolucionando, y que la normativa europea sobre datos en el proceso penal está haciéndolo al ritmo de las necesidades de los Estados y sus ciudadanos, estableciéndose una finalidad genérica y no sólo restringida al caso concreto. Así, en el artículo 1 de la Decisión de 2008 se hace referencia a la finalidad de la limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos: “ *la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de sanciones penales*”.

b) Estatus del sujeto pasivo

Es cuestionable si a una persona, en principio no imputada o encausada por un delito, ha de someterse a la toma de muestras de ADN, o si, por el contrario, es exigible que tenga un estatus determinado, de sospechoso, investigado, imputado o acusado²⁰.

Hasta la fecha la regulación UE no ha entrado a regular esta cuestión, y de acuerdo con la Decisión de 2008, se deja a los Estados la cuestión de la regulación de este detalle, dinámica que cambiaría de aprobarse el artículo 8ª del proyecto de Directiva de 2015.

La exigencia de que el sujeto pasivo de una diligencia de investigación de ADN se encuentre en un estatus distinto al de ciudadano “inocente” se puede interpretar como

²⁰ Nuestra doctrina ha desarrollado estos términos: la normativa sobre bases de datos de ADN ya introdujo el estatus de sospechoso entre los posibles que pudiera sufrir el sujeto pasivo de una investigación en la LO 10/2007, tornándose a partir de las reformas de 2015 en el plano penal y procesal una importante variación, sustituyéndose el concepto de imputado por el de encausado en los proyectos de ley del Ministerio de Justicia, y éste, otra vez, por el de investigado a partir de las modificaciones en el Senado.

una exigencia de proporcionalidad, y en general los Estados han sido prudentes en la regulación de esta materia.

La legislación antiterrorista inglesa es un ejemplo de una regulación muy permisiva, aún más que su legislación general en este sentido: en virtud de lo dispuesto en el anexo 7 de la Ley antiterrorista británica (2000), la policía no necesita esgrimir ningún motivo razonable para detener una persona que entra en Reino Unido y realizar un examen, tomando muestras de ADN y huellas dactilares²¹.

Durante la primavera de 2013, un caso que trata precisamente esta cuestión (Sabure Malik c. REINO UNIDO -ref. 32968/11) ha sido aceptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuya argumentación el Gobierno se muestra favorable a razonabilidad y conveniencia de esta normal²².

En el proyecto de Directiva de 2015 se recoge en el artículo 8a una exigencia quizá demasiado alta: que *“el interesado haya sido condenado por delitos graves contra la vida, la integridad o la seguridad de personas”*. Evidentemente, este requisito de haber sido condenado es excesivo, y limitaría, en caso de aprobarse, la actividad de investigación y prevención policial.

En España, así como en la mayoría de los países el criterio de proporcionalidad ha quedado cubierto en parte por haber conectado la posibilidad de la toma de muestras e incorporación de perfiles en bases de datos con la gravedad del delito que se investiga y con la consideración, al menos, de sospechoso de la persona investigada.

c) El sujeto menor de edad

Ante la posibilidad de tomar muestras de ADN en el marco de la investigación y el proceso penal de personas que son menores de edad o incapaces, nos cuestionamos en primer lugar si ello es posible y en su caso, con qué garantías.

²¹ El párrafo 8 permite que un policía tome una muestra no íntima de la persona detenida en virtud de lo dispuesto en el Anexo 7, con el correspondiente consentimiento por escrito o sin él si se encuentra detenido en una comisaría de policía y un oficial de policía con al menos la categoría de superintendencia autoriza la toma de la muestra o se le ha declarado culpable de un delito registrable con posterioridad al 10 Abril de 1995. El texto original del párrafo 7 reza que *“a person commits an offence if wilfully obstructs, or seeks to frustrate, a search or examination under or by virtue of this Schedule”, and shall be liable to imprisonment not exceeding three months and/or a fine not exceeding level 4 on the standards scale*”.

