

# LAS BASES DE DATOS GENETICOS PARA APLICACIONES POLICIALES

YOLANDA GOMEZ SANCHEZ  
Catedrática de Derecho Constitucional

## 1. LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Bajo la unión de estos tres términos la Unión Europea ha venido articulando un conjunto de acciones tendentes a profundizar en la seguridad común y en la cooperación policial y judicial. Emerge así lo que conocemos como *espacio de libertad, seguridad y justicia* (ELSJ) en el que se integran los ámbitos de justicia y asuntos de interior (JAI) que figuraban en el Título VI del Tratado de Maastricht (*tercer pilar*); por su parte, el Tratado de Amsterdam comunitarizó el asilo, la inmigración y la cooperación judicial civil.

Dentro del *espacio de libertad, seguridad y justicia*, la cooperación policial y judicial en materia penal tiene el objetivo de profundizar en la cooperación entre las autoridades policiales y judiciales para ofrecer a los ciudadanos una eficaz protección. Esta cooperación, pretende prevenir y también combatir, por una parte, el racismo y la xenofobia y, por otra, la delincuencia organizada, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos, los delitos contra los niños, el tráfico de drogas y armas, la corrupción y el fraude. Los múltiples problemas que se dan cita bajo este *espacio* justifican ampliamente la importancia y la atención que Europa presta a los mismos.

La cooperación policial y judicial en materia penal, que se lleva a cabo por agencias creadas por la Unión Europea como *Eurojust*, *Europol* y la *Red Judicial Europea*, se plasma en la colaboración: a) entre las fuerzas policiales nacionales; b) entre las autoridades aduaneras nacionales; y c) entre las autoridades judiciales nacionales.

Esta cooperación implica igualmente un esfuerzo por armonizar las legislaciones penales de los Estados miembros y por la creación

de instrumentos de reconocimiento y eficacia de las resoluciones judiciales en materia penal. En este ámbito las competencias del Consejo y de los propios Estados miembros siguen siendo prevalentes respecto de las que asumen la Comisión, el Parlamento y el Tribunal de Justicia.

Complementariamente a todo lo anterior han surgido iniciativas entre algunos Estados miembros que les han llevado a suscribir acuerdos y convenios sobre estas materias con el objetivo de que puedan llegar a convertirse en Derecho de la Unión. Tal es el caso del *Tratado relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal* (Convenio de Prüm), firmado inicialmente por siete Estados miembros de la Unión Europea -entre ellos por España- el 27 de mayo de 2005 (y ratificado por nuestro país el 18 de julio de 2006). Me refiero a este Tratado en otros epígrafes de este artículo.

El Proyecto de Constitución -que ya nunca adquirirá vigencia tal y como fue aprobado- suprimió los pilares y *comunitarizó* la cooperación policial y judicial en materia penal. Las disposiciones relativas al ELSJ quedaban recogidas en el capítulo IV del título III de la parte III. Los acuerdos adoptados por el Consejo Europeo de Bruselas, de 21 y 22 Junio de 2007, permitirán desbloquear la situación creada por el resultado negativo en los respectivos referendos de ratificación de la Constitución Europea que se celebraron en Francia y Holanda.

Por su parte, la Constitución española establece que la libertad y la justicia son dos de cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); mientras que el artículo 17.1 proclama que "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad". Otros varios preceptos de la Constitución confirman y desarrollan estas previsiones. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

Todos tienen derecho, pues, a ejercer su libertad, a que se garantice su seguridad y a un sistema jurídico basado en la justicia. Estos derechos originan las correspondientes obligaciones de los poderes públicos por cuanto son éstos los responsables de garantizar el ejercicio de los mismos por parte de todos los ciu-

dadanos. Estas obligaciones asignadas a los poderes públicos permiten que las fuerzas y cuerpos de seguridad y, en su caso, el ejército adopten medidas concretas y lleven a cabo acciones para la defensa de los derechos y libertades constitucionales. Sin embargo, tal empresa no está exenta de dificultades como es común a gran parte de la regulación sobre derechos y libertades. La determinación del contenido esencial de cada derecho y de los límites que, en su caso, puedan modular su ejercicio en circunstancias determinadas, así como los sistemas de ponderación e interpretación del propio sistema de derechos coadyuvan a encontrar el nivel adecuado de ejercicio de los mismos. La integración plena de nuestro país en la construcción europea determina, por otro lado, que estas acciones deban desarrollarse en el marco del Derecho europeo.

En los últimos años se han desplegado importantes iniciativas en orden a disciplinar y obtener los objetivos implicados en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Ello ha originado que se hayan adoptado decisiones que, en mayor o menor medida, afectan al ejercicio de los derechos fundamentales. Estas implicaciones no son desconocidas por las autoridades europeas y en ocasiones han sido puestas de relevancia. Sin embargo, la necesidad de luchar contra el crimen organizado y contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza, los flujos migratorios no legales y la necesidad de asegurar la cooperación entre los Estados de la Unión Europea y también con terceros países ha puesto de manifiesto la necesidad de profundizar en medidas que, sin merma de la eficacia contra la delincuencia, resulten compatibles con el sistema de derechos de los países miembros y con el propio estándar de protección europeo.

La constitución de bases de datos genéticos para aplicaciones policiales es uno de los campos en los que la protección de la seguridad y la garantía de las libertades individuales están frecuentemente interrelacionadas. No cabe poner en duda que la información genética es un instrumento de suma utilidad en la persecución de hechos delictivos, en la prevención de los mismos y en la garantía de la seguridad nacional e internacional aunque las implicaciones en la intimidad del sujeto en otros varios de sus derechos fundamentales obligan a

adoptar medidas rigurosas para su utilización. De cómo se lleve a cabo la articulación entre dichas medidas y los derechos afectados dependerá que los límites al ejercicio de los derechos resulten compatibles con la Constitución o vulneradores de la misma.

## 2. DATOS GENETICOS

### 2.1. Concepto.

Desde su inicial identificación en 1868 (1), el ADN (ácido desoxirribonucleico) se ha revelado como un elemento de gran importancia en muy diversos aspectos de la vida humana. Es, quizá, desde finales de la década de los ochenta cuando las técnicas de análisis del ADN se han hecho habituales en muchos países y, entre ellos, en el nuestro, emergiendo convenios internacionales, acuerdos y legislación nacional sobre las diferentes aplicaciones de estos análisis. La potencialidad aplicativa de los datos genéticos ha alcanzado a diferentes áreas del Derecho, y se ha convertido en un factor relevante en una pluralidad de actividades relacionadas con la salud y la asistencia sanitaria, así como también en el ámbito policial y forense, en la identificación de personas, en la investigación de la maternidad y la paternidad y otras relaciones de parentesco o en la lucha contra la migración ilegal (2).

Se han formulado muy diversas definiciones de "datos genéticos". Así, el artículo 2 de la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos de la UNESCO de 2003 (3) entiende por tal toda "información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos (4); por su parte, la Recomendación R(97)5 del Consejo de Europa los define como "todos los datos, con independencia de su tipo, que se refieren a las características hereditarias de una persona o al modelo de herencia de estas características de un grupo de personas de la misma familia (5). También algunas legislaciones nacionales, como la Ley luxemburguesa de protección de datos, incorporan una definición de los mismos que, en este caso, corresponde a "cualquier dato relativo a las características hereditarias de una persona o de varias personas de la misma familia" (6).

La muy reciente Ley española sobre Investigación Biomédica, define, en su artículo 3 j), los datos genéticos de carácter personal como la "información sobre las características hereditarias de una persona, identificada o identificable obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos", recogiendo prácticamente la misma redacción que figura en la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos citada anteriormente.

Las técnicas de análisis de ADN revelan el carácter único de cada persona (a excepción del caso de los gemelos homocigóticos) y su configuración genética, por lo que su trascendencia resulta innegable, a la vez que la obtención y la utilización de estos datos personales presentan problemas de gran calado (7). Los datos que pueden obtenerse a través del análisis del ADN transparentan ámbitos extremadamente sensibles de la vida privada y de la propia realidad física de la persona, todo lo cual aconseja tratar con extrema prudencia y máximas garantías los datos de esta naturaleza, y adoptar las medidas necesarias para tutelar los derechos fundamentales que pudieran verse comprometidos con estas técnicas. Junto a la amenaza al derecho a la intimidad (8), que desde siempre ha sustentado la regulación sobre protección de datos, debemos ahora incorporar otros derechos -nuevos derechos- que pueden verse igualmente afectados por la obtención y tratamiento de datos de carácter personal en general y de datos genéticos en particular; tal es el caso del derecho a la *autodeterminación física*, del derecho a la *autodeterminación informativa* (9), del *derecho a la identidad genética* y, transversalmente a ellos, del *derecho a la igualdad* y la consiguiente *prohibición de discriminación y estigmatización* (10).

La cantidad y relevancia de la información genética que puede obtenerse a través del análisis del ADN no es igual en todos los casos (11). En el ADN *codificante* o *expresivo* los genes poseen la propiedad de codificar la fabricación de proteínas que actúan a nivel celular y que se expresan en la persona con carácter individual y de forma normal o patológica. A través del análisis del ADN *codificante* puede obtenerse una amplísima y diversa información genética sobre el sujeto. Sin embargo, no todo el ADN que conforma el

genoma es *codificante*; el ADN *no codificante* o *no esencial* no codifica proteínas (lo que ha llevado a denominarlo "ADN basura") y no son totalmente conocidas sus funciones. Aunque los análisis del ADN *no codificante* no aportan, en el estado actual del conocimiento, datos relativos, por ejemplo, a enfermedades presentes o a la propensión mayor o menor a patologías futuras u otros aspectos directamente relacionados con la salud, sí permiten la identificación prácticamente absoluta del sujeto, de donde han derivado las expresiones *huella genética* o *perfil* de ADN para aludir a este tipo de pruebas. Por estas características las bases de datos de perfiles de ADN tienen aplicaciones muy directamente vinculadas a la garantía de la seguridad y a la lucha contra la delincuencia. Con todo, los problemas de su articulación con el ejercicio de los derechos y libertades son frecuentes.

Como he señalado, el conocimiento sobre el ADN *no codificante* es actualmente parcial y podrían aparecer en el futuro nuevos datos sobre el mismo, que obligarían a cambiar su definición presente y, quizá, las aplicaciones - preferentemente policiales y de identificación- en las que su análisis viene aplicándose en diversos países. Este aspecto es relevante, por cuanto gran parte de la regulación que actualmente se está consolidando en este campo legitima una cierta reducción de la protección de los datos genéticos obtenidos a través del análisis del ADN no codificante, en base precisamente a la limitación de la información que actualmente ofrecen.

## **2.2. Los datos genéticos: entre la protección reforzada como "datos de salud" y la protección restringida en las "aplicaciones policiales".**

Como es sobradamente conocido, tanto en el ámbito supranacional como en los ordenamientos de diferentes Estados nacionales, los denominados datos de salud se han consagrado como un tipo específico de datos personales, que por sus implicaciones en la esfera más privada del individuo deben recibir una mayor protección del ordenamiento. Fue el *Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter*

*personal* de 28 de Enero de 1981, y su *Protocolo Adicional* de 8 de noviembre de 2001 (12), el que introdujo la categoría de *dato sensible* o dato especialmente protegido. Tanto la legislación nacional como la supranacional contemplan para este grupo de datos sensibles previsiones específicas, y los mismos han sido considerados elementos de la personalidad del individuo (13).

El Convenio establece expresamente que los datos calificados como datos sensibles sólo podrán ser tratados si el derecho interno establece para ellos una mayor protección. Esta mayor protección se ha incorporado a la legislación interna muy vinculada a la seguridad de los datos y a la necesidad de obtención del consentimiento informado (14). Excepcionalmente, el interés general puede suplir al necesario consentimiento informado (15). No hay discusión sobre la pertenencia de los datos de salud a la categoría de datos sensibles y, en mi opinión, tampoco debe haberla respecto de la pertenencia de los datos genéticos a dicha categoría, pero no porque todos los datos genéticos deban ser considerados datos de salud -y, por ello, datos sensibles- o deban asimilarse a aquéllos -tesis que se mantiene por las Agencias de Protección de Datos tanto central como autonómicas y aparece recogida en diversos documentos- sino porque todo dato genético es, por la naturaleza de la información que revela o pudiera revelar, un dato merecedor de una protección reforzada, aunque sus diferentes aplicaciones (como, por ejemplo, las aplicaciones policiales y de seguridad) pudieran modular su regulación.

En el ámbito de la Unión Europea la preocupación por la protección de datos personales no es nueva. El Tratado Constitutivo es receptivo a este problema en diversos artículos (artículo 30, sobre actividades de la Europol o artículo 286 sobre obligaciones de la UE en materia de protección de datos). Más específicamente en el tema que tratamos, la Directiva 95/46/CE, aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos, afirma que los "Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos perso-

nales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad", sin que se aluda específicamente a los datos genéticos aunque los mismos, tal y como ya he señalado, han venido siendo incluidos o asimilados a los anteriores. En este sentido, el *Grupo del artículo 29 sobre protección de datos* de la Unión Europea, en su Documento sobre datos genéticos, de 17 de marzo de 2004, consideró que "dada la gran particularidad de los datos genéticos y su conexión con informaciones susceptibles de revelar el estado de salud o el origen étnico, es conveniente considerarlos como datos especialmente sensibles, incluyéndolos en la definición del artículo 8, párrafo 1 de la Directiva, y siendo, por tanto, objeto de la protección reforzada prevista por la Directiva y las leyes nacionales de transposición" (16).

También el Consejo de Europa se ha manifestado específicamente sobre datos genéticos en la Recomendación n.º R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos, confirmando la asimilación de los datos genéticos a los datos de salud (17).

