

EL REGIMEN DE PROTECCIÓN DEL DATO DE ADN EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN*

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO

Profesora del Departamento de Derecho Procesal

UNED

La lucha contra la criminalidad grave y, en particular, contra la criminalidad organizada y el terrorismo constituye uno de los principales desafíos a los que se enfrentan hoy los Estados, la UE y la sociedad internacional. Es por ello por lo que, en los tres ámbitos indicados, se están aprobando y habrán de seguirse adoptando diversas soluciones legislativas. En algunas de ellas, el legislador ha asumido la tecnología como una herramienta útil para lograr una mayor eficacia en la consecución de dicho objetivo y, en concreto, la utilización de bases de datos policiales de ADN a nivel nacional, comunitario e internacional, con el objeto de intercambiar automáticamente este tipo de dato biométrico.

En este marco legislativo general, sobre el que gira el objeto de este trabajo, consideramos oportuno preguntarnos hasta qué punto las bases de datos de ADN resultan eficaces en la lucha contra la criminalidad nacional y transfronteriza. En concreto, en el nivel comunitario, en el que se enmarca fundamentalmente este trabajo, vamos a plantear una cuestión y es la criticable aplicación del régimen de protección de datos, previsto en la Decisión 2008/615 y la Decisión marco 2008/977, únicamente a los “datos de ADN transmitidos” entre los Estados miembros.

Para analizar los problemas jurídicos que estamos identificando respecto a la legislación europea sobre esta materia y, en concreto, la cuestión planteada en este trabajo, hemos adoptado un enfoque metodológico, que nos permitirá alcanzar las conclusiones expuestas en el último apartado.

I. Justificación del trabajo

Para la realización de este trabajo, tomamos como punto de partida una necesidad real: uno de los principales desafíos a los que se enfrentan hoy los Estados, la UE y la sociedad internacional es la mejora de la lucha contra la

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2009-08071, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y titulado “Intercambio y protección de datos personales en la Unión Europea: la prueba de ADN y su eficacia procesal en España”.

criminalidad grave, en particular, la criminalidad organizada y el terrorismo. Por esta razón, en las tres áreas indicadas, nacional, europea e internacional, las correspondientes Instituciones están adoptando medidas legislativas, en las cuales está siendo tomada en consideración la tecnología y, en particular, el uso de bases de datos policiales de ADN.

En efecto, en los últimos años, la búsqueda de nuevas herramientas para combatir la criminalidad grave nos ha llevado a la regulación del uso de una de las técnicas biométricas¹ más fiables, como es el ADN, sobre el ámbito informático. El resultado, una base de datos policial de ADN, puede encuadrarse dentro de lo que podemos denominar la “bioinformática forense”. El objetivo perseguido con dicha regulación es conseguir que dichas bases de datos constituyan una herramienta eficaz en la lucha contra la criminalidad grave, para lo cual se ha regulado la consulta y comparación automatizada, en las bases de datos, de dos tipos perfiles de ADN, de un lado, perfiles identificados, esto es, aquellos tomados del cuerpo del imputado, y, de otro, perfiles no identificados o, lo que es lo mismo, los abandonados en la escena de un delito. En virtud de tales búsquedas automatizadas se pretende alcanzar una coincidencia entre perfiles de ADN, en concreto, entre un perfil identificado y un perfil no identificado, o entre perfiles no identificados, para lo cual habrá sido necesario que el individuo haya reincidido y su perfil haya sido incorporado a la base de datos. En virtud de dicha coincidencia, en el primer caso, podrá saberse quién es el titular del perfil no identificado, lo que nos permitirá, al menos, identificar al titular de la muestra abandonada en el lugar del delito, y, en el segundo supuesto, se vincularán una o varias escenas de un crimen con un sujeto no identificado. En última instancia, en virtud de dicha coincidencia, se contribuirá al desarrollo de la investigación de un delito y, en su caso, a la obtención de una prueba pericial suficiente, de cargo, que junto con otros medios de prueba, podrá fundamentar una sentencia de condena. Por el contrario, si no hubiese coincidencia podrá ser utilizada como prueba de descargo.