²² El Gobierno del Reino Unido ha emprendido una consulta pública, y uno de los cambios deseados de los consultados fue la limitación de la facultad para tomar muestras íntimas de ADN. ANDERSON D, *The terrorism Acts in 2012: Report of the Independent Reviewer on the operation of the Terrorism Act 2000 and Part 1 of the Terrorism Act 2006*, London: The Stationery Office, 2013, 105 (143).

En el Reino Unido la toma de muestras biológicas a menores es una práctica muy extendida a pesar de la edad del detenido; sin embargo, la mayoría de los países no cuenta con una regulación específica al respecto, quizá por lo controvertido del tema.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad aplicable en esta materia, es evidente que debería ser posible tomar estas muestras y su procesamiento, si bien con las garantías adecuadas.

El caso de los menores, tal como se ha pronunciado el TEDH en el famoso caso *Marper* contra RU, el simple hecho de encontrarse los datos en una base puede representar una más grave intromisión en la vida personal que para un adulto, además, la falta de capacidad para entender y consentir en medidas que pueden tener unas consecuencias difícilmente entendibles, es necesario aplicar garantías adicionales, tales como el complemento al consentimiento del niño por sus padres, tutor o abogado defensor, o autorización judicial, y siempre con la condición de que la toma de muestras se realice en relación con la investigación de un delito grave y el almacenamiento de los datos se realice en una base separada de los adultos y con vigencia limitada como máximo a la mayoría de edad del sujeto.

3.1.3. Muestra a recoger: recogida de sangre u otras muestras

Por lo general, la muestra utilizada para el análisis proviene de un hisopo impregnado en saliva, pero en ocasiones, los investigadores utilizan otros medios para obtener un perfil, como por ejemplo, material genético procedente de una muestra de sangre.

En algunos países, cuando el sospechoso se niega a aportar una muestra el tribunal podría decidir la toma de la muestra (este es el caso de Alemania o España). En esos casos el consentimiento del sospechoso es sustituido por autorización judicial, y si la recogida de la muestra tiene lugar en una atmósfera de respeto al sistema de derechos fundamentales, no cabría inferir obstáculo alguno para la validez de la muestra y los datos obtenidos a partir de ella. El TEDH describe otras garantías en el caso *Boyce* c. Irlanda (n. 8428/09, 2012): el sospechoso tuvo oportunidad durante el procedimiento nacional de cuestionar la autenticidad de la muestra y la imparcialidad de la admisión de la misma y los perfiles de ADN, y donde los tribunales nacionales podrían haber excluido las pruebas de ADN si se hubiera considerado que su admisión hubiese dado lugar a desequilibrios en el proceso.

La misma solución se puede dar cuando se ordena el análisis de una muestra abandonada, como puede ser el caso de una colilla de cigarrillo, un cepillo, un vaso, etc., y el sospechoso tiene la oportunidad de impugnar la autenticidad de la muestra y la legitimidad de su admisión.

3.2. Segunda etapa: análisis genético de la muestra

Por lo general, se acepta que el análisis y el almacenamiento del material genético con fines de identificación queda limitado al llamado ADN no codificante, ya que en general se argumenta que los análisis de ADN no buscan desvelar otro tipo de información.

Lo cierto es que el desarrollo de los análisis de ADN permite describir características externas de la persona, y la inclusión de esas características podría vulnerar alguna de las disposiciones europeas sobre derechos humanos. Así, en la Decisión de 2008 se hace referencia a la exclusión de los “datos sensibles” en el artículo 6, sobre tratamiento de categorías especiales de datos, donde se establece que sólo se permitirá el procesamiento de datos que revelen origen racial o étnico cuando sea estrictamente necesario y si el Derecho nacional establece garantías adecuadas.

En el proyecto de Directiva de 2015 se establecen límites análogos en el artículo 8^a1. en la redacción propuesta por el Parlamento, y se concreta la cuestión en relación con los datos genéticos, detallándose la “disociación” de los datos y su contenido no codificante: *“Los Estados miembros velarán por que los datos genéticos sólo puedan utilizarse para establecer un vínculo genético en el marco de la presentación de pruebas, la prevención de una amenaza para la seguridad pública o la prevención de la comisión de un delito específico. Los datos genéticos no pueden ser utilizados para determinar otras características que puedan estar vinculadas genéticamente”*.