La preocupación por la protección específica de los datos genéticos se ha manifestado también y muy nitidamente en los trabajos de la UNESCO, en especial en la última década. El artículo 7 de la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos* de 1997. Las previsiones de esta Declaración Universal fueron ampliamente desarrolladas en la *Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos* de 2003, que volvió a insistir en la vinculación entre datos genéticos y datos de salud.

La *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*, siguiendo lo establecido en la Directiva 95/46/CE, ha sido receptiva a la singularidad de los datos relativos a la salud, cuya protección se ubica en el artículo 7 de la Ley Orgánica referido a "Datos especialmente protegidos"; pero no contiene referencias a los datos genéticos que, en la práctica, reciben el mismo tratamiento que aquéllos, con las excepciones que más adelante se señalan y

que marcan las grandes diferencias de regulación en materia de protección de datos genéticos. Tanto la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* como la Ley sobre Investigación Biomédica confirman lo que venimos exponiendo sobre la inclusión de los datos genéticos como datos de salud.

Ni la Ley 8/2001 (CAM), de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid, ni la Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, contienen tampoco referencia alguna a los datos genéticos ni a los datos sobre la salud. La Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos, no menciona los datos genéticos pero sí alude, en el artículo 2.4, al tratamiento de estos datos por instituciones y centros sanitarios, y en el artículo 22.4.d) tipifica como infracción muy grave "recabar y tratar datos referidos al origen racial, a la salud o a la vida sexual, cuando no lo disponga una ley o el afectado no haya consentido expresamente".

En general, tanto la Agencia Española de Protección de Datos, como las Agencias creadas en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Madrid y País Vasco, habían venido dando a los datos genéticos el tratamiento de datos sensibles, aunque no todos los datos genéticos se aplican en los campos citados, por lo que venían recibiendo garantías reforzadas sólo una parte de la información genética obtenida mediante análisis de ADN. Con ocasión de la tramitación del Proyecto de Ley de bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, la Agencia de Protección de Datos ha insistido en que los datos genéticos deben ser considerados datos relativos a la salud de las personas y por tal motivo deben recibir las garantías asignadas a los datos *sensibles* y así debería ser recogido en el texto del Proyecto.

Así, el reconocimiento de una protección *reforzada* para algunos datos genéticos se ha producido por la vía de su asimilación a los datos de salud, concepto que ha venido interpretándose de manera claramente extensiva

para permitir incluir en el mismo diversas aplicaciones (18). Sin duda, la asimilación de los datos genéticos al grupo de datos de salud o datos médicos persigue reconocerles un estatus de datos especialmente protegidos, lo cual resulta adecuado a efectos de su protección pero no lo es, sin embargo, a efectos de su naturaleza, pues tal ubicación elude un reconocimiento general de la naturaleza específica de los datos genéticos que reclama una protección singular en todos los casos.

Este hecho ha producido una situación paradójica, puesto que junto a los datos genéticos máximamente protegidos hay otros datos genéticos cuya protección está notablemente recortada y utilidades que, simplemente, no están reguladas. Así, en general, tanto en el marco supranacional como en el nacional, los datos genéticos que se obtengan y traten para aplicaciones policiales, de seguridad del Estado o de seguridad pública, y que pudieran ser utilizados para la represión de infracciones penales o, incluso, para la identificación de personas o la determinación de relaciones de parentesco biológico, vienen siendo excluidos de la protección reforzada a la que aludimos por la vía de remitir su regulación a leyes propias. El Convenio 108 así lo establece, y matiza algunas de las garantías que reconoce a la protección de datos en general. Lo mismo sucede con la Recomendación (97) 5, de 13 de febrero de 1997, que, en su artículo 4.8, establece que el "procesamiento de datos genéticos con fines judiciales o de investigación criminal debe ser objeto de una ley específica que ofrezca medidas de salvaguardia adecuadas".

Similar previsión encontramos en la *Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos* de la UNESCO cuyo ámbito de aplicación se extiende a la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de datos genéticos, datos proteómicos humanos (19) y muestras biológicas (20), exceptuándose de este ámbito de aplicación la investigación, el descubrimiento y el enjuiciamiento de delitos penales o de pruebas de determinación de parentesco, que estarán sujetos a la legislación interna que sea compatible con el Derecho Internacional relativo a los derechos humanos.

Sin perjuicio de lo anterior, la propia

Declaración Internacional incluye, en su artículo 12, una previsión específica en relación con obtención de datos genéticos 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 determinación de parentesco, la extracción de muestras biológicas, *in vivo o post mortem*, estableciendo que dichos análisis deberían efectuarse de conformidad con el derecho interno, compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

En el mismo sentido, la Ley Orgánica de Protección de Datos excluye de su ámbito de aplicación (art. 2.2.c) los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. Sin perjuicio de lo anterior, el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos. El apartado 3 del mismo artículo 2 remite a su legislación propia y, en su caso, a lo que pueda disponer la propia Ley Orgánica, el tratamiento de otros datos personales entre los que se encuentran los que "tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas"; los "derivados del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes; y los "procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia". Estas previsiones confirman la exclusión de determinados datos -genéticos o de otra naturaleza- en razón de las aplicaciones de los mismos.

La conclusión parcial a la que nos lleva este breve repaso por el tratamiento que reciben los datos genéticos es que la misma depende de las *aplicaciones* de la información genética obtenida mediante análisis de ADN, y que no se ha reconocido en general a este tipo de datos la categoría de datos sensibles como demanda, en mi opinión, su naturaleza.

La actual situación, en la que algunos datos genéticos reciben una protección reforzada, mientras otros datos genéticos están regulados con protección notablemente reducida, no

permite un tratamiento general de estos datos acorde con los criterios de protección e interpretación de los derechos y libertades. Todo dato genético debe ser considerado dato sensible y debe recibir por ello una regulación específica y reforzada, lo cual puede requerir prestar atención a las diferentes aplicaciones de la información genética -tal podría ser el caso de las aplicaciones en materia de seguridad y prevención del delito- pero sin menoscabar la naturaleza *sensible* de los datos genéticos.

La naturaleza *sensible* de los datos genéticos tiene su fundamento en el tipo de información que revelan o pueden revelar (21). Esta información no puede ser distinguida de otras informaciones con un criterio cuantitativo (por ejemplo, cuando se refiere solo a la identificación del sujeto a través de perfiles de ADN) sino cualitativamente (información personalísima, inmutable, de amplias consecuencias, etc.), sobre las que el individuo debe tener siempre el máximo control como manifestación de su derecho de autodeterminación informativa y, en numerosos casos, también como consecuencia del reconocimiento de otros derechos, como el derecho de autodeterminación física o el derecho a la identidad genética a los que antes ya he aludido.

La correcta definición y regulación de los datos genéticos precisa, en mi opinión, de una reforma de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos, en la que se incluya un título específico dedicado a las diferentes categorías de datos sensibles (ahora tratados en el Título II, dedicado a los "Principios de la protección de datos). Esta nueva regulación debería contemplar la naturaleza sensible de los datos genéticos, las distintas aplicaciones y la regulación que, en su caso, deban recibir atendiendo -sin menoscabo de su naturaleza sensible- a dichas aplicaciones. Esta propuesta implicaría modificar el criterio actual de exclusión de determinados datos genéticos de las reglas y principios generales, no contravendría ningún principio constitucional y lograría la necesaria armonización legislativa en relación con los datos genéticos. Además, la regulación integrada de los datos genéticos no impediría una diferente regulación de desarrollo que pudiera modular -cuando ello fuera estrictamente necesario- su regulación en función de

las distintas aplicaciones de la información genética tal y como venimos defendiendo (22).

### 3. APLICACIONES DE LA INFORMACION GENETICA

Coincido con quienes estiman que la *información genética* es un elemento de suma relevancia con independencia de la técnica empleada para la obtención de dicha información (23); la singularidad de cualquier información genética es la que determina la necesidad de un tratamiento específico de los datos genéticos. Pero tratamiento específico no significa, obviamente, tratamiento diverso y disperso, que es lo que frecuentemente sucede. Creo que actualmente hay, al menos, cinco diferentes aplicaciones de la información genética obtenida mediante los análisis de ADN (24):

1. *La obtención de información genética por el sujeto para su propio conocimiento y para el ejercicio de otros derechos.*
2. *La obtención y aplicación de la información genética en el ámbito de la salud, la asistencia sanitaria y los tratamientos médicos.*
3. *La obtención y aplicación de la información genética en la investigación biomédica y la investigación científica general.*
4. *La obtención y aplicación de la información genética en la identificación de personas (vivas o muertas), en la determinación de la paternidad y de la maternidad y de otras relaciones de parentesco.*
5. *La obtención y aplicación de la información genética a través de análisis de ADN en el ámbito de la seguridad pública, la prevención y persecución de los hechos delictivos, y en la medicina forense.*

Como hemos señalado anteriormente, la aplicación de las técnicas de análisis de ADN en el ámbito de la seguridad y la prevención y persecución de la delincuencia es cada vez más frecuente y un número creciente de países se dota de una regulación sobre estas aplicaciones. A ello hay que añadir que actualmente existen ya convenios y acuerdos internacionales en general y comunitarios en particular que contemplan y regulan la información genética, como un instrumento de máxima

relevancia en la lucha contra la delincuencia y los problemas de seguridad internacional (25).

Desde la década de los noventa, España ha intentado en diversos momentos dotarse de una regulación interna sobre datos genéticos en el ámbito policial y de seguridad. Tal fue el caso de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular de 21 de febrero 1995, sobre *Uso y práctica del análisis del ADN dentro del sistema del derecho penal y en la investigación de la paternidad*, y del Anteproyecto de Ley (26) elaborado a partir de una Proposición no de Ley de fecha 5 de mayo de 1998, presentada por el mismo Grupo Parlamentario, aunque ninguna de estas iniciativas llegó a ser aprobada definitivamente.

Poco tiempo antes de la primera de estas iniciativas, se aprobó la *Orden Ministerial de 26 de julio de 1994*, que habilitó la constitución de ficheros de ADN de la Policía Nacional y, también poco tiempo antes de la presentación de la Proposición no de Ley antes citada, se publicó la *Orden de 18 de marzo de 1998*, que amplía y regula el fichero automatizado de identificación genética (ADN) de cadáveres/desaparecidos de la Dirección General de la Guardia Civil. Ambas órdenes fueron completadas y modificadas por órdenes posteriores (27). Tanto estas normas como la Proposición de Ley de 1995 y el Anteproyecto de Ley de 1998 se tramitaron bajo la *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal*, que se extendió su vigencia hasta el 14 de enero de 2000.

Como dijimos ya anteriormente, la LOPD excluye de su ámbito de aplicación los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada (art. 2.2 c). No obstante, los responsables de los ficheros de esta naturaleza deberán comunicar previamente la existencia de los mismos, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos.

Por otro lado, el artículo 22.2 de la LOPD regula la existencia de los ficheros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estableciendo, entre otros aspectos, que la "recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas

están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad". Los datos personales registrados con fines policiales -sigue afirmando el mismo artículo, en su apartado 4- "se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento."

De una interpretación conjunta del artículo 2.2c) y del artículo 22.2 de la LOPD cabría deducir que la LOPD no se aplica a los datos obtenidos y tratados en relación con la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, y no es tan clara la exclusión de la LOPD en otros casos como el de los delitos derivados del fenómeno de la migración ilegal, por cuanto esta forma de delincuencia no está excluida en el artículo 2.2 c) y sí parece estar comprendida en el ámbito de los ficheros regulados en el artículo 22.2 de la LOPD.

En 2003, la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal*, introdujo en nuestro ordenamiento una regulación parcial sobre la utilización de datos genéticos para fines policiales y judiciales. La Disposición Final Primera de esta Ley modificó los artículos 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; por un lado, añadió un párrafo tercero al artículo 326 LECr, disponiendo que "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". De otra parte, la Disposición Final Primera añadió también un segundo párrafo al artículo 363 LECr, de forma que "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".

Por último, la misma Ley 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, introdujo una nueva Disposición Adicional Tercera a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se creó la Comisión Nacional sobre uso forense del ADN, con competencia para acreditar a los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres.

Con estas modificaciones, el uso de los datos genéticos con fines de prevención o represión de los delitos quedó algo más definido en nuestro ordenamiento, aunque dichas disposiciones no constituyeron una regulación completa ni unitaria como venimos defendiendo. Si en 1995 y 1998 resultaba ya urgente elaborar una norma que abordara globalmente la regulación de los datos genéticos en España, en estos momentos tal iniciativa resultaba inexcusable. Sin embargo, la tendencia sigue siendo la de regular aplicaciones determinadas. A este fin responde sin duda el *Proyecto de Ley 121/000117 Reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN*, que tuvo su entrada en el Congreso de los Diputados el 12 de diciembre de 2006 (28). En su Exposición de Motivos se alude a la necesidad de elaborar esta norma, entre otros motivos, para cumplir con los "compromisos internacionales progresivamente adquiridos por nuestro país en materia de intercambio de perfiles de ADN para investigaciones de determinados delitos", aunque no se llega a mencionar expresamente el Tratado de Prüm ratificado por España.

La Guardia Civil y la Policía Nacional son titulares de bases de datos genéticos y, a partir de 2005, se vino trabajando en una base de datos conjunta, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad, del Ministerio del Interior (Proyecto SUBA). Actualmente la Agencia Española de Protección de Datos tiene registrados, por parte de la Policía Nacional, el fichero *ADN-Veritas* (BOE, 11/07/2002), para colaborar con la

Administración de Justicia en la represión de infracciones penales con identificación genética de vestigios biológicos recogidos en la investigación de presuntos delitos o muestras de la misma naturaleza y el fichero *ADN-Humanitas* (BOE, 11/07/2002), para la identificación de restos humanos de víctimas de hechos catastróficos o criminales y cadáveres de desaparecidos por ADN extraído de los mismas investigaciones por el Cuerpo Nacional de Policía con los citados fines. La Guardia Civil ha registrado el fichero *ADNIC* (BOE, 23/03/2000), con la finalidad de cooperar con la Administración de Justicia mediante la identificación genética de vestigios biológicos y la identificación genética de muestras de origen conocido para uso de investigación policial y el fichero *FÉNIX* (BOE, 18/03/1998), para identificación genética de personas desaparecidas y cadáveres sin identificar con finalidad científica de interés público y judicial para uso en investigación de la Guardia Civil. También existe la base de perfiles de ADN (BOE, 26/05/2003) del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

En este sentido, la Disposición Adicional Primera del Proyecto de Ley sobre identificadores obtenidos a partir del ADN establece que el Ministerio del Interior "adoptará las medidas oportunas para que los diferentes ficheros y bases de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN que, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado existieran a la entrada en vigor de esta Ley, pasen a integrarse en la base de datos policial creada por la misma". Será igualmente posible, mediante la suscripción del oportuno convenio, la integración en la nueva base de datos de los datos procedentes de otros ficheros, registros o bases de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN, distintos a los descritos en el artículo 1 del Proyecto siempre que las finalidades sean las previstas en dicho Proyecto.

En cuanto al ámbito europeo, cabe señalar que la necesidad de crear bases de datos estables, que permitieran el intercambio de información entre los Estados, ha sido reiteradamente expuesta tanto desde las instituciones de la Unión Europea (29), como desde el Consejo de Europa.

Específicamente sobre datos genéticos, la

Unión Europea se ha manifestado a través de las Resoluciones del Consejo relativas al intercambio de resultados de análisis de ADN, de 9 de junio de 1997 y de 25 de junio de 2001, respectivamente. En la primera de ellas se invita a los Estados miembros a que consideren la creación de bases de datos nacionales sobre ADN y a que, para facilitar el intercambio de información, estructuren las bases de datos con arreglo a normas comunes y de forma compatible. Para la inexcusable protección del derecho a la intimidad de los afectados, el flujo de información debe limitarse al intercambio de datos "de la parte no portadora de códigos de la molécula del ADN, de la que cabe suponer que no contiene información sobre rasgos hereditarios específicos" o ADN no codificante. Expuse en páginas precedentes mis reservas sobre esta afirmación y, especialmente, debo insistir ahora en que la necesidad de que todo dato genético reciba las máximas garantías.

La Conferencia Europea de Autoridades de Protección de Datos (Chipre, mayo, 2007), aprobó tres documentos sobre protección de datos en el ámbito policial; uno, sobre la implantación del Principio de Disponibilidad; otro sobre el Proyecto de Decisión Marco sobre protección de datos en la cooperación policial y judicial y, el tercero, aprueba una reestructuración del Grupo de Trabajo de Protección de Datos en la Policía.

También el Consejo de Europa se ha venido pronunciando sobre estos problemas a partir de la Recomendación (92)1, de 10 de febrero de 1992, de su Comité de Ministros, sobre la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal. Tal y como se señaló en un epígrafe anterior, el *Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal* reiteradamente citado, establece que las garantías de los datos que pudieran estar en relación con hechos delictivos o con acciones que pusieran en peligro la seguridad del Estado o la seguridad pública, o pudieran ser utilizados para la represión de infracciones penales, permiten matizar algunas de las garantías que el Convenio reconoce a la protección de datos en general.

## 4. EL CONVENIO DE PRÛM Y LAS APLICACIONES POLICIALES Y DE SEGURIDAD DE LOS DATOS GENÉTICOS.

### 4.1. Objetivos del Convenio.

El *Tratado relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal*, fue suscrito por siete países miembros de la Unión Europea (30).

Los Estados Parte en este Tratado manifiestan en el preámbulo del documento el deseo de incorporar su régimen al marco jurídico de la Unión Europea, con el objetivo de mejorar y profundizar en el intercambio de información en el seno de la Unión en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. Previsión que se concreta en el artículo 1(4) en el que se dispone que, como máximo tres años después de la entrada en vigor del Tratado, se alentará el traslado de las disposiciones del mismo al marco jurídico de la Unión, previo acuerdo con la Comisión Europea o a propuesta de ésta y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Antes de cumplirse ese plazo, se han producido ya iniciativas y se han alcanzado acuerdos para la implementación del Tratado. El 5 de diciembre de 2006 en Dresde (Alemania), los responsables de Interior de once Estados miembros de la Unión Europea mantuvieron una reunión previa a la celebración del Consejo de Ministros de Justicia e Interior sobre el futuro desarrollo del Tratado de Prüm. Durante esta reunión se firmaron dos documentos de especial relevancia para el desenvolvimiento de este Tratado. Por un lado, se firmó el *Acuerdo Técnico de Ejecución* del Tratado de Prüm (ATIA), destinado a articular las medidas que permitan incrementar la rapidez del intercambio de información entre las autoridades policiales de los Estados firmantes del Tratado. El ATIA recoge las normas técnicas para hacer posible el intercambio de información sobre perfiles de ADN, impresiones dactilares, registro de vehículos y cooperación policial y se enmarca en lo dispuesto en el artículo 44 del Tratado (31). De

otra parte, se firmó también una *Declaración Conjunta de los Ministros*, de los siete países que acordaron inicialmente el Tratado de Prüm, más los cuatro Estados que han manifestado su voluntad de adherirse al mismo: Italia, Portugal, Finlandia y Eslovenia. En esta Declaración los Ministros se felicitaron por los trabajos realizados para la aprobación del ATIA y por la incorporación de los nuevos miembros.

El objetivo último del Tratado es crear una red de información policial en Europa que incremente la afectividad tanto en la prevención como en la represión de los delitos a los que se refiere el ámbito de aplicación del Tratado. El propio Tratado establece su compatibilidad con las normas europeas al prever, en su artículo 47, que las disposiciones del Tratado solo serán aplicables en la medida en que sean compatibles con el derecho de la Unión Europea. Se establece, además, que si en el futuro la Unión Europea adoptara normas que puedan afectar al ámbito de aplicación del Tratado, las disposiciones del mismo dejarán de aplicarse en beneficio del Derecho de la Unión Europea. Los Estados signatarios del Tratado quedan habilitados para modificar o reemplazar las disposiciones del Tratado de conformidad con posibles nuevas disposiciones del Derecho de la Unión Europea. Además, el mismo artículo 47, en su apartado 2, determina que no resultarán afectados por el Tratado los derechos y obligaciones contenidos en otros convenios bilaterales o multilaterales ya existentes; las Partes Contratantes conservarán la facultad de aplicar en sus relaciones mutuas los convenios bilaterales o multilaterales existentes entre las Partes Contratantes, pero en caso de incompatibilidad con los derechos u obligaciones derivados de esos otros convenios, prevalecerán las disposiciones del Tratado de Prüm.

En general, la información que es objeto de tratamiento en el Tratado se refiere a tres grandes ámbitos: a) la creación de bases de datos con perfiles de ADN; b) los datos relativos a huellas dactiloscópicas; y c) a matrículas de vehículos. El Tratado permite la puesta en común de esta información para todos los Estados firmantes que podrán consultarla y hacer uso de ella en los términos que el propio Tratado establece. Me refiero a continuación

brevemente al primero de los aspectos citados.