Así, pues, para lograr dichos objetivos, investigador y probatorio, se han regulado bases de datos de ADN, a nivel estatal, internacional y comunitario. A nivel estatal, el primer país que previó legalmente una base de datos de ADN fue el Reino Unido (1995), le siguió USA y otros Estados en el resto del mundo², entre ellos, España. En concreto, en nuestro país la base de datos

¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española, *biometría* consiste en el “estudio mensurativo o estadístico de los fenómenos o procesos biológicos”. En concreto, en virtud de la biometría pueden reconocerse a los seres humanos en virtud de rasgos físicos o de conducta. En este sentido, junto con el ADN, las huellas dactilares, las retinas, el iris, los patrones faciales, de venas de la mano o la geometría de la palma de la mano, pueden considerarse ejemplos de rasgos físicos, mientras que la firma, el paso y el tecleo constituyen ejemplos de rasgos conductuales. La voz se considera una mezcla de características físicas y del comportamiento.

² Las tres encuestas realizadas por Interpol, la última en 2008, dirigidas a determinar el uso del perfil de ADN en las investigaciones penales entre sus 188 Estados miembros, fueron

policial de ADN ha sido regulada mediante una Ley Orgánica, la 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Dicha Ley Orgánica fue desarrollada por el RD 1977/2008, de 28 de noviembre, que regula la composición y funcionamiento de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN. Dicha regulación ha cumplido afortunadamente con la exigencia constitucional (art. 81 CE) consistente en que los derechos fundamentales, en este caso, los derechos a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE), deben desarrollarse por Ley Orgánica. Y, ello frente a la criticable situación anterior, en la que las bases de datos de ADN de la Policía Nacional (VERITAS) y de la Guardia Civil (ADNIC), estaban reguladas por medio de Ordenes Ministeriales³. En virtud de dicha Ley Orgánica, aunque no lo indique expresamente, la Policía Científica podrá efectuar consultas y comparaciones entre perfiles con el fin de lograr una coincidencia de 16 marcadores “a nivel nacional” y, además, constituirá una base de datos con la que España podrá participar en el intercambio de la información de ADN con terceros países de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes (art. 7.3.a), con el fin de lograr una coincidencia “a nivel transfronterizo”. Dicha previsión legal obedece al aumento de la criminalidad transnacional, especialmente, la delincuencia organizada y el terrorismo, lo que ha motivado que la mayoría de los Estados cooperen a nivel internacional, en virtud de la base de datos de Interpol⁴, de convenios bilaterales⁵, y a nivel europeo, que es el ámbito en el que se centra este trabajo.

En este tercer nivel, el legislador europeo, con el objetivo de mejorar la lucha contra la criminalidad transfronteriza, ha ido aprobando distintas normas⁶, si bien el punto de inflexión en este *iter* legislativo ha tenido lugar en

contestadas por 172: de dichas respuestas han podido afirmar que 120 países utilizan perfiles de ADN en sus investigaciones policiales y 54 tienen bases de datos nacionales de ADN. Está disponible en: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/Publications/HandbookPublic2009.pdf>

³ Dichas Órdenes Ministeriales son la Orden INT/3764/2004, de 11 de noviembre, relativa a ficheros informáticos del Ministerio del Interior y la Orden INT/1751/2002, de 20 de junio, sobre ficheros informáticos de la Dirección General de la Policía.

