

INFORME “El tiempo de los derechos”, núm.4

BASES DE DATOS POLICIALES DE ADN CON FINES DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS EN TORNO A LA LEY ORGÁNICA 10/2007, DE 8 DE OCTUBRE, DE BASE DE DATOS POLICIAL DE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL AND.



Informe elaborado dentro del Programa “El Tiempo de los derechos”, Consolider-Ingenio 2010, por el Grupo HI13 de la Universidad de Vigo en el marco del Proyecto de investigación “Bases de datos policiaais de ADN. Especial referencia á loita contra o terrorismo” (Ref. PGIDIT07PXIB381177PR), financiado por la Xunta de Galicia.
Diciembre 2009.

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN DEL EQUIPO:

Dirección:

Ana Garriga Domínguez.Universidad de Vigo

Coordinación:

Susana Álvarez González.Universidad de Vigo.

MIEMBROS DEL EQUIPO:

Investigadores del grupo HI13 de la Universidad de Vigo: Ana Garriga Domínguez, Pablo Raúl Bonorino Ramírez, Susana Álvarez González y Rosa María Ricoy Casas.

I. INTRODUCCIÓN. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	3
II. BASES DE DATOS POLICIALES DE ADN: LA LEY ORGÁNICA 10/2007, DE 8 DE OCTUBRE.....	8
III. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS.....	13

I. INTRODUCCIÓN. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.

El ADN es diferente en cada persona, la distingue y la singulariza dentro de un grupo de personas, más o menos amplio, pero, al mismo tiempo que la diferencia, permite establecer su vinculación con otros sujetos, es decir, conocer en qué grupo familiar encaja¹. En 1985 el genetista británico Alec Jeffreys, junto a otros investigadores, empezó a hablar de “DNA fingerprints” o huella genética², para referirse al perfil genético³, esto es, a la información que proporciona el estudio de ciertas regiones del ADN características de cada el individuo. Tras el gran avance que en la individualización del sujeto supuso el uso de las huellas dactilares a finales del siglo XIX, el ADN con fines de identificación se ha alzado como el mecanismo más seguro y preciso, aceptado “*universalmente (tanto) en el ámbito de la investigación biológica de paternidad o maternidad como en la resolución de casos criminales*”⁴. Y ello, porque cada individuo posee un código genético exclusivo que es posible individualizar a través de muestras biológicas mínimas. Las características particulares de la información genética, especialmente su singularidad e inalterabilidad, los convierten en la una poderosa herramienta de identificación⁵; herramienta que, en combinación, con la tecnología de la información, posibilita auténticos sistemas biotecnológicos de control social⁶.

La obtención de este tipo de datos genéticos para la identificación del sujeto presenta un doble aspecto que debe ser tenido en cuenta en su análisis. Por un lado, la identificación a través de estas técnicas se ha convertido en el elemento más útil y preciso para demostrar la vinculación biológica entre personas o para determinar la culpabilidad o inocencia de un individuo en el ámbito penal. Por otro, al igual que sucede con las demás pruebas genéticas, la obtención del perfil genético puede incidir en los derechos fundamentales del individuo, tanto en la obtención de la muestra biológica, que constituye una medida de intervención corporal, como en la realización del análisis de ADN sobre las muestras obtenidas, con incidencia en la vida privada del individuo. Por este motivo, la doctrina especializada habla de la “Paradoja

¹ LORENTE ACOSTA, J.A.: “Identificación genética criminal: importancia médico legal de las bases de datos de ADN”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.): *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Comares, Granada, 2002, p. 1.

² DONALD SHAPIRO, E.: “DNA Data Banking: The Dangerous Erosion of Privacy”, *Cleveland State Law Review*, vol. 38, 1990, p. 457.

³ En este contexto, la expresión “perfil genético” está utilizada como sinónimo de los términos “huella genética” o “perfil de ADN”.

⁴ LORENTE ACOSTA, J.A.: “Identificación genética criminal: importancia médico legal de las bases de datos de ADN”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.): *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, ob.cit., p. 3.

⁵ Vid. *Documento de trabajo sobre datos genéticos* del Grupo de Protección de Datos del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, de 17 de marzo de 2004.

⁶ “El uso de las huellas genéticas por sí solo tiene una aplicación limitada para la detección criminológica. Sólo cuando estos datos se almacenan, transmiten y recuperan electrónicamente se convierten en una herramienta poderosa de identificación”. Por este motivo, como señala Lyon, difícilmente sorprende la defensa por parte de ciertos Parlamentos de creación de un sistema de identificación electrónica de alcance nacional en combinación con la identificación genética. LYON, D.: *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de la vigilancia*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 83.

del Proyecto Genoma Humano” para explicar cómo un proyecto, fruto de la libertad -libertad de ciencia y del derecho a la investigación y a la producción científica- puede constituir, tal y como señala el profesor Peces-Barba Martínez, una amenaza “*para la persona y sus derechos, que genera a su vez necesidad de nuevas protecciones y de nuevos derechos*”⁷. Su protección exige que los análisis de ADN y la obtención de datos genéticos sólo puedan autorizarse en supuestos concretos legalmente recogidos. Al respecto, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 8, apartado segundo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho (a la vida privada), en tanto en cuanto ésta no esté prevista por ley. Será necesario, por tanto, el desarrollo de un marco legal adecuado que otorgue respuesta a los aspectos fundamentales de la utilización de los análisis y la obtención de los datos genéticos “*con el doble propósito de aprovechar al máximo los avances científicos que se han producido en esta área del conocimiento científico, así como al mismo tiempo garantizar la protección de...derechos fundamentales de la persona*”⁸.

El primer requisito, por tanto, para poder realizar un análisis de ADN para la obtención de una huella genética será la existencia de una disposición legal que así lo permita. La Recomendación (1992) 1 sobre la utilización de análisis de ácido desoxibonucleico (ADN) dentro del marco de la Administración de la justicia penal, aprobada por el Comité de Ministros de 10 de febrero de 1992, así lo recoge al señalar que la toma de muestras para el análisis de ADN deberá realizarse de conformidad con los requisitos determinados en el Derecho nacional, incluida, en su caso, la autorización expresa de una autoridad judicial. También, las normas internacionales que contienen disposiciones aplicables a la obtención de datos genéticos con fines médicos, si bien no incluyen dentro de su ámbito las pruebas realizadas con el objetivo de obtener el perfil genético de un individuo, sí recogen constantes referencias a las mismas, remitiendo su regulación a la legislación interna. Así, el artículo 12 de la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003, contiene una previsión expresa sobre la indagación genética con fines de identificación: “*cuando se recolecten datos genéticos humanos o datos proteómicos humanos con fines de medicina forense o como parte de procedimientos civiles o penales u otras actuaciones legales incluidas las pruebas de parentesco, la extracción de muestras biológicas, in vivo o*

⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: “*La libertad del hombre y el Genoma*”, en *El Derecho ante el Proyecto Genoma*, vol. I, Fundación BBV con la colaboración de Universidad de Deusto-Diputación Foral de Biskaia, Bilbao, 1994, p. 202.

⁸ GARCÍA, O. y ALONSO, A.: “*Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento en la investigación policial*”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.): *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, ob.cit., pp. 27-28.

post mortem, sólo debería efectuarse de conformidad con el derecho interno, compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos". Por su parte, la Recomendación (97) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos prevé la posibilidad de obtención de datos genéticos con fines judiciales, siempre y cuando una ley específica ofrezca las medidas de salvaguarda adecuadas⁹.

Dicha disposición legal ha de estar fundamentada en un interés suficientemente relevante que ampare la limitación del derecho fundamental. En este punto puede servir de referencia el artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997, que de forma indirecta, se refiere a la posibilidad de que se autorice mediante disposición legal la realización de las pruebas genéticas destinadas a obtener tal perfil cuando su realización constituya una medida necesaria para la seguridad pública, prevención de infracciones penales o la protección de los derechos de terceros; medidas que podrían justificar la autorización por ley de la realización de pruebas destinadas a la indagación sobre el perfil genético del individuo, bien para establecer un determinado parentesco, cuya fundamentación estaría amparada en la protección de los derechos de otras personas, bien para la identificación de personas incurso en una investigación criminal, cuya justificación podría fundamentarse en la protección de la seguridad pública o prevención de infracciones penales¹⁰. Es por ello que, en principio, cualquier tipo de intervención o indagación sobre el genoma humano está subordinada al consentimiento previo, informado y libre del sujeto¹¹. El problema surge cuando éste no otorga su consentimiento para la toma de la muestra y para su análisis, puesto que el consentimiento informado constituye un requisito para cualquier actuación médica y, por tanto, también para la práctica de una prueba de ADN. En estos supuestos, será la ley la que determine la posibilidad de obtención de la muestra, la realización del análisis de ADN y los requisitos necesarios para su validez¹².

⁹ Punto 4.8 de la Recomendación (97) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos.

¹⁰ Al respecto, Vid. memoria explicativa del Convenio. Puntos 152 y 153.

Reitera este texto, lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que considera estas causas como legítimas y con relevancia social para la limitación del derecho a la vida privada, si bien elimina entre las causas justificativa de limitación del derecho el bienestar económico y la defensa del orden público; finalidades ambas que parecen excesivas para determinar la obtención de un perfil genético.

¹¹ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: "La ausencia de garantías en las bases de datos de ADN en la investigación penal", en *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, Ararteko, 2003, p. 106.

¹² LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: "La identificación mediante ADN en el proceso penal", en DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R. (Dir.): *El Genoma Humano y el Derecho*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 59.

En el ámbito de la justicia penal hasta la aprobación de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹³ no existía en el Ordenamiento jurídico español ninguna ley que de forma expresa permitiese la realización de pruebas genéticas con fines de identificación criminal. Existieron, no obstante, algunos intentos de regulación como fue la presentación de la proposición de Ley 122/0000090, de 21 de febrero de 1995, cuyo objeto era el desarrollo legislativo de la cuestión tanto en el ámbito penal como civil, que fue rechazada; proyecto que fue retomado años más tarde a través de la proposición no de ley 162/000243, presentada el 5 de mayo de 1998. Situación legislativa que algún autor ha calificado de incomprensible, teniendo en cuenta la fecha de comienzo de la aplicación forense de la Genética, la Recomendación del Consejo de Europa sobre la materia y el adelanto de los países de nuestro entorno en la regulación de la cuestión¹⁴.

La demanda doctrinal de colmar el vacío existente en este ámbito ha tenido como respuesta la elaboración de dos únicos preceptos contenidos en la disposición final primera, punto primero, apartados b y c, de la Ley Orgánica 15/2003 a través de la cual se añade al artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un tercer párrafo y a su artículo 363 un segundo párrafo en los siguientes términos: *“b) cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282. c) Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”*.

Mediante el citado precepto el legislador pretende dar respuesta a dos cuestiones problemáticas que se presentan en la realización de los análisis de ADN por su incidencia en los derechos fundamentales. La primera es la previsión legal que autoriza al juez a decidir la realización de una intervención corporal para obtener la muestra sobre la que posteriormente se realiza la prueba de ADN. Junto a la necesaria jurisdiccionalidad de la medida se recoge, si

¹³ BOE núm. 283, de 26 de noviembre

¹⁴ Vid. ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: *“La ausencia de garantías en las bases de datos de ADN en la investigación penal”*, en *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, Ararteko, 2003.

bien en términos confusos, la adecuación de la misma al juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹⁵. En este sentido, coinciden las previsiones legales con los requisitos, exigidos de forma previa por el Tribunal Constitucional respecto a este tipo de medidas limitativas de derechos fundamentales, esto es, previsión legal, resolución judicial motivada que autorice su realización e idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la misma¹⁶. La segunda previsión que afecta a la pruebas de ADN es la autorización de la realización de la prueba en sí misma, esto es, la posibilidad de obtención del perfil genético de un determinado individuo, bien a través del examen de las muestras encontradas en el lugar del hecho investigado, bien a través de las muestras obtenidas de un sospecho.

No obstante, como se ha señalado, el simple uso de la huella genética tiene una aplicación limitada. Sólo cuando los datos obtenidos, se archivan, se transmiten o se transmiten se convierte en una poderosa herramienta de identificación. Sin embargo, no fue hasta el año 2007 cuando el legislador se ha preocupado de esta cuestión a través de la aprobación de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, de bases de Datos Policial de identificadores obtenidos a partir de ADN.; cuestión más preocupante si cabe, habida cuenta que la inexistencia de normativa no ha impedido la creación de bases de datos que incorporan los resultados obtenidos a bases de datos. La Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, permite crear una base de datos en la que, de manera centralizada e integral, se almacenen el conjunto de los perfiles de ADN que se hayan realizado en el marco de una investigación criminal y que podrán ser utilizados posteriormente en investigaciones distintas y futuras. A través de la citada normativa, se intenta definir en qué supuestos pueden realizarse análisis de ADN, qué tipo de información se puede obtener de los mismos y qué destino tendrá esta información. Se trata, en último término, de prevenir los eventuales peligros que para la dignidad y libertad del individuo puede implicar la obtención por medio de análisis de ADN de información que debe ser considerada como sensible, mediante *“el establecimiento claro e inequívoco de límites y condiciones en que se ha de desarrollar el análisis genético”*¹⁷, pues su utilización ha de conjugarse necesariamente con la protección de los derechos humanos en general y con el derecho a la autodeterminación informativa del individuo derivado de la idea de dignidad.

¹⁵ Sobre la necesidad de adecuación de la realización del análisis a estos requisitos en el ámbito penal, Vid. ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Estudios de Derecho Penal núm. 18, Comares, Granada, 2003, especialmente, pp. 29 y ss. En particular sobre el principio de proporcionalidad, pp. 71 y ss.

¹⁶ A estos requisitos se le añaden, cuando la medida afecte al derecho a la integridad física, la necesaria realización por el personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso implique un riesgo para la salud o un trato inhumano o degradante. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *“La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis de ADN”*, en PÉREZ DEL VALLE, C.J. (Dir.): *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 219-220.

¹⁷ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: *“Las investigaciones genéticas como medio de prueba en el proceso penal alemán tras la reforma de la Ordenanza Procesal penal de 17 de marzo de 1997 (Parte II)”*, ob.cit., pp. 66-67.

En el sector policial, más que en otros, es importante encontrar el equilibrio entre los intereses en juego, los del individuo y su derecho a la vida privada y los intereses de la sociedad en cuanto a la prevención y la represión de infracciones penales y al mantenimiento del orden público¹⁸. En efecto, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho¹⁹, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben realizar su labor respetando los derechos fundamentales ya que éstos no sólo constituyen un límite a su actuación sino que *“deberían ser el fin último de la tarea que la sociedad les ha encomendado”*²⁰.

2. BASES DE DATOS POLICIALES DE ADN: LA LEY ORGÁNICA 10/2007, DE 8 DE OCTUBRE.

Tal y como se ha señalado, la información genética como información que identifica y singulariza a un individuo dentro de un grupo, especialmente la información informatizada, puede constituir un instrumento de los más eficaces para la identificación de delincuentes y, en última instancia, contra la lucha de la criminalidad a través de la individualización de sujetos por su huella genética y su incorporación a una base de datos. Pero simultáneamente a estas ventajas, la combinación de las técnicas genéticas e informáticas incrementa el riesgo para los derechos fundamentales de la persona, *“hasta el punto de que se hace referencia frecuentemente a que el individuo se convierte para el Estado en un sujeto absolutamente transparente”*²¹.

Aunque el Ordenamiento jurídico, a través del derecho constitucional a la autodeterminación informativa y su desarrollo, otorga una protección al individuo frente a la utilización de sus datos, ya se encuentren éstos informatizados o no, los datos de ADN adquieren eficacia cuando se incorporan a bases de datos informatizadas, de tal modo que la injerencia en los derechos fundamentales del individuo, *“ya de por sí preocupantes, se acentúan significativamente con la combinación del tratamiento de los resultados obtenidos*

¹⁸ BUQUICCIO, G.: “Informática y Libertades. Balance de quince años de actividad del Consejo de Europa”, traducción de Isabel Hernando, en Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1986, p. 113.

¹⁹ Al respecto, cabe recordar con Elías Díaz que el cumplimiento real y efectivo de los derechos y libertades “del hombre” constituye el objetivo central del Estado de Derecho, *“pretensión a la cual están dirigidas sus notas característica y que sirven precisamente como elemento justificativo de aquél frente a todo Estado absoluto o totalitario”*. DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998, p. 134.

²⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 31.

²¹ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: *“Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte I)”*, Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 19, 2003, p. 111.

(de la prueba de ADN)”²². Esta incorporación de perfiles de ADN con fines de investigación criminal permite realizar de forma automática, la comparación sistemática de perfiles de ADN obtenidos de muestras del individuo o de vestigios encontrados en el escenario de un determinado hecho²³, no sólo con el caso concreto con el que se relaciona el sujeto identificado sino también “*con todos aquellos casos sin resolver en los que se dispone de un perfil de ADN anónimo*”²⁴ e, incluso, con aquellos que ya hayan sido resueltos, en los supuestos en los que su conservación se encuentre autorizada.