Parece que esta regulación es demasiado exigente, pues es práctica habitual que se establezca al menos el sexo junto al perfil de ADN, y que además se puedan estudiar datos codificantes de perfiles dubitados.

Igualmente, la inclusión de datos relativos a informaciones médicas puede contravenir las disposiciones de la Convención Europea, específicamente el artículo 8 o el artículo 14 (prohibición de discriminación).

3.3. Tercera etapa: inclusión del perfil genético en la base de datos

El TEDH considera que el almacenamiento de material celular es aún más peligroso para el derecho a la privacidad que el acopio de perfiles de ADN, sobre todo teniendo en cuenta que el análisis del material celular puede revelar muchos más datos personales de los inicialmente hallados. Aún así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado muy favorable a la creación de bases de datos con los perfiles de ADN:

“el Tribunal considera que la finalidad de la medida en cuestión es la de ayudar a la solución de crímenes, incluyendo llevar a los perpetradores ante la justicia, ya que, con la ayuda de la base de datos, la policía puede ser capaz de identificar a los autores de

los delitos más rápidamente, y para contribuir a una menor tasa de reincidencia, ya que una persona, consciente de que su perfil de ADN es incluido en una base de datos nacional, puede sentirse disuadida de cometer nuevos delitos. El Tribunal considera que, desde este punto de vista, la Ley sólo emplea a la condena del solicitante como un criterio por medio del cual él podría ser identificado como una persona que se ha demostrado capaz de cometer una infracción de cierta gravedad, en lugar de que la medida en cuestión sea concebida como un intento de infligir un castigo sobre él en relación con los delitos en particular por la que se le ha condenado" (caso Van der Velden v. Los Países Bajos -ref. 29514/05, 2006).

En la normativa en tramitación de la UE se reflejan, para esta etapa, los principios de legalidad, transparencia (esta última en las modificaciones del Parlamento), derecho de acceso efectivo, calidad, confidencialidad, seguridad y de responsabilidad de las autoridades

3.3.1. Requisito mínimo de proporcionalidad en la limitación de los derechos fundamentales

Entre las previsiones europeas se incluye el respeto al principio de proporcionalidad, lo que significa tal y como especifica el TEDH en el caso Gardel c. Francia (no. 16428/05, 2009), que las disposiciones para tomar y guardar perfiles de ADN no deben sobrepasar el margen aceptable de reconocimiento en "el justo equilibrio entre la competencia privada y el interés público en juego".

En el caso Peruzzo y Martens c. Alemania (Nos. 7841/08 Y 57900/12, 2013) el Tribunal consideró que la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 se justifica si:

1. Está prevista en la ley. En el caso Van der Velden c. los Países Bajos, el Tribunal considera que la limitación de los derechos "*de conformidad con la ley*" no valida el procedimiento de forma automática, también dependerá de la "*calidad de la ley en cuestión, que debería ser accesible a la persona de que se trate y previsible en cuanto a sus efectos*".

2. Tiene un objetivo legítimo, como sucede en el caso Peruzzo y Martens c. Alemania, y en el ya mencionado S. y Marper c. el Reino Unido, en tanto los perfiles sirven el objetivo legítimo de la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades de los demás, motivo que resultaría suficiente para mantener los datos.

3. Es necesario en una sociedad democrática. En el caso Peruzzo y Martens

c. Alemania y en el caso *Connors c. el Reino Unido* (n. 66746/01, 2004) el Tribunal explica que "este requisito se cumple si la interferencia en juego responde a una necesidad social apremiante" y, en particular, si es proporcionada al objetivo legítimo perseguido y, si las razones alegadas por las autoridades nacionales para justificarlo son "pertinentes y suficientes".

La normativa de la UE sigue de cerca la doctrina del TEDH y se recogen, sobre todo en el proyecto de Directiva de 2015, estas exigencias de proporcionalidad (Considerando 33, artículo 7a, artículo 11 y 13).

Los requerimientos que hemos señalado en los apartados anteriores sobre proporcionalidad son igualmente aplicables en esta etapa.

3.3.2. *Conexión entre almacenamiento de la muestra e investigación*

En su decisión del caso *Van der Velden c. los Países Bajos* el TEDH afirmó que si la compilación y el mantenimiento de un perfil de ADN sirve a los objetivos legítimos de la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades de los demás, se puede almacenar incluso si "*no desempeñó un papel en la investigación y el enjuiciamiento de los delitos cometidos*".

En la misma línea, en el caso *S. Marper c. Reino Unido* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que mientras que la recogida original de la muestra de ADN tiene el objeto de vincular una persona concreta con un crimen en particular, la retención de material celular y del perfil genético "*persigue el objetivo general de prestar ayuda en la determinación de futuros delincuentes*"²³.

Como señalábamos en el apartado correspondiente a la fase de toma de la muestra, la finalidad general de persecución de delitos e incluso de prevención es acogida en la normativa de la Unión Europea, con lo que parece que no es preciso que sea necesaria la toma de la muestra para la investigación concreta en cuyo marco se toma.

3.3.3. *Personas absueltas*

Una muy controvertida cuestión en el ámbito de los perfiles de ADN está relacionada con el almacenamiento de material celular y los perfiles de ADN que pertenecen a personas absueltas. La legislación de algunos países (Bélgica, Hungría, Irlanda, Italia y Suecia) contempla la necesidad de destruir dicha información después de haber recaído sentencia absolutoria. Otros países (Alemania, Luxemburgo, los Países Bajos) permiten

²³ S. y Marper c. Reino Unido.

la retención de los perfiles de ADN en el caso de que existan aún sospechas acerca de la persona o si son útiles para nuevas investigaciones en casos diferentes²⁴.

En caso *S. Marper c. Reino Unido* el TEDH entiende como injustificada la ilimitada retención de datos, pudiendo resultar en una violación del derecho a la intimidad.

El proyecto de Directiva de 2015 recoge varias exigencias a las que ya nos hemos referido que probablemente no sean aprobadas finalmente: que el perfil sea de condenados, y que se limite temporalmente la inclusión en las bases de datos (art. 8a2).

Probablemente, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, los datos de personas absueltas por falta relación con el hecho investigado deberían ser eliminados de la bases lo antes posible, mientras que en el resto de los casos dicho principio se respetaría estableciendo un plazo susceptiblemente menor que para los condenados.

3.3.4. Menores

A nadie escapa, dado el especial tratamiento que tiene el enjuiciamiento de menores y los intereses en juego, que el régimen de almacenamiento de perfiles de ADN pertenecientes a menores de edad debe tener especialidades respecto al régimen de almacenamiento para el caso de adultos. La opción más satisfactoria sería la creación de una base de datos especial que contuviese exclusivamente perfiles genéticos de menores, a condición de que éstos se eliminen cuando se alcance la mayoría de edad. Del mismo modo, el almacenamiento de los perfiles debe ser automáticamente excluido cuando los menores no han sido condenados o se declaren inimputables (no sujetos a enjuiciamiento) y, en caso de que sean procesados, los archivos deberían recibir un tratamiento especial.

En el caso *S. Marper c. Reino Unido*, el Tribunal también se ocupa de la conservación de los perfiles de ADN de los menores. El relato de los hechos explica cómo se toma una muestra biológica a S., cuando el mismo contaba con 11 años de edad, como parte de una investigación por intento de robo. Pese a que el menor resultó absuelto, su perfil de ADN y las muestras biológicas se pretendían mantener en custodia de manera indefinida, en contra de la voluntad del interesado. El TEDH estableció que los menores deben ser protegidos de cualquier efecto perjudicial que pueda resultar de la retención por parte de las autoridades de sus datos privados con posterioridad a una sentencia absolutoria.

3.3.5. Personas condenadas antes de la creación de la base de datos

²⁴ *Ibid.*

Como consecuencia del principio de no retroactividad, es discutible si el mantenimiento de los perfiles de ADN de las personas condenadas antes de la creación de la base de ADN respeta las exigencias europeas de Derechos Humanos. Es generalmente aceptado que no es posible castigar una actividad no ilegal en el momento de la comisión; sin embargo, la inclusión del perfil genético en una base de datos puede no ser igual a un castigo, y así se pronuncia el TEDH en el caso *Gardel c. Francia*, en el que, de acuerdo con el Consejo Constitucional francés el Tribunal señala que *"la medida en cuestión constituye una medida de orden público más que una sanción"*, y que *"el registro de delinquentes sexuales está diseñado para evitar que las personas que han cometido delitos sexuales o crímenes violentos reincidan y para asegurar que estas personas puedan ser identificados"*.

En el caso *Van der Velden c. los Países Bajos*, el Tribunal consideró que *"en el momento en que la interferencia con el derecho a privacidad del demandante tuvo lugar, la ley ya había adquirido vigencia, y la medida en cuestión se establece con claridad en los términos de la ley"*²⁵.

Es evidente, entonces, que la inclusión de los perfiles de las personas condenadas antes de la creación de la base de datos no contraviene la protección de los Derechos Humanos del artículo 7 de la Convención, y en el mismo sentido, en el artículo 8a del proyecto de Directiva de 2015 se hace referencia a "condenados" como sujetos pasivos de la toma de muestras.

3.4. Cuarta Etapa: búsqueda en la base de datos y el intercambio de datos

3.4.1. Búsqueda por parte de las autoridades

Como el propio TEDH define en el caso *Gardel c. Francia*, las bases de datos que contienen marcadores genéticos sólo deberían ser consultadas por autoridades obligadas a un deber de confidencialidad y, en determinadas circunstancias, como una consecuencia del principio de proporcionalidad.

La normativa de la UE se refiere a la calidad de los datos en el artículo 17 y 18, a la responsabilidad en el artículo 20, al principio de confidencialidad en el artículo 21 y a la seguridad en el 22 de la Decisión de 2008, así como en el proyecto de 2015, que añade el de competencia.

²⁵ Los argumentos de la Corte conectan con la tradicional teoría procesal, que prevé que los casos en los que no se observa un castigo para los acusados, no están sujetos al principio de no retroactividad, ya que el derecho procesal es aplicable en el momento de su validez para todo el mundo. Por lo general, cada norma procesal establece normas transitorias para aclarar el tratamiento de las situaciones que tienen lugar antes de la vigencia de la ley.

3.4.2. Intercambio de los datos

Esta limitación antes mencionada ha de ser igualmente respetada cuando la base de datos es accesible a oficiales de otros países o cuando los datos se comparten a través de los distintos canales de cooperación²⁶.

Evidentemente, en Europa pueden observarse diferentes regulaciones sobre ADN y sobre cómo se recopilan los datos genéticos, cuestión que puede suponer ciertos problemas de eficacia del proceso penal.

De la misma manera, los diferentes niveles de protección de los derechos fundamentales en la obtención y tratamiento de un perfil podría obstaculizar la validez de esos datos en otro país.

La cooperación entre los países se basa, generalmente, en el respeto mutuo y en el reconocimiento de las decisiones judiciales pactadas en convenios bilaterales o multilaterales, así como en la legislación específica de cooperación entre estados miembros de la Unión Europea. El intercambio de perfiles de ADN está regulado en una legislación especial y, por lo general, subscribe la coincidencia o no coincidencia de los perfiles de las bases de datos nacionales con la posibilidad de solicitar datos personales y demás información disponible sobre la investigación penal, la detención o el procesamiento de los sospechosos.

Los instrumentos específicos que posibilitan la cooperación entre las autoridades de los países europeos definen los requisitos, el procedimiento y consecuencias del acceso a los datos, sin contravenir los derechos fundamentales en la etapa de intercambio.

Los principios que informan el intercambio en el marco de la Unión Europea se regulan en la Decisión de 2008, y son responsabilidad, confidencialidad y seguridad.