⁴ La base de datos de Interpol sobre ADN, conocida como “pasarela en materia de ADN” fue creada en 2002. A finales del 2008, la base de datos contenía más de 82.000 perfiles procedentes de 40 Estados miembros. Los países participantes pueden acceder a dicho banco de datos a través del sistema mundial de comunicación policial de Interpol, 1-24/7. Interpol solo actúa como conducto de intercambio, por lo que los Estados miembros siguen siendo los propietarios de los datos de los perfiles y deciden sobre el acceso de otros países a ellos, sobre su envío y destrucción, de acuerdo con sus respectivos ordenamientos jurídicos. Puede consultarse en:

<http://www.interpol.int/Public/ICPO/FactSheets/FS01ES.pdf>

⁵ A modo de ejemplo, el Convenio entre España y USA sobre incremento de la cooperación para impedir y combatir la delincuencia grave, de 23 de junio de 2009.

⁶ La necesidad de mejorar el intercambio de información se planteó en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere en 1999 y fue subrayado en el Programa de la Haya sobre la consolidación de la libertad, seguridad y justicia en la UE adoptado por el Consejo Europeo el 4 de noviembre de 2004, el cual invitó a la Comisión a presentar propuestas en este sentido. Ello se

los últimos años tras la entrada en vigor del Tratado de Prüm (2005)⁷, en virtud del cual, algunos Estados reforzaron su cooperación. Dicho Tratado fue afortunadamente⁸ incorporado al ordenamiento jurídico de la UE a través de la Decisión 2008/615/JAI, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular, en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, que ha sido desarrollada por la Decisión 2008/616/JAI de 23 de junio de 2008, relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI. Ambas Decisiones regulan un intercambio de perfiles de ADN más rápido, basado en el principio de disponibilidad, mediante la consulta y la comparación, en línea, de perfiles de ADN⁹.

Hemos indicado cuáles son los fines pretendidos por el legislador a nivel nacional, europeo e internacional. Pero, dichos objetivos distan de los que efectivamente se han logrado en virtud de tales disposiciones normativas. En este sentido, estamos analizando el conjunto de normas que conforman el marco legislativo expuesto y estamos identificando diversos problemas jurídicos, que van a dificultar la obtención de una prueba pericial de ADN suficiente. Ello, en última instancia, impedirá que podamos afirmar que las bases de datos policiales de ADN constituyen realmente una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad nacional y transfronteriza.

Para poder analizar conjuntamente los problemas jurídicos que estamos identificando y formular soluciones jurídicamente bien construidas sobre la base de un marco común, hemos formulado el siguiente enfoque metodológico.

plasmó en el Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el mencionado Programa de la Haya. En este sentido, se han ido aprobando distintas normas, tales como las relativas al intercambio de información e inteligencia de forma rápida y eficaz en la Decisión marco 2006/960/JAI del Consejo, de 18 de diciembre, de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estado miembros de la UE (DO L 386 de 29.12.2006, p. 89), el Reglamento 1987/2006, de 20 de diciembre de 2006, sobre el sistema de Información Schengen II (DO L 381, de 28.12.2006, p. 4), que junto con Europol y Eurojust mantienen un sistema automatizado de almacenamiento, acceso y análisis de datos de interés.

⁷ Relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular, en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada y la migración ilegal, inicialmente suscrito por siete países europeos el 27 de mayo de 2005, entre ellos España, que lo ratificó el 18 de julio de 2006. Dicho Tratado ha sido analizado por ZILLER, “El Tratado de Prüm”, *RDCE*, n° 7, enero-junio 2007, págs 21-30.

⁸ SANZ HERMIDA, “Cooperación internacional en la transmisión de informaciones procedentes de muestras de ADN *versus* protección de datos personales en el espacio europeo de Justicia Penal: el difícil equilibrio entre la seguridad y el derecho a la intimidad”, en CARMEN SENÉS (Coord.), *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, pág. 545.

⁹ El intercambio electrónico de datos de ADN se efectuará empleando la red de comunicaciones de los Servicios transeuropeos de telemática entre administraciones (TESTA II) y las redes que se desarrollen ulteriormente a partir de ella, según dispone el art. 4 de la Decisión 2008/616.

II. Enfoque metodológico

En los últimos años, el análisis de las mencionadas normas comunitarias, que aun deben desarrollarse en los Estados miembros, junto con las normