
Inclusión de perfiles genéticos de condenados en la base de datos de ADN

Regulación, presupuestos generales y limitaciones relacionadas con el tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales

PID_00268225

Sílvia Pereira Puigvert

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 2 horas



Sílvia Pereira Puigvert

Profesora agregada en la Universitat de Girona. Profesora colaboradora en la Universitat Oberta de Catalunya.

El encargo y la creación de este recurso de aprendizaje UOC han sido coordinados por la profesora: Mònica Vilasau Solana (2019)

Primera edición: septiembre 2019
© Sílvia Pereira Puigvert
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Avda. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción.....	5
1. Inspecciones e intervenciones corporales.....	9
1.1. Generalidades	9
1.2. Las intervenciones corporales para determinar el perfil genético de ADN	10
1.3. La reforma del código penal: artículo 129 bis	11
2. La inclusión de perfiles genéticos de sospechosos o condenados en la base de datos de ADN.....	13
2.1. Ley orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN	13
2.2. El tratamiento de Prüm	15
2.3. Funcionamiento de la base de datos policial española	16
3. Limitaciones a la regulación actual de perfiles genéticos con finalidades identificadoras.....	17
3.1. La normativa europea sobre protección de datos de carácter personal y la transposición al ordenamiento interno mediante la nueva ley española de protección de datos	17
Actividades.....	21
Glosario.....	22
Bibliografía.....	23

Introducción

El objeto de este módulo didáctico es la regulación de la base de datos de perfiles de ADN. Todo lo que tenga que ver con obtener muestras biológicas de ADN comporta diferentes aspectos controvertidos e interrogantes que requieren un tratamiento individualizado y específico. Con la reforma del Código Penal del 2003 se introdujo un nuevo apartado en el artículo 363 de la Ley de enjuiciamiento criminal que determina que el juez de instrucción podrá acordar, mediante una resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que sean indispensables para determinar su perfil de ADN. Con este objetivo, el juez de instrucción podrá decidir la práctica de todos aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que sean adecuados a los términos de proporcionalidad. Además de las disposiciones de la LECrim y del Código Penal, también se hará un examen exhaustivo de la Ley orgánica 10/2007, que regula la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN. Y tampoco podremos obviar la normativa europea o la referida a la protección de datos, dado que los datos identificativos extraídos a partir de muestras de ADN o fluidos en el marco de una investigación criminal generan explícitamente un conflicto entre la obtención de estas pruebas de ADN o perfiles genéticos y la protección de datos de carácter personal.

Antes de entrar en la propia materia de este módulo, y vistas las facultades que tiene el juez de instrucción respecto a las muestras de ADN (que podrá acordar la obtención), no sobra, en esta primera parte del material didáctico, hacer un apunte recordatorio de la fase de instrucción del proceso penal. La fase de instrucción del proceso penal persigue, de acuerdo con la misma definición legal del artículo 299 LECrim, averiguar y hacer constar si se cometió o no el delito y quién puede ser el autor y cuál puede ser la culpabilidad; preparar, en su caso, el juicio oral, y asegurar y prevenir las consecuencias penales y civiles del hecho.

Siguiendo la exposición del manual de la profesora Teresa Armenta, esta fase de instrucción parte de unas disposiciones generales, que son: a) cada delito tiene que ser objeto de un sumario; b) los jueces de instrucción tienen que formar el sumario ante sus letrados de la Administración de justicia (art. 321 LECrim); c) las actuaciones sumariales se tienen que desarrollar en la sede oficial del juzgado; d) todos los días del año y todas las horas serán hábiles para instruir las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial (art. 184.1 LOPJ); e) las diligencias del sumario tienen que estar reservadas y no tienen carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la LECrim (art. 301 LECrim), y f) los jueces de instrucción tienen que informar al investigado de sus derechos en caso de que no sea asistido por un defensor.

Bibliografía recomendada

M. T. Armenta Deu (2019). *Lecciones de derecho procesal penal* (12 ed.). Marcial Pons (pág. 149).

Si queremos recordar qué abraza la instrucción, diremos que tiene en cuenta el inicio del proceso penal mediante la denuncia, la querrela o el inicio de oficio, los atestados por delito sin autor conocido, las diligencias de reconocimiento judicial (inspección ocular y cuerpo del delito), las diligencias de comprobación (entre las cuales destaca la obtención de muestras biológicas de ADN), la determinación del presunto responsable de la comisión del hecho delictivo, las declaraciones de testigos, la declaración del procesado o investigado, los informes periciales y toda una serie de medidas limitativas de derechos fundamentales y que tienen como finalidad la investigación criminal (donde podemos volver a hablar de las intervenciones corporales para determinar el perfil de ADN de la persona investigada).

Más ampliamente, hasta el 2015 la colección de medidas de investigación consideradas limitativas de derechos fundamentales se podían agrupar en las siguientes: entrada y registro en lugar cerrado (art. 545-572 LECrim); registro de libros y papeles (art. 573-578 LECrim), y detención y apertura de la correspondencia escrita o telegráfica (art. 579-588 LECrim). Con la reforma del 2015 operada por la Ley orgánica 13/2015, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, se incluye un nuevo título VIII del libro II, con la rúbrica «De las medidas de investigación limitadoras de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución», que regula determinados actos de injerencia que no pudieron ser tenidos en cuenta por el legislador ochocentista, como por ejemplo los siguientes: interceptar las comunicaciones telefónicas y telemáticas –art. 588 ter a) a 588 ter m) LECrim–; grabar comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos– art. 588 quater a) a 588 quater i) LECrim–; utilizar dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización –art. 588 quinquies a) a 588 quinquies c) LECrim–; registrar dispositivos de almacenamiento masivo de información –art. 588 sexies a) a 588 sexies c) LECrim–, y registrar remotamente equipos informáticos –art. 588 septies a) a 588 septies c) LECrim. Todo esto es precedido de unas disposiciones comunes –art. 588 bis a) LECrim– sobre los criterios de idoneidad (para delimitar el ámbito y duración de la medida), excepcionalidad y necesidad (solo se puede acordar la medida cuando no estén a disposición de la investigación otras medidas menos costosas e igualmente útiles para la finalidad perseguida o cuando el descubrimiento del hecho delictivo, la determinación del autor o la localización de los efectos del delito sea dificultada gravemente sin acudir a esta medida) y proporcionalidad (la medida se considera proporcionada cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de la adopción sea para el interés público y de terceros).

Finalmente, hay que mencionar que, a causa de la especialidad de la materia y del uso de términos muy específicos y procedentes de otros ámbitos más allá del jurídico, en este módulo (a la parte final) encontraréis un glosario con los conceptos más significativos en relación con este campo. Este glosario se elabora de acuerdo con las definiciones del diccionario de la Real Academia Española, la normativa sobre protección de datos y la doctrina científica.

Bibliografía recomendada

Algunas de estas definiciones han sido extraídas de V. **Caruso Fontán** (2012). «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética». *Foro, Nueva Época* (vol. 15, n.º 1, págs. 143-144).

1. Inspecciones e intervenciones corporales

1.1. Generalidades

Después de examinar las líneas generales de la instrucción y de las medidas que se desarrollan, es necesario que nos ocupemos de la materia de este módulo didáctico. Y es conveniente, en primer lugar, analizar la diferencia entre inspecciones e intervenciones corporales. Trazaremos esta diferencia con la ayuda del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 207/1996, de 16 de diciembre:

a) En el primer tipo de actuaciones, las llamadas inspecciones y registros corporales, es decir, aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, sea para determinar al imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.), o para descubrir el objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, puesto que en general no se produce una lesión del cuerpo, pero sí que se puede ver afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si estas inspecciones y registros recaen sobre partes íntimas del cuerpo. Como lectura complementaria, se puede leer también la STC 37/1989, de 15 de febrero.

b) En el segundo tipo de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, las consistentes a extraer del cuerpo determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (sangre, orina, pelos, uñas, órganos o tejidos de biopsias, etc.), o a exponer el cuerpo a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), al objeto de averiguar también determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación del imputado, el derecho que se verá afectado por regla general es el de la integridad física (art. 15 CE). Y atendiendo al grado de sacrificio de este derecho que impongan, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como actuaciones leves o graves: leves cuando, en vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean consideradas objetivamente susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como pasará en general en caso de extraer elementos externos del cuerpo (como cabellos o uñas) o incluso algunos de internos (como sangre); y graves en caso contrario (por ejemplo, punciones lumbares para extraer líquido cefalorraquídeo, etc.).

1.2. Las intervenciones corporales para determinar el perfil genético de ADN

Para seguir una estructura sistematizada, en primer lugar, hay que decir que todas las medidas tienen que estar sujetas a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Además, cada medida tiene que presentar su propia previsión legal.

La resolución judicial de adoptar la medida tiene que ser motivada generalmente por el órgano jurisdiccional que ha iniciado la instrucción y adoptada después de valorar los principios de especialidad y proporcionalidad.

En el supuesto concreto de las intervenciones corporales para determinar el perfil genético de ADN, el artículo 326 LECrim establece que, cuando se ponga de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pueda contribuir a aclarar el hecho investigado, el juez de instrucción tiene que adoptar u ordenar a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de estas muestras se verifique en condiciones que garanticen la autenticidad.

Nota

Hay que tener presente también el artículo 282 LECrim: La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometan en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición haya peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al juez o tribunal. Si el delito fuera de los que solo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.

Llegados aquí, no se puede obviar el Acuerdo de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, donde queda reflejado que la toma de muestras de ADN, con el consentimiento del sospechoso investigado, se tiene que hacer en presencia de su abogado cuando el investigado sea detenido y, si no tiene, con autorización judicial. Aun así, el Tribunal Supremo añade que es válido contrastar muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos de la base de datos policial procedentes de una causa diferente, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no haya cuestionado la licitud o validez de estos datos en la fase de instrucción. Como lectura de ampliación, ver el Acuerdo de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005.

Junto con el artículo 326 LECrim, hay la disposición adicional tercera de la misma ley, que dispone que hay que regular la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional para el Uso Forense

del ADN, a la cual corresponde acreditar los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos, e identificar cadáveres, establecer criterios de coordinación entre ellos, elaborar los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, determinar las condiciones de seguridad en su custodia y fijar todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan.

1.3. La reforma del código penal: artículo 129 bis

La política de la UE contra el terrorismo ha comportado incrementar el número de sistemas de información y bases de datos accesibles para los entes policiales. Los sistemas de información de Schengen (SIS y SIS II), el Sistema de Información de Visados (VIS) y la base de datos europea de solicitantes de asilo (Eurodac) ejercen en la actualidad un papel importante para finalidades policiales.

Entrando ya en el asunto concreto que da título a este epígrafe –la obtención de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN–, el artículo 129 bis del Código Penal, introducido por la Ley orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, establece una disposición normativa importante: la toma de muestras biológicas de una persona, la realización del análisis de ADN y la inscripción a la base de datos policial. Lo que se ha dicho tiene que tener lugar en caso de que se trate de condenados para cometer un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad sexual, de terrorismo o cualquier otro delito grave que comporte un riesgo grave para la vida, salud o integridad física de las personas, y si de las circunstancias del hecho y la valoración de la personalidad se pueda determinar que hay un peligro relevante de reiteración delictiva. Únicamente se pueden llevar a cabo los análisis necesarios para conseguir los identificadores que proporcionen exclusivamente información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Este artículo 129 bis sigue con un trascendente párrafo segundo, que dice así:

«Si el afectado se opone a recoger las muestras, se puede imponer la ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas, eso sí, las mínimas indispensables para la ejecución, que tienen que ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

Por lo tanto, la obtención de perfiles genéticos es una medida de investigación que se puede adoptar de manera coactiva.

Bibliografía recomendada

Para conocer mejor esta cuestión, se recomienda leer el artículo de C. Blasi Casagran (2015). «Límits del dret europeu de protecció de dades en el control de fronteres de la UE», en la *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* (n.º 111, págs. 127-151).

Este artículo ha recibido aplausos pero también despierta algunas reticencias, sin ir más lejos desde la perspectiva de la protección de datos. No hay que perder de vista que se trata de una base de datos para finalidades exclusivamente de investigación y de prevención de posibles conductas delictivas reincidentes, y darle una atención mediática y una publicidad innecesaria sería un grave error.

Bibliografía recomendada

Para profundizar en este tema, se recomienda leer el artículo de A. Líbano Beristain «Obtenció (coactiva) de perfils genètics de condemnats amb fins d'inclusió a la base de dades policial d'ADN» en la *Revista General de Derecho Procesal* (2016, n.º 38, versión electrónica). También se recomienda la lectura más breve de P. Solar Calvo «El nuevo art. 129 bis CP» a *Legal Today* (11 de noviembre de 2015).

2. La inclusión de perfiles genéticos de sospechosos o condenados en la base de datos de ADN

2.1. Ley orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN

La promulgación de esta ley orgánica es motivada por la política de la UE y sus recomendaciones en esta materia. En este sentido, es importante remarcar la recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, donde se planteaban unas directrices en cuanto al uso de análisis de ADN.

Esta norma (que actúa completando la LECrim) tiene como objetivo fundamental crear una base de datos policial de identificadores obtenidos a partir de ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para investigar delitos como para identificar restos cadavéricos o buscar personas desaparecidas (art. 1).

La base de datos policial de identificadores obtenidos a partir de ADN depende del Ministerio del Interior (art. 2). De acuerdo con el artículo tercero, los tipos de identificadores de ADN incluidos en la base de datos se pueden resumir en dos:

1) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hayan sido encontrados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas de la persona sospechosa, detenida o imputada, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, que afecten la vida, la libertad, la indemnidad o libertad sexual, la integridad de las personas y el patrimonio, siempre que se lleven a cabo con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, y en casos de delincuencia organizada.

2) Los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de busca de personas desaparecidas. Para hacer la inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN referenciado, no hace falta el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en esta base, y quedará constancia en el procedimiento.

Respecto al tipo de datos que se pueden inscribir según el artículo 4, solo se pueden inscribir en la base de datos policial los identificadores obtenidos a partir de ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen exclusivamente información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

El precepto séptimo nos informa que los datos contenidos en la base de datos objeto de esta ley solo los pueden utilizar las unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y las autoridades judiciales y fiscales, en la investigación de unos determinados delitos (los establecidos en el art. 3). Se pueden ceder los datos contenidos en la base de datos a los destinatarios siguientes:

- Las autoridades judiciales, fiscales o policiales de terceros países de acuerdo con lo que prevén los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes.
- Las policías autonómicas con competencia estatutaria para proteger personas y bienes, y para mantener la seguridad pública, que únicamente los podrán utilizar para investigar unos determinados delitos (los establecidos en el art. 3) o, en su caso, para identificar cadáveres o buscar personas desaparecidas.
- El Centro Nacional de Inteligencia, que puede utilizar los datos para cumplir sus funciones relativas a prevenir estos delitos, de la manera prevista en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

Por otro lado, el artículo 9 de la Ley fija unos periodos de conservación de identificadores y cancelación que dependen del tipo de delito y de la resolución judicial con que finalice el procedimiento penal.

Lógicamente, el contenido de esta ley orgánica se tiene que complementar con la Ley de protección de datos 15/1999. Así lo establece expresamente una de las cláusulas de cierre de la norma. Entendemos que actualmente todos los ficheros que integran la base de datos regulada por esta ley orgánica tienen que estar sometidos al nivel de seguridad que prevé la nueva Ley de protección de datos 3/2018.

2.2. El tratamiento de Prüm

Los datos genéticos contenidos en la base de datos policial española son enviados a un sistema de confrontación de perfiles internacional, formado por los estados firmantes del tratado de Prüm. Actualmente, hay diecinueve países europeos que intercambian perfiles genéticos de manera habitual con España: Austria, Chipre, Alemania, Estonia, Francia, Lituania, Letonia, Luxemburgo, Holanda, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia, Suecia, República Checa, Malta, Hungría y Finlandia. Los orígenes de este tratado los encontramos en la ciudad alemana de Prüm el día 27 de mayo de 2005, cuando siete países europeos (Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria) firmaron un convenio internacional para mejorar la cooperación transfronteriza, en concreto la lucha contra el terrorismo y la delincuencia. Con posterioridad a este tratado, hay dos decisiones del Consejo de la Unión Europea con un objetivo idéntico: la Decisión 2008/615/JAI sobre profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y la Decisión 2008/616/JAI, relativa a la ejecución de la decisión anterior.

El tratado de Prüm posibilita que los países firmantes puedan cruzar sus bases de datos de ADN para la investigación criminal. Se utilizan códigos que permiten intercambiar perfiles genéticos de forma eficaz, automática y comparativa, y, en el supuesto de coincidencia genética, comunicarla inmediatamente a los estados implicados. Se intercambian datos asociados a los identificadores de ADN, como por ejemplo nombre y apellidos, tipo de hecho delictivo o diligencias policiales de un determinado hecho delictivo cometido en otro país. Este proceso se denomina Step II. Y el intercambio de información es para resolver conductas delictivas, pero también se hace uso de estas bases de datos como herramientas para la inteligencia forense, principalmente para perseguir las actuaciones de bandas criminales que operan de manera itinerante en diferentes países europeos.

No se puede acabar este subapartado sin remarcar que hay que tener muy presente la legislación interna de cada país y que la exigencia del grado de cumplimiento con lo firmado que tiene cada país tendría que ser la misma. Y, además, nos podríamos plantear si el intercambio de información que prevé el tratado de Prüm queda afectado de alguna manera por la directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de datos personales por parte de autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de estos datos, pero esta directiva también persigue una mejor cooperación transfronteriza de la policía y los fiscales para combatir más eficazmente el terrorismo y el crimen organizado.

Nota

Para elaborar este epígrafe se han seguido las explicaciones de E. López Reyes dadas en el curso La prueba pericial científica. Especial referencia a los perfiles de ADN como método de investigación del delito, celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de Madrid los días 9 y 10 de marzo de 2017 y recogido en *Búsqueda nacional e internacional en base de datos de ADN e intercambio de información*.

Bibliografía recomendada

Como lectura de ampliación, consultar la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea 2009/905/JAI, de 30 de noviembre, sobre acreditación de prestamistas de servicios forenses que lleven a cabo actividades de laboratorio.

2.3. Funcionamiento de la base de datos policial española

No podemos hacer un examen del funcionamiento de esta base de datos, dado que son cuestiones extremadamente técnicas y propias de personal de laboratorio o de unidades policiales, pero sí que podemos decir, en líneas muy generales, que la base de datos de ADN policial española parte de un diseño específico del FBI y su sigla es CODIS (*combined DNA index system*). En la base de datos aparecen los términos técnicos siguientes: STR autosómico, STR de cromosoma y ADN mitocondrial.

Esta base de datos dispone de un gestor que se encarga, junto con los laboratorios responsables de introducir los datos, verificar y controlar las plenas compatibilidades que se den y de examinar de manera individual las posibles desviaciones que haya.

Bibliografía recomendada

Para conocer con detalle el funcionamiento de esta base de datos, se recomienda consultar el trabajo siguiente: **L. Hombreiro**. «La base de datos nacional de perfiles genéticos. Regulación, funcionamiento y operatividad», que se puede encontrar en el enlace siguiente <https://bit.ly/2yjmtuk>.

Bibliografía recomendada

También se recomienda consultar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2008, en lo referente al caso S. y Marper contra el Reino Unido. Igualmente, la Resolución del mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 2006, en lo referente al caso Van der Velden contra los Países Bajos. Estas resoluciones responden a la pregunta de qué pasa si se detiene una persona, pero no es culpable del delito.

3. Limitaciones a la regulación actual de perfiles genéticos con finalidades identificadoras

A partir de los procedimientos e investigaciones penales, se pueden generar muchos datos, algunos de carácter personal que comportan la exigencia de respetar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Por ejemplo, es verdad que el uso de balizas o sistemas de localización (incluidos en las medidas de investigación tecnológica) aportará una gran cantidad de información sobre una persona, pero también es cierto que aportará diferentes datos de carácter personal. Y con la obtención de muestras de ADN para la investigación criminal pasa una cosa parecida a lo que pasa con las balizas o herramientas de geolocalización.

La privacidad incluye aspectos íntimos y a la vez sumamente vulnerables, que forman parte de la esfera de derechos de cada uno de nosotros. Frente a la privacidad podemos encontrar, en ocasión de las investigaciones en materia de criminalidad organizada o ciberdelincuencia, la consideración integral de comunicaciones, la captación de imágenes, el registro remoto de equipos informáticos, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, etc., o el material genético obtenido de muestras de ADN (testigo genético). Así las cosas, es necesario ver (o buscar) las fórmulas o las limitaciones que hay en la regulación actual de perfiles genéticos con finalidades de identificación.

3.1. La normativa europea sobre protección de datos de carácter personal y la transposición al ordenamiento interno mediante la nueva ley española de protección de datos

Tal y como algún autor indica, la importancia de los datos ha favorecido un debate normativo constante sobre su privacidad, libre circulación y, sobre todo, garantía de seguridad ante tratamientos ilícitos. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a una determinada persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir el tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho de la persona afectada. En definitiva, el derecho a la intimidad permite excluir del conocimiento ajeno ciertos datos de una persona. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre los datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición que los individuos se conviertan en fuentes de información sin las debidas garantías, y también el deber de prever los riesgos que pueden derivarse del acceso a esta información o de la divulgación indebida (SSTC 134/1999, 144/1999, 98/2000 y 115/2000).

Bibliografía recomendada

I. Esparza Leibar (2019). «La Directiva (UE) 2016/680 y la protección de datos de carácter personal derivada de la actividad jurisdiccional penal». En: Varios autores. *Nuevo proceso penal sin código procesal penal*. Atelier.

Bibliografía recomendada

D. Canals Ametller. «El acceso público a datos en un contexto de transparencia y de buena regulación». En: Varios autores (2016). *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*. Documenta Universitaria (págs. 11 y sig.). Ved también la doctrina penal, como por ejemplo: **Varios autores** (2015). *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*, Thomson Reuters – Aranzadi; o **Varios autores** (2017). *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*. Thomson Reuters - Aranzadi. Así mismo, en el ámbito europeo destacan las SSTJUE de 8 abril 2014, caso Digital Rights, de 21 de diciembre de 2016, caso Tele2 Sverige, y la STJUE de 2 de octubre de 2018, que son las más representativas.

Una buena muestra de este debate normativo fue la publicación, el 27 de abril de 2016, por un lado, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, y, por otro lado, de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de datos personales por parte de autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de estos datos, y por la que se deroga la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo y la Directiva 2016/681 del Parlamento y del Consejo, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

Todo lo que son imágenes, reproducciones de palabras, muestras biológicas sobre una persona física, identificada o identificable, son datos de carácter personal y, por lo tanto, tienen que recibir un tratamiento integral de protección tanto en la obtención (fase de instrucción) como en la posterior cadena de custodia y desarrollo del juicio oral. Una primera referencia que encontramos a esta protección integral es el artículo 10 del Reglamento (UE) general de protección de datos, que dispone que el tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas en base al artículo 6, apartado primero, solo se podrá llevar a cabo bajo la supervisión de las autoridades públicas o cuando lo autorice el derecho de la Unión Europea o de los estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo se podrá llevar a cabo un registro completo de condenas penales bajo el control de las autoridades públicas.

Este artículo 10 hace una mención expresa al artículo 6 del Reglamento general de protección de datos. La aportación de un dato personal al proceso judicial con finalidad de prueba solo puede producirse si hay una base jurídica que lo legitime. Esta situación de legitimación concurre en los supuestos que prevé el artículo 6.1 del Reglamento general de protección de datos: consentimiento del interesado; tratamiento necesario para ejecutar un contrato en el cual el interesado es parte; tratamiento necesario para cumplir una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; tratamiento necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; tratamiento necesario

Bibliografía recomendada

I. Esparza Leibar (2019). «La Directiva (UE) 2016/680 y la protección de datos de carácter personal derivada de la actividad jurisdiccional penal». En: Varios autores. *Nuevo proceso penal sin código procesal penal*. Atelier.

Bibliografía recomendada

J. Delgado Martín (22 de marzo de 2019). «Protección de datos personales y prueba en el proceso». *Diario La Ley* (n.º 9383).

para cumplir una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, y tratamiento necesario para satisfacer intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero (no es aplicable al tratamiento hecho por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones).

Una segunda referencia dedicada al tratamiento integral de la protección de datos resultantes de imágenes, palabras o muestras biológicas es la Ley orgánica española de protección de datos (LO 3/2018).

Si dirigimos la mirada al preámbulo y al índice esquemático del contenido de esta ley orgánica, veremos que en el título II, «Principios de protección de datos», se recoge expresamente el deber de confidencialidad en el tratamiento de datos de naturaleza penal y se alude obligatoriamente al consentimiento del afectado que tiene que preceder el tratamiento de estos datos. Así es, tiene que haber una declaración o una clara acción afirmativa del afectado, de forma que se excluye lo que se conocía como manifestación tácita. Se indica que el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades es necesario que conste de manera específica e inequívoca y que se otorgue para todas.

Más allá de la exposición de motivos, el artículo 10 de la Ley de protección de datos de fines del 2018 dispone que el tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, y también a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas, para fines diferentes de los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, solo se puede llevar a cabo cuando esté amparado en una norma de derecho de la Unión Europea, en esta ley orgánica o en otras normas de rango legal. Además, fuera de los supuestos señalados, los tratamientos de datos referidos a condenas e infracciones penales, y también a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas solo serán posibles cuando sean llevados a cabo por abogados y procuradores y tengan por objeto recoger la información facilitada por sus clientes para ejercer sus funciones.

Con la Ley orgánica 10/2007 se ha previsto la anotación de perfiles genéticos de condenados en la base de datos policial en caso de delitos graves contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad sexual, y se añade el riesgo de conducta reiterativa. Esta base de datos se puede considerar una herramienta eficaz de prevención de la criminalidad. Ahora bien, hay varios expertos que se preguntan si esto es absolutamente útil. Y también hay que añadir el problema o el conflicto predominante entre la obtención de estas pruebas de ADN o perfiles genéticos y la privacidad o protección de datos de carácter personal. Hay que ver cómo evoluciona la aplicación de todas las normas que regulan el tratamiento de datos personales antes de hacer valoraciones concretas de su implementación. Además, el debate sobre el tratamiento o protección de

datos resultantes de imágenes, palabras o muestras biológicas no se acabará ni es previsible que se acabe en el futuro, puesto que se trata de cuestiones que por su naturaleza implican puntos controvertidos, sea cual sea la regulación.

Es interesante leer diferentes sentencias relacionadas con el régimen de protección del derecho a la intimidad en las diferentes vertientes: intimidad corporal (SSTC 7/1994, 35/1996, 37/1989, 57/1994, 207/1996, 218/2002); intimidad domiciliaria (SSTC 22/2003, 89/2006, 94/1996, 133/1995, 290/1994); intimidad económica (SSTC 110/1984, 195/1994, 233/2005), y autodeterminación informática (SSTC 234/1997, 70/2002, 206/2007).

Actividades

Preguntas cortas

1. ¿Qué objetivos tiene la Ley orgánica 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN?
2. ¿Qué diferencia hay entre inspecciones e intervenciones corporales?
3. ¿Cómo se ejecuta y se controla la medida concreta de la intervención corporal para determinar el perfil de ADN del investigado?
4. ¿Hay diferencias entre la normativa española y la europea sobre el tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas?

Preguntas para desarrollar

1. Haced una valoración del artículo 129 bis del Código Penal sobre la obtención coactiva de perfiles genéticos de condenados con finalidades de inclusión en la base de datos policial de ADN.
2. Buscad información y haced una descripción del funcionamiento de la base de datos policial española.
3. ¿Pensáis que las bases de datos policiales de ADN son un instrumento realmente eficaz para luchar contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?
4. ¿Qué opinión os merece el tratado de Prüm?

Glosario

ácido desoxirribonucleico *m* Biopolímero cuyas unidades son desoxirribonucleótidos, que constituye el material genético de las células y que contiene en su secuencia la información para sintetizar proteínas. Es más conocido por las siglas ADN o DNA.

base de datos genética *f* Base de datos que contiene perfiles genéticos, es decir, los resultados de un análisis de ADN. Se trata de cifras y letras asociadas al código de identificación de una persona, incluidas en bases virtuales. Acceder a ellas está perfectamente controlado.

base de datos con finalidades de investigación criminal *f* Archivo que contiene perfiles de ADN obtenidos a partir de muestras de referencia, es decir, de individuos sospechosos o condenados en una investigación criminal (muestras indubitativas), y también perfiles de ADN anónimos obtenidos de vestigios biológicos encontrados en el escenario de un delito, también llamados indicios o muestras dubitativas.

dato genético *f* Dato personal relativo a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporciona una información única sobre la fisiología o la salud de esta persona, obtenida en particular de analizar una muestra biológica de la persona física.

dato personal *f* Toda la información sobre una persona física identificada o identificable (interesado). Se considera persona física identificable toda persona cuya identidad se puede determinar, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número, unos datos de localización, unos datos en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social.

información genética *f* Conjunto de mensajes codificados en los ácidos nucleicos que origina la expresión de los caracteres hereditarios propios de los seres vivos mediante reacciones bioquímicas.

Bibliografía

Los manuales no tienen fecha/año porque siempre es preferible consultar la última edición.

Armenta Deu, T. *Lecciones de derecho procesal penal*. Marcial Pons (última edición).

Blasi Casagran, C. (2015). «Límites del derecho europeo de protección de datos en el control de fronteras de la UE». *Revista CIDOB* (n.º 111).

Caruso Fontán, V. (2012). «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética». *Foro, Nueva Época* (vol. 15, n.º 1).

Delgado Martín, J. (2019). «Protección de datos personales y prueba en el proceso». *Diario La Ley* (n.º 9383).

Esparza Leibar, I. (2019). «La Directiva (UE) 2016/680 y la protección de datos de carácter personal derivada de la actividad jurisdiccional penal». En: Varios autores. *Nuevo proceso penal sin código procesal penal* Atelier.

Hombreiro, L. (2014). *La base de datos nacional de perfiles genéticos. Regulación, funcionamiento y operatividad* [en línea]. [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2019]. <http://agmf.es/az/LA_BASE_DE_DATOS_NACIONAL_DE_PERFILES_GENETICOS._HOMBREIRO_L.pdf>

Líbano Beristain, A. (2016). «Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN». *Revista General de Derecho Procesal* (n.º 38).

López Reyes, E. (2017). «La prueba pericial científica. Especial referencia a los perfiles de ADN como método de investigación del delito» [curso]. En: *Búsqueda nacional e internacional en base de datos de ADN e intercambio de información*.

Neyra Keppler, S. Á. de (2012). «La toma de muestras de ADN en las víctimas de los delitos». *La Ley Penal*.

Pérez Marín, M. A. (2018). *Inspecciones, registros e intervencions corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*. Tirant lo Blanch.

Solar Calvo, P. (2015). «El nuevo art. 129 bis CP». *Legal Today*.

Varios autores (2016). *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*. Documenta Universitaria.

Varios autores. *Derecho jurisdiccional III, proceso penal*. Tirant lo Blanch (última edición).

Varios autores (2017). *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*. Thomson Reuters - Aranzadi.

Varios autores (2014). *La prueba de ADN en el proceso penal*. Tirant lo Blanch.

Varios autores (2013). *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* Dykinson.

Varios autores (2015). *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*. Thomson Reuters - Aranzadi.

Legislación relevante

Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de estos datos, y por la que se deroga la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/txt/?uri=celex%3A32016L0680>

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/txt/?uri=celex%3A32016R0679>

Instrumento de ratificación de España del Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuen-

cia transfronteriza y la migración ilegal, realizado en Prüm el 27 de mayo de 2005. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=boe-a-2006-22583>

Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Ley orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.

Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobativo de la Ley de enjuiciamiento criminal.