#### **4.2. Creación de ficheros nacionales de análisis del ADN.**

El artículo 2(1) del Tratado establece que los Estados firmantes se comprometen a crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN con la finalidad de la persecución de los delitos. El Tratado establece, por tanto, una obligación directa para los Estados: la creación de ficheros nacionales específicos que contengan los datos derivados del análisis del ADN; y establece las coordenadas básicas del tratamiento de la información contenida en dichos ficheros.

A partir de la entrada en vigor del Tratado, España ha quedado obligada a constituir estas bases de datos y a ponerlas a disposición de los demás Estados parte en este Tratado en los términos regulados en el mismo. Dado que, como venimos afirmando, a la firma del Tratado no había en nuestro país una regulación específica sobre este tipo de datos de carácter personal, será el contenido del Proyecto de Ley sobre identificadores de ADN el llamado a cubrir este vacío legal. En este sentido, el artículo 1 (32) del Proyecto de Ley crea una base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN con el que se dará cumplimiento a la obligación del Estado español asumida en el artículo 2 del Tratado. La base de datos de identificadores de ADN, integrará los ficheros de datos genéticos de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se utilizarán para la investigación y averiguación de delitos, para la identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas. Por tanto, la base que se cree a partir de la legislación española cubrirá un ámbito material mayor que el descrito en el artículo 2(1) (33) del Tratado que se circunscribe exclusivamente a fines de persecución de delitos concretos.

#### **4.2. Los análisis de ADN.**

Los datos genéticos a los que se hace referencia en el Tratado de Prüm son los obtenidos a partir de análisis del ADN *no codificante*

(34), que permite una identificación absolutamente fiable de la persona y que es distinto para cada individuo (excepto, como ya dijimos, para los gemelos homocigóticos), pero que no permite acceder a otro tipo de información sobre el sujeto ya que dicha información se encuentra en el ADN *codificado* cuyo análisis no queda comprendido en el ámbito material del Tratado de Prüm. Con esta medida, el Tratado ha adoptado una garantía plausible pues ha acotado la información que puede obtenerse de una persona exclusivamente a su identificación. Esta previsión está igualmente contenida en el artículo 4, Proyecto de Ley 121/000117 Reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, en el que se prevé que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN (35) 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.

El artículo 3 del proyecto establece que se inscribirán, por un lado, los datos "identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de 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 fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada"; y, de otra parte, "los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas". Los tipos de identificadores contemplados en el artículo 3 del proyecto podrían permitir cumplir con los compromisos contraídos en el Tratado de Prüm aunque, en mi opinión, sería técnicamente más correcto redactar preceptos de manera más clara en cuanto a su conexión con los fines del Tratado, incluso, incorporando un apartado donde específicamente se contemplaran dichos fines.

#### 4.4. Índices de referencia

Una segunda medida establecida en el artículo 2(2) del Tratado es que los Estados deben garantizar la existencia de "índices de referencia" relativos a los datos contenidos en los ficheros nacionales de análisis de ADN. Estos índices deben contener exclusivamente *perfiles de ADN* obtenidos, como ya hemos señalado, a partir del ADN no codificante así como una *referencia*. Por tanto, los denominados índices de referencia no pueden contener datos que permitan identificar directamente a la persona concernida. De este modo, es posible el cotejo de los datos del fichero con una muestra o dato externos sin que en ese momento pueda identificarse a la persona salvo por su carga genética y su sexo. Solo en el caso de que dicho cotejo resulte positivo puede accederse a otros datos personales del sujeto que permitan su completa identificación.

El mismo artículo 2(2) se refiere a las denominadas *huellas abiertas* (muestras que no pueden atribuirse a ninguna persona) estableciendo que en estos casos que los índices de referencia deberán poder reconocerse como correspondientes a *huellas abiertas* (personas no identificables) de manera que el posible cotejo entre estos datos y una muestra externa puede llevar a la conclusión de que se trata de la misma persona pero no a identificar a dicho sujeto. El Proyecto de Ley no regula de manera expresa lo relativo a las huellas abiertas y, toda vez que el Tratado sí incluye previsiones sobre las mismas, debería incorporarse durante el trámite parlamentario dicha regulación acorde, además, con lo establecido en el Tratado de Prüm.

#### 4.5. Designación de los ficheros.

Igualmente determina el Tratado, en su artículo 42, que cada Estado Parte, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, designará los ficheros nacionales de análisis de ADN a los que sean de aplicación los artículos 2 a 6 del Tratado (perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y otros datos) y las condiciones para su consulta automatizada con arreglo al apartado 1 del artículo 3, sin

embargo, en el documento de ratificación (36) de nuestro país tal designación no figura. Sí se ha incluido una "Declaración" de todos los Estados Parte en el Tratado relativa al artículo 34.2 que exige que las disposiciones del Capítulo VII del Tratado se hayan incorporado al Derecho internos antes de la entrada en vigor del mismo. Esta "Declaración" conjunta de los Estados asegura que, en el momento de la firma, se cumplen ya, en lo sustancial, las condiciones para la transmisión de datos de carácter personal en virtud del Capítulo 7 del Tratado, en la medida en que no se refieren a la consulta o la comparación automatizadas de datos y que se crearán lo antes posible las condiciones previstas en el Capítulo 7 que todavía no se cumplen, en particular en materia de consulta o comparación automatizadas.

#### 4.6. Tratamiento de los datos.

El artículo 2(1) del Tratado establece que el tratamiento de los datos (37) almacenados en los ficheros nacionales creados por virtud del Tratado se llevará a cabo de conformidad con el Derecho interno aplicable a cada tipo de datos, sin perjuicio de las disposiciones del propio Tratado. Esta previsión habría permitido modificar la actual Ley de Protección de Datos para incluir una regulación específica sobre datos genéticos aunque el legislador ha optado, como ya he señalado anteriormente, por tramitar un Proyecto de Ley específico. Con todo, el Proyecto de Ley de identificadores de ADN al que venimos haciendo referencia, establece, en su artículo 8, un nivel de seguridad "alto" para todos los ficheros integrados en la base de datos que el mismo Proyecto crea de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos que, en su artículo 20.2 h) establece tres diferentes niveles de seguridad: básico, medio y alto.

Por otro lado, la Disposición Transitoria Primera de la LOPD se refiere al tratamiento de datos en ficheros creados por Convenios internacionales, como es el caso de los regulados en el Tratado de Prüm, estableciendo que la Agencia de Protección de Datos es el organismo competente para la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos de carácter personal res-

pecto de los tratamientos establecidos en cualquier Convenio Internacional del que sea parte España, cuando se atribuya a una autoridad nacional este control y mientras no esté prevista una autoridad diferente para este cometido en desarrollo del Convenio. El Tratado de Prüm contempla la intervención de una "autoridad independiente" regulada por el Derecho interno en el artículo 39.5 que, en este caso, se trataría de la propia Agencia de Protección de Datos, ante la cual toda persona afectada podrá solicitar que examine la legalidad del tratamiento de datos sobre su persona.

#### 4.7. Consulta y comparación automatizada de los perfiles de ADN.

El Tratado prevé en sus artículos 3 y 4 dos diferentes procedimientos para la obtención de información sobre perfiles de ADN: la consulta y la comparación automatizada (38) de perfiles de ADN. Para la consulta de las bases de datos de perfiles de ADN, el Tratado de Prüm establece los denominados *puntos de contacto nacionales* (artículo 6); cada Parte Contratante designa un punto de contacto cuyas competencias se regirán por el Derecho interno aplicable a cada uno de ellos. Las cuestiones técnicas relativas al procedimiento de consulta y de comparación automática de perfiles de ADN debe contenerse en el Acuerdo de Ejecución al que aluden el propio artículo 6 y el artículo 44. Tal Acuerdo de Ejecución fue firmado en Dresde (Alemania) el 5 de diciembre de 2006.

El artículo 3 del Tratado habilita a cada Estado Parte a consultar de manera automatizada las bases de datos mediante una comparación de perfiles de ADN. Estas consultas están sometidas a los siguientes requisitos: a) únicamente deberán realizarse para los fines de persecución de los delitos; b) la consulta se realizará mediante los índices de referencia, por tanto, sin acceder a otros datos personales del sujeto distintos de su identificación genética; c) la consulta se realizará para casos concretos; y d) dicha consulta se realizará de conformidad con el Derecho del Estado Parte que realice la consulta.

Con independencia de la consulta de los perfiles de ADN, el Tratado permite realizar a los Estados Parte una comparación de los per-

files de ADN de sus *huellas abiertas* con todos los perfiles de ADN contenidos en los índices de referencia de los demás ficheros nacionales. Esta comparación permitirá confrontar miles de datos genéticos y previsiblemente permitirá también resolver numerosos casos delictivos pendientes por falta de una identificación fiable de los presuntos responsables. Esta comparación de las huellas abiertas solo puede realizarse dentro de los fines generales del Tratado, es decir, para la persecución de los delitos y exclusivamente si el Derecho interno de la Parte Contratante requiere lo prevé expresamente. El Proyecto de Ley sobre identificadores de ADN no menciona expresamente el supuesto de las denominadas huellas abiertas aunque prevé la posibilidad de cesión de los datos a autoridades policiales y judiciales de terceros países de acuerdo a lo establecido en convenios o acuerdos internacionales (art. 7.3 a). Resulta obligado, en mi opinión, que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley se regule expresamente este aspecto.

Si como consecuencia de una consulta o de una comparación realizada conforme a lo establecido en los artículos 3 y 4 del Tratado, se comprobara la coincidencia entre un perfil de ADN almacenado en la base de datos y la muestra con la que se haya realizado la comparación, el punto nacional del Estado que haya realizado la consulta recibirá una información automatizada confirmando la existencia de una concordancia y su referencia. Si la consulta no ofrece resultado positivo igualmente se recibirá una comunicación automatizada en este caso, negativa.

De producirse una concordancia, el Tratado autoriza a la transmisión de otros datos personales del sujeto, pero la transmisión de dichos datos debe efectuarse siempre de acuerdo con el Derecho interno del Estado Parte requerido para la consulta y titular de la base de datos. Esta remisión al Derecho interno incluye, por disposición expresa del artículo 5 del Tratado, las disposiciones en materia de asistencia judicial.

#### NOTAS

(1) El ADN fue identificado inicialmente en 1868 por el biólogo suizo Friedrich Miescher, aunque su reconocimiento se debe a los experimentos realizados, en 1943, por Oswald Avery. En 1953, James Dewey Watson,

Francis Crick y Maurice Wilkins descubrieron la estructura molecular del ADN, con la importante colaboración de la físicoquímica cristalógrafa británica Rosalind Franklin.

(2) He tenido la oportunidad de tratar los problemas relativos a los datos genéticos en el ámbito de la persecución de la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal en el artículo: "Los datos genéticos en el Tratado de Prüm", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7 (Enero-Junio, 2007). Ejemplar impreso y, también, accesible en [www.ugr.es/~redce/](http://www.ugr.es/~redce/).

(3) Algunos de los documentos más significativos en relación con los datos genéticos adoptan la forma de "Declaraciones" supranacionales o "Resoluciones". Acerca de la naturaleza jurídica de las primeras me he pronunciado en "Autonomía, igualdad y no discriminación como principios fundamentales de la Declaración Universal", en GROS ESPIELL, H., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Comares, Granada, 2006.

(4) Artículo 2, de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO, aprobada, por aclamación, por la 32ª Conferencia General, el 16 de octubre de 2003.

(5) Recomendación R (97) 5 del Consejo de Europa.

(6) Artículo 2 g) de la Ley luxemburguesa de 2 de agosto de 2002 relativa a la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal.

(7) Sobre aspectos técnicos de las bases de datos de ADN puede consultarse, entre otros: NICOLÁS JIMÉNEZ, P.: *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*. Comares, Granada, 2006; GUILLÉN VÁZQUEZ, M., PESTONI, C., CARRACEDO, A.: "Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 8 (1998), pág. 137 y sigs.

(8) Que la intimidad es el soporte originario de la regulación de la protección de datos se ha puesto de manifiesto por: REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, págs. 196 y sigs.

(9) El concepto que defiende del derecho de autodeterminación informativa no es exactamente coincidente con el contenido que, bajo esta misma denominación, se ha consagrado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y ha sido recogido por la doctrina.

(10) He tenido la oportunidad de referirme a estos problemas en el trabajo ya citado: "Autonomía, igualdad y no discriminación como principios fundamentales de la Declaración Universal", en GROS ESPIELL, H. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coords.): *La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, ob. cit.

(11) El artículo 3. a) de la Ley de Investigación Biomédica define el *análisis genético* como el "procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o variantes de uno o varios segmentos de material genético, lo cual incluye las pruebas indirectas para detectar un producto génico o un metabolito específico que sea indicativo ante todo de un cambio genético determinado".

(12) España ratificó el Convenio el 31 de enero de 1984 que entró en vigor para España el 1 de octubre de 1985. Sobre la protección de datos médicos y genéticos por el Consejo de Europa, puede consultarse, entre otros: RIPOLL CARULLA, S.: "La protección de los datos médicos y genéticos en la normativa del Consejo de Europa", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núms. 5 (1996) y 6 (1997), págs. 117 y 111 y sigs. respectivamente.

(13) SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F.: *Datos de Salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España*, Fundación Salud, 2000, Granada, 2004, pág. 23. Sobre los datos genéticos como bienes de la personalidad: NICOLÁS JIMÉNEZ, P.: "La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal", ob. cit., págs. 53 y sigs.

(14) BACARIA MARTRUS, J.: "La aplicación de los principios básicos de la normativa sobre protección de datos a los datos médicos", en RIPOLL CARULLA, S. (Ed.) y BACARIA MARTRUS, J. (Coord.): *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*. Agencia Catalana de Protección de Datos/Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 162.