En el proyecto de Directiva, los principios que afectan esta fase son los de calidad de los datos, de competencia para el tratamiento de datos, el principio de necesidad para la transmisión y de confidencialidad y seguridad para las entidades depositarias de los datos.

3.4.3. Búsqueda de familiares

Llevar a cabo una búsqueda en la base de datos por las autoridades nacionales que resulten competentes cumple la finalidad natural de la base de datos y por lo tanto, dicha acción estaría justificada, siempre y cuando se lleve a cabo respetando criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

²⁶ SOLETO MUÑOZ, H., y ALCOCEBA GIL, J. ,Protección de datos y transferencia de perfiles de ADN, en CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?, 2013, Dykinson pp. 325-344

Es muy discutible si los criterios de razonabilidad y proporcionalidad excluirían las llamadas “family search”, práctica policial habitual. En términos de protección europea de los derechos fundamentales, el respeto de la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 de la Convención podría verse vulnerado a consecuencia de estas búsquedas, y por ello anular la prueba en el procedimiento, no obstante, el Tribunal no se ha ocupado aún de esta cuestión, y en la normativa de la UE tampoco existen referencias a la cuestión²⁷.

4. CONCLUSIONES

Si bien los datos de ADN son generalmente un instrumento útil para la investigación de los delitos que suponen una amenaza para la seguridad de la sociedad, es cierto que su utilización también supone algunas limitaciones de los derechos fundamentales.

En los países europeos, la tutela de los derechos humanos ha estado en una constante evolución, si bien ha experimentado un descenso en los niveles de protección desde los atentados de comienzos del siglo XXI.

Es evidente que en la mente de la sociedad en general, al igual que en el caso de los legisladores y la doctrina, la protección de los derechos humanos, en sus múltiples manifestaciones y en especial en lo concerniente a la libertad, se ha restringido en favor de la seguridad, y así, las limitaciones del derecho a la intimidad son asumidas por la sociedad en la última década como un mal menor en comparación con la posibilidad de un ataque a la seguridad de la sociedad.

Esta evolución se ve claramente reflejada en las legislaciones nacionales de los distintos países europeos, que se han ido flexibilizando en torno a la utilización de datos de ADN de procedimiento penal.

Con la recogida, análisis, almacenamiento y posterior utilización de materiales celulares y perfiles de ADN, estamos asistiendo a limitaciones o incluso violaciones de algunos derechos fundamentales. Las legislaciones nacionales y el derecho internacional establecen que algunos de los derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, no son absolutos y pueden sufrir limitaciones en aras de la seguridad pública, siempre con obediencia al principio de proporcionalidad.

En Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se configura como la principal autoridad en lo que a derechos humanos se refiere y cumple un papel fundamental en el

²⁷ MURPHY, E., *Familial searches of DNA databases en CABEZUDO BAJO*, M^aJ. (Coor.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 2013, Dykinson, apunta que Reino Unido, Nueva Zelanda y Estados Unidos es práctica generalizada, y que se observa interés por otros países en seguirla, mientras que en el otro extremo, Canadá prohíbe la práctica basándose en criterios de privacidad.

desarrollo de la doctrina de los derechos fundamentales, contribuyendo a crear un modelo para legisladores y jueces de cada país europeo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace hincapié en que las limitaciones de los derechos fundamentales han de respetar el principio de proporcionalidad y necesidad.

En cuanto a las bases de datos de ADN, el TEDH cuenta con una serie de resoluciones muy valiosas que delimitan el marco mínimo de requisitos que deben observar legisladores e instituciones, contribuyendo a la definición de un marco común en Europa, habida cuenta de la carencia de normas homogéneas para la recopilación y gestión de datos genéticos con fines de investigación y procesamiento.

Hasta el momento, la cooperación entre las autoridades de los Estados Miembros de la UE se basa en la compatibilidad de las bases de datos nacionales, que posibilitan el acceso directo a los perfiles de ADN desvinculados de datos de carácter personal. Uno de los proyectos en curso en 2015 de las instituciones europeas es establecer una regulación específica de los datos relativos a la policía y el sistema de justicia, así como trabajar en el desarrollo de una regulación mínima para los procedimientos internos.

El proceso legislativo no se presenta como un camino sencillo, teniendo en cuenta la existencia de opiniones y visiones muy diferentes sobre la materia, si bien, en todo caso parece que al menos unos principios básicos de necesidad, legalidad, proporcionalidad, transparencia, calidad, confidencialidad, seguridad, competencia y de responsabilidad de las autoridades habrán de ser exigibles.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RUIZ, L, La protección del dato de ADN en la Unión Europea y en España, en CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 2013, Dykinson

ANDERSON D, *The terrorism Acts in 2012: Report of the Independent Reviewer on the operation of the Terrorism Act 2000 and Part 1 of the Terrorism Act 2006*, London: The Stationery Office, 2013, 105 (143).

CABEZUDO BAJO, MJ, «Fiabilidad y licitud de la prueba de ADN en la UE y en España», en PÉREZ GIL, J, *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, Madrid, 2012.

- La regulación del «uso forense de la tecnología del ADN» en España y en la UE: Identificación de cinco nuevas cuestiones controvertidas, *Revista General de Derecho Procesal*, no 26, 2012

- Assessment of the DNA data protection system in the European framework (The lack of data level protection harmonisation at and between the international, european and national levels), en CABEZUDO BAJO, M^ªJ. (Coor.), Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?, 2013, Dykinson

CASTILLEJO MANZANARES, R., La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal, Diario La Ley, N° 8213, 17 Dic. 2013

DE HOYOS SANCHO, M., Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm 35, enero/abril 2010.

- , registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia en CABEZUDO BAJO, M^ªJ. (Coor.), Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?, 2013, Dykinson

DOLZ LAGO, ADN y derechos fundamentales (*Breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN —frotis bucal— a detenidos e imputados*) Diario La Ley, N° 7774, Sección Doctrina, 12 Ene. 2012

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal, 2000.

- CABEZUDO BAJO, M^ªJ. (Coor.), Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?, 2013, Dykinson

FIODOROVA, Anna, DNA for Crime Investigation: European Co-Operation Model, en *Recent Advances in DNA and Gene Sequences*, 2014, vol. 8.

GALÁN JUÁREZ, M., "Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho", Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005

GÓMEZ AMIGO, L., La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN (1), Diario La Ley, N° 8324, Sección Doctrina, 3 de Junio de 2014

LOPEZ GUERRA L, Solf law y sus efectos en el ámbito del derecho europeo de los derechos humanos, Teoría y Derecho, Tirant lo Blanch, 11/2012.

LÓPEZ ORTEGA, J. J. La tutela de la intimidad genética en la investigación penal (a propósito de la STC 199/2013 y la SAP Sevilla 650/2013). en CASADO, M y GUILLÉN, M (coords.), , 2014.

MARTÍNEZ PARDO, V.J., La base de datos del ADN y su eficacia en el proceso, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Núm. 28 año 2012

MURPHY, E, *Familial searches of DNA databases* en CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 2013, Dykinson.

PÉREZ GIL, J. (Coor.), *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012.

RICHARD GONZÁLEZ, M., *Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia*, *Diario La Ley*, N^o 8445, 19 de Diciembre de 2014.

SARRIÓN ESTEVE, J., La garantía del plazo de cancelación de datos en el intercambio de perfiles de AND en la Unión Europea, en CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 2013, Dykinson.

SOLETO H y FIODOROVA A, *DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection*, in *Utrecht Law Review*, Vol. 10, 1, January 2014.

SOLETO MUÑOZ, H., y ALCOCEBA GIL, J. ,*Protección de datos y transferencia de perfiles de ADN*, en CABEZUDO BAJO, M^aJ. (Coor.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 2013, Dykinson.

SOLETO, H, *DNA Data in Criminal Procedure in the European Fundamental Rights Context Recent Advances in DNA and Gene Sequences*, 2014, vol. 8.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R, *El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales* (1) *Diario La Ley*, N^o 8283, Sección Doctrina, 1 Abr. 2014

Handbook on European data protection law, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2014, 199.