Se entiende por bases de datos de ADN tales, la colección de perfiles genéticos obtenidos del análisis de ADN no codificante, registrados o codificados estructuralmente en un soporte informático -o en registros llevados manualmente²⁵- con el fin de proporcionar información para la investigación de delitos²⁶. Es, en efecto, su creación y utilización “*uno de los aspectos más polémicos que se suscitan cuando se aborda la cuestión de la utilización de las pruebas de ADN en la persecución y esclarecimiento de delitos*”²⁷.

Frente a la utilidad de las bases de datos de ADN para estos fines surge el debate, tanto en el campo ético como jurídico, sobre la oportunidad de su creación por los riesgos y peligros que su uso indebido puede implicar para los derechos fundamentales del individuo:

“imágínense una sociedad en la que las autoridades tuvieran archivadas muestras de tejidos y fluidos de toda la comunidad y un banco de datos informatizados del perfil de ADN de cada persona. Imágínense entonces que no sólo los agentes del orden, sino también las

²² ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “*La ausencia de garantías en las bases de datos de ADN en la investigación penal*”, en *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, ob.cit., p. 118.

²³ Se han planteado dudas sobre si los resultados de las muestras de ADN tomadas en el lugar de un crimen pueden considerarse datos personales. El grupo de trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE se ha pronunciado de forma afirmativa sobre esta cuestión, habida cuenta que este tipo de muestras pueden constituir una fuente de datos personales al permitir asociar las muestras de ADN a una persona concreta, sobre todo, en aquellos supuestos en los que un tribunal haya confirmado el origen de los datos, por lo que las normas de protección de datos deben aplicarse también a los obtenidos de esta forma. Vid. *Documento de trabajo sobre datos genéticos*, de 17 de marzo de 2004, del Grupo de Protección de Datos del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE.

En el mismo sentido, parece pronunciarse el informe de la Agencia Española de Protección de Datos del año 2000, relativo al “*Tratamiento de datos genéticos para la localización de personas desaparecidas o en investigación criminal*”, que señala que si bien los vestigios hallados en el escenario de un crimen no identifican, en principio, a la persona a la que se refiere, ésta si resulta susceptible de identificación ya que los datos pueden ser cotejados con otros datos que puedan existir.

²⁴ ALONSO ALONSO, A.: “*Una década de perfiles de ADN en la investigación penal y civil en España*”, en ROMEO CASABONA, C.M.: *Genética y Derecho*, ob.cit., p. 88.

²⁵ Punto 1 de la Recomendación (92) 1, sobre la utilización del análisis de ácido desoxirribonucleico dentro del marco de la administración de justicia penal

²⁶ MORA SANCHEZ, J.M.: *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, ob.cit., p. 292. Es necesario diferenciar estas bases de datos, en sentido estricto, de los archivos de ADN y de los archivos de muestras biológicas. Al respecto, LORENTE ACOSTA, J.A.: “*Identificación genética criminal: importancia médico legal de las bases de datos de ADN*”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.): *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, ob.cit., p. 5.

²⁷ MORA SANCHEZ, J.M.: *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, ob.cit., p. 297.

compañías de seguros, empleadores, escuelas, agencias de adopción y muchas otras organizaciones, pudieran tener acceso a dichos archivos de acuerdo con su necesidad de conocer datos o acreditando que dicho acceso se realiza en interés público. Imagínense a continuación que se pudiera negar a una persona empleos, seguros, adopción, atención sanitaria y otros servicios y prestaciones sociales basándose en la información contenida en su perfil de ADN, como una enfermedad genética, la herencia genética o la idea subjetiva de alguien de lo que constituye un defecto genético”²⁸.

Si bien dichas previsiones constituyen una relación de las consecuencias más negativas que para el individuo puede acarrear la constitución y utilización indebida de las bases de datos de ADN, no es necesario llegar a tal extremo para poner de manifiesto los peligros que éstas pueden implicar, especialmente los derivados de la posibilidad de convertir al individuo en un ser transparente con los consiguientes riesgos para su libertad de elección y decisión, así como para su identidad. La creación de las mismas presenta, por tanto, arduos debates, tanto sobre su puesta en funcionamiento como sobre qué tipo de información puede incluirse en las mismas, cuándo y para qué. Se trata de una nueva modalidad de injerencia en la privacidad del individuo que presenta un nuevo reto para el derecho a la autodeterminación informativa del sujeto.

La Ley Orgánica trata de dar respuesta a cada una de estas cuestiones, a través de la creación de una base de datos de ADN integral y centralizada que el Preámbulo trata de justificar, por un lado, en el hecho de que la sociedad actual exige a las autoridades, judiciales y policiales, encargadas de la persecución de delitos, que cuenten con los instrumentos de investigación más eficientes posibles, especialmente en la lucha contra aquellos crímenes que generan mayor alarma social y, por otro lado, *“por la creciente globalización de los delitos y la paralela asunción por parte de España de una serie de obligaciones recíprocas con otros países para compartir la información disponible en los perceptivos ficheros y bases de datos exigen la adopción de medidas materiales y jurídicas adecuadas”*.

El artículo 1 de la Ley crea la citada bases de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la siguientes finalidades:

²⁸ Palabras de J.C. Hoeffel en *The dark side of DNA profiling: Unreliable Scientific Evidence Meets the Criminal Defendant*, recogidas en NIELSEN, L.: *“Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea”*, Revista de Derecho y Genoma Humano núm. 4, 1996, p. 67. Asimismo, sobre los temores y los posibles riesgos que para la “privacidad” puede provocar el acceso y utilización de terceros de este tipo de información, DE GORGEY, A.: *“The Advent of DNA Databanks: Implications for Information Privacy”*, America Journal of Law and Medicine, Vol. 16, núm. 3, 1990, pp. 383 y 392 y ss.

-La investigación y averiguación de delitos. Los datos sólo podrán utilizarse para la investigación de los delitos graves y en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que sean realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada.

-Identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

Para la consecución de estas finalidades, la Ley Orgánica 10/2007 permite inscribir en la base únicamente los identificadores de ADN que proporcionen los siguientes datos: información sobre la identidad e información sobre el sexo de la persona.

Los datos identificativos, como regla general, serán de tres tipos:

1. Un primer grupo lo formarán los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos hallados en el lugar del delito u obtenidos del análisis de muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, en el marco de una investigación criminal, y cuando se trate de los delitos ya señalados.

2. Un segundo grupo de datos lo formarán los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

3. Finalmente la Ley prevé que se inscriban los datos identificativos obtenidos a partir del ADN de las personas que hayan prestado su consentimiento.

Para la inscripción de los datos anteriores, salvo en el último supuesto, no será preciso el consentimiento del interesado. En estos términos el legislador introduce una serie de límites al derecho a la vida privada que posibilitan el registro del perfil del ADN, limitando su derecho a la autodeterminación sobre este tipo de informaciones, esto es, el control sobre su obtención o no de su información genética, con el objetivo de proteger otros bienes o intereses como son los derechos de terceros o la persecución de infracciones penales.

Tales limitaciones legales, sin embargo, no pueden suponer la privación total del derecho fundamental por lo que resulta imprescindible:

-Que se respeten los principios de proporcionalidad, pertinencia, finalidad, veracidad, lealtad y seguridad.

- Que se le informe por escrito al sujeto de todos los derechos que le asisten respecto a su inclusión en dicha base de datos, quedando constancia de ello en el procedimiento.

-Que se posibilite al sospechoso, detenido o imputado el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y de cancelación, si bien respecto a éste último la

propia Ley establece límites y reglas precisas en función del origen y de la finalidad con la que fueron obtenidos. Los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos policial serán conservados por un tiempo concreto y determinado:

1. El señalado en la ley para la prescripción del delito.
2. El señalado por la ley para la cancelación de antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contra.
3. Cuando se hubiera dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas a las anteriores, una vez que sean firmes dichas resoluciones, deberá procederse a la cancelación.
4. En el caso de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito.
5. Si en la base de datos existiesen diversas inscripciones de una misma persona, correspondientes a diversos delitos, los datos y patrones identificativos inscritos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio.
6. Los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez que el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento, si bien los patrones identificativos que se hayan obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas deberán mantenerse mientras sean necesarios para la finalización de dichos procedimientos.
7. En aquellos casos en los que se desconozca la identidad de la persona a la que se refieran los identificadores obtenidos a partir del ADN, deberán permanecer inscritos mientras se mantenga el anonimato. Una vez identificados se aplicarán las mismas reglas anteriores para su cancelación.

Por último, la Ley Orgánica 10/2007 establece normas específicas para el uso y la comunicación de estos datos. Respecto, al uso únicamente podrán ser utilizados en la investigación de los delitos graves que motivaron su recogida por las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y por la Autoridades Judiciales y Fiscales. Legalmente se prevé la comunicación de estos datos personales a las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los Convenios internacionales en vigor ratificados por España, Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública y al Centro Nacional de Inteligencia, que podrá utilizar los datos para el

cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de los citados delitos, de conformidad con lo previsto en su normativa reguladora.

3. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS.

1. Modificación de la siguiente afirmación contenida en el Preámbulo: “Esta regulación contiene una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles que sean reveladores, exclusivamente de la identidad del sujeto –la misma que ofrece una huella dactilar- y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética”

Pudiera pensarse que el legislador, utilizando una técnica legislativa mejorable, lo que quiso decir es que sí existe una incidencia en el derecho fundamental pero que aquella no provoca como resultado definitivo una lesión éste “*en caso de que se observen los presupuestos y requisitos que justifican la reseñada incidencia*”²⁹. Esta afirmación no puede compartirse porque por un lado, como se ha señalado, la obtención de los datos genéticos, exista o no intervención corporal, sí incide en los derechos fundamentales del individuo, especialmente en su intimidad y en su derecho a la autodeterminación informativa, tanto por la realización del análisis en sí mismo como por la utilización de la información derivada del mismo, y, por otro, la incorporación de los resultados a bases de datos, sean o no informáticas, especialmente en este ámbito en el cual se pretende eximir las garantías del consentimiento informado y de las facultades del sujeto, afecta directamente al derecho a la autodeterminación informativa.

Asimismo, es cuestionable la consideración del perfil de ADN como una huella dactilar, sostenida a ultranza por algunos defensores de este tipo de técnicas para la investigación criminal. Dicha consideración ha sido rechazada o puesta en tela de juicio por una gran parte de la doctrina científica, que considera que la información contenida en el ámbito no codificante pertenece a la esfera de la personalidad merecedora de tutela, puesto que, por una parte, la obtención de los datos se realiza sobre el mismo material celular, por tanto susceptible de ser utilizado para la averiguación de datos que no se limitan

²⁹ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: “Reflexiones acerca del Borrador de Anteproyecto de la Ley Reguladora de las Bases de ADN”, Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 14, 2001, p. 60.

a las informaciones meramente identificativas³⁰ y, por otra, el estado de la ciencia en la actualidad no parece permitir la separación rigurosa entre el ámbito codificante del ADN y el que no lo es³¹, posibilitando en el futuro que éste último pueda ser calificado como codificante, al conocer su función. En el último sentido expuesto, se puede considerar que la mayor parte de los datos genéticos obtenidos del ADN no codificante se incluyen dentro del núcleo amparado por el derecho a la intimidad, siendo susceptible de afectación tal derecho en su utilización. La calificación de la huella genética como un código de barras resulta engañosa pues identifica al sujeto de manera precisa y particular, revelando datos que mediante la utilización de una huella dactilar nunca podrían conocerse, como la raza, origen étnico o las características sexuales; datos que forman parte del núcleo protegido por el derecho a la intimidad³².

2. Prohibición estricta de inclusión de datos distintos a los identificativos derivados del ADN no codificante.

La Disposición Adicional primera de la Ley contiene una precisión de inclusión de otros datos distintos a los mencionados de forma un tanto solapada. Al referirse a la integración de ficheros y bases de datos establece la posible integración en la base de datos de informaciones procedentes de otros ficheros, registro o bases de datos de identificadores de ADN, *distintos de los descritos en el artículo 7 de la Ley*, siempre que hubieran sido creados con las únicas finalidades de investigación y averiguación de los delitos ya señalados. Tal previsión parece permitir la inclusión en la citada base de cualquier tipo de dato de ADN. Al respecto, se hace necesario determinar de qué tipo de dato se está hablando, si estas informaciones pueden referirse a otros datos no meramente identificativos revelados por el ADN o si puede abarcar incluso los datos genéticos del ADN codificante. En caso de incompatibilidad con el espíritu, el contenido o la finalidad de la norma, se propone la prohibición estricta de inclusión de datos distintos a los identificativos derivados del ADN no codificante.

³⁰ Coincide en este aspecto con Herrero-Tejedor, que destaca el riesgo de que la investigación no se limite a rasgos identificativos, al hallarse el material genético de la persona contenido en todas las células. HERRERO-TEJEDOR, F.: *La intimidad como derecho fundamental*, ob.cit., p. 125.

³¹ *Ibídem*

³² Vid. STS, de 13 de marzo de 1989.

3. Necesidad de reflexión y, en su caso modificación, en torno a los sujetos cuyos datos identificativos pueden ser extraídos a partir del ADN e incluidos en la base de datos: sospechoso, detenido o imputado (Artículo 3 de la Ley Orgánica 10/2007).

Se trata en última instancia de determinar en qué momento el perfil genético de una persona sometida a una investigación criminal puede ser incluido en la base de datos. Al respecto, se manejan tres posibilidades para su inclusión: la consideración de sospechoso, imputado o condenado. Cabe recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace referencia al “sospechoso” para referirse al sujeto de quien puede obtenerse una muestra que resulte indispensable para la determinación del perfil de ADN.

No obstante, la solución que se presenta más acorde con el respeto a los derechos fundamentales del individuo es aquella en la cual la introducción de perfiles en la base de datos se realice una vez que el sujeto haya sido condenado, evitando que el perfil de personas erróneamente investigadas quede inserto en la base de datos y, por tanto, sometida a un control desproporcionado.

Dicha restricción se ajusta a lo dispuesto en la Recomendación (92) 1, de 10 de febrero, que condiciona el archivo de los datos genéticos de un individuo a su condena efectiva, si bien esta posible solución contrasta con la tenencia actual del recorte o límite de los derechos fundamentales del individuo utilizando como causa justificadora la protección de la seguridad pública.

4. Determinación de los tipos de delitos que determinan la inclusión en la base de datos.

Si bien, tal y como muestran las legislaciones de nuestro entorno que han abordado esta cuestión, existe disparidad de criterios acerca de qué tipos de infracciones penales pueden dar lugar a la inclusión del perfil de ADN de una persona en la bases de datos³³, el obligado respeto al principio de proporcionalidad en la limitación de derechos exige su concreción.

El Borrador de la Ley Reguladora de las Bases de Datos de ADN establecía como criterio los “delitos dolosos”. La vigente Ley hace referencia a “delitos graves”, por lo que obliga a determinar qué ha de entenderse por tales; cuestión cuya respuesta no resulta pacífica. Asimismo señala determinados delitos que darán lugar en todo caso a la inclusión en

³³ Al respecto, Vid. LORENTE ACOSTA, J.A.: “Identificación genética criminal: importancia médico legal de las bases de datos de ADN”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.): *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, ob.cit., pp. 14 y 15.

la base de datos, entre los que cabe mencionar, por la polémica generada en torno a los mismos, los delitos contra el patrimonio.

Al respecto, se cuestiona la amplitud de esta previsión, pues ésta podría dar lugar a bases de datos generales que contengan los perfiles genéticos de toda la población, contrarias a la dignidad y la libertad de la persona habida cuenta el nivel de control ejercido sobre los individuos “*enteramente fichados*”³⁴. En estos supuestos no sólo se trata de prevenir el uso desviado de la información sino “*decidir si la posesión de informaciones puede conciliarse con un sistema jurídico que respete la libertad de los individuos*”³⁵.

5. Tiempo de conservación de los datos. La necesidad de evitar que los perfiles se conserven por tiempo indefinido.

La finalidad con la que se tratan estos perfiles que es, en definitiva, la investigación penal y la lucha contra la criminalidad, puede dar lugar a la tentación de conservarlos por tiempo indefinido. Evitar este tipo de situaciones resulta crucial para la protección de los derechos fundamentales del individuo y, en particular, del derecho a la autodeterminación informativa. Éste no permite la conservación por tiempo indefinido del perfil del sujeto en la base de datos, ya que tal situación sometería al individuo a una observación permanente. Por el contrario, exige que, pasado un cierto tiempo, se cancelen las informaciones. Por este motivo se presenta como necesaria la determinación de un tiempo concreto de conservación. Si bien la Ley establece el tiempo de conservación y el plazo de cancelación de los datos, se presenta como necesaria una reflexión sobre los mismos, especialmente en los supuestos en los que los datos hacen referencia al sospechoso

³⁴ DÍEZ-PICAZO, L.: “*El genoma humano y la identificación de la persona como problema jurídico*”, en *El Derecho ante el Proyecto Genoma*, Vol. IV, ob.cit., p. 107.

³⁵ *Ibidem*.