(15) REBOLLO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, M.: *Introducción a la protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 157.

(16) El Proyecto de Constitución Europea fue extraordinariamente receptivo a todo lo concerniente a la protección de datos. El Consejo Europeo de Bruselas de Junio de 2007, adoptó la decisión de llevar a cabo una reforma de este Tratado que, como es conocido, no ha entrado en vigor. No es previsible, sin embargo, que el nivel actual de protección de

datos en Europa se vea recortado aunque podría modificarse su formalización en el Tratado resultante de esta reforma.

(17) Referencias indirectas contienen los artículos 11 y 12 del Convenio sobre Biomedicina y Derechos Humanos de 1997.

(18) MURILLO DE LA CUEVA, P.: "El derecho fundamental a la protección de datos relativos a la salud", en RÍPOLI CARULLA, S. (Ed.) y BACARIA MARTRUS, J. (Coord.): *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*, ob. cit., pág. 32.

(19) El artículo 2 de la DIDGH define los *datos proteómicos humanos*, como la información relativa a las proteínas de una persona, lo cual incluye su expresión, modificación e interacción.

(20) El artículo 2 de DIDGH define la *muestra biológica* como cualquier muestra de sustancia biológica (por ejemplo sangre, piel, células óseas o plasma sanguíneo) que albergue ácidos nucleicos y contenga la dotación genética característica de una persona.

(21) Diversos autores manifiestan esta opinión, aunque con distinto alcance y argumentos; entre otros puede consultarse: ROMEO CASABONA, C.M.: "Utilización de las identificaciones de ADN en la Administración de Justicia" en MARTÍNEZ, M. B.: "La prueba del ADN en medicina forense", Masson, Barcelona, 1999; SEOANE, RODRÍGUEZ, J.A.: "De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección insuficiente de los datos genéticos en el Derecho español", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 16 y 17 (2002).

(22) Sobre un necesario desarrollo reglamentario de la ley orgánica de Protección de Datos, puede consultarse: PUENTE ESCOBAR, A.: "Reflexiones sobre el desarrollo reglamentario de la Ley orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 36 (abril, 2007).

(23) NICOLÁS, P.: "El concepto de dato médico y genético", en Ripoll Carulla, S. (Ed.) y Bacaria Martrus, J. (Coord.): *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*, ob. cit., pág. 92. También, en la obra de la misma autora: *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, ob. cit.

(24) Estas aplicaciones están tratadas con mayor amplitud en mi trabajo: "Protección de Datos Genéticos: nuevos derechos para nuevas biotecnologías", en *Revista Española de Protección de Datos*, n.º 1, 2007. En estas páginas, sólo me detengo en la última de ellas que se refiere directamente al objeto de este trabajo.

(25) Sobre estos aspectos puede consultarse mi trabajo: "Datos genéticos y Convención de Prüm", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ob. cit.

(26) Sobre este documento, puede consultarse: ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: "Reflexiones acerca del Borrador de Anteproyecto de Ley Reguladora de las Bases de ADN", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 14 (2001), pág. 55 y sigs.

(27) Por la Orden del Ministerio del Interior de 7 de marzo de 2000, se amplió el anexo de la Orden de 26 de julio de 1994 regulándose el fichero automatizado de identificación genética de vestigios biológicos (ADNIC) de la Dirección General de la Guardia Civil. La Orden del Ministerio del Interior de 21 de septiembre de 2000 por la que se regulan los ficheros automatizados para la identificación genética ADN Humanitas, de restos humanos y ADN Veritas, vestigios biológicos y muestras para cotejo en la Dirección General de la Policía, amplía nuevamente el anexo de la Orden de 26 de julio de 1994, creando estos ficheros dependientes del Cuerpo Nacional de Policía. La Orden del Ministerio del Interior de 20 de junio de 2002 regula la adecuación de los ficheros de la Dirección General de la Policía a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal.

(28) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los

Diputados. VIII Legislatura; Serie A: Proyectos de Ley, 15 de diciembre de 2006, núm. 117-1.

(29) La Unión Europea ha legislado también en materia de protección de datos en sectores concretos. Así, la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 sobre comunicaciones y la Directiva 58/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 sobre comunicaciones electrónicas.

(30) Los siete países iniciales fueron: Bélgica, Alemania, España, Francia, Gran Ducado de Luxemburgo, Países Bajos y Austria. El Tratado, sin embargo, queda abierto a la incorporación del resto de los países miembros.

(31) A este respecto, el artículo 44 del Tratado establece que: "Las autoridades competentes de las Partes Contratantes podrán concluir acuerdos, sobre la base del presente Tratado y en el marco del mismo, que tengan por fin la ejecución administrativa del presente Tratado".

(32) El artículo 1 del proyecto de Ley, establece: "Se crea la base 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 tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas."

(33) El artículo 2(1) dice: "Las Partes Contratantes se comprometen a crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de la persecución de los delitos. El tratamiento de los datos almacenados en esos ficheros en virtud del presente Tratado se llevará a cabo con arreglo al derecho interno vigente para cada tipo de tratamiento, sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado."

(34) Artículo 2(2) del Tratado. En el ADN *codificante* o *expresivo* los genes que contiene tienen la propiedad de codificar la fabricación de proteínas que actúan a nivel celular y que se expresan en la persona como un carácter individual y que puede ser normal o patológico. No todo ADN que conforma el genoma es codificante; el ADN *no codificante* o *no esencial* no codifica proteínas lo que ha llevado a denominarlo "ADN basura", no es todavía totalmente conocidas sus funciones y se le alude como "el enigma del valor de C". Problema distinto y de futuro es que el ADN que actualmente se califica de no codificante o no expresivo podrá modificar su naturaleza si se le llega a conocer mejor.

(35) En la redacción definitiva de este Proyecto de Ley debería hacerse un esfuerzo por unificar la terminología, en especial, en lo referente a términos y expresiones técnicas, lo cual no acontece en la redacción actual. Esta homología facilitaría la interpretación de esta norma y de las concordantes.

(36) 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 delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005 (BOE, 307, de 25 de diciembre de 2006).

(37) El artículo 33.1 establece que por "tratamiento de datos de carácter personal" se entenderá todo tratamiento o proceso de tratamientos relativo a datos de carácter personal, con o sin ayuda de procedimientos automatizados, tales como la recopilación, almacenamiento, organización, conservación, adaptación o modificación, lectura, consulta, utilización, la comunicación mediante transmisión, difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición, la combinación o asociación, así como el bloqueo, cancelación o destrucción de datos; se considerará también tratamiento de datos de carácter personal a los efectos del presente Tratado la comunicación relativa a las existencia o inexistencia de una concordancia".

(38) El artículo 33.2 del Tratado establece que por "consulta automatizada" se entenderá el acceso directo a una base de datos automatizada de otra instancia, de tal forma que pueda obtenerse respuesta a la consulta de forma totalmente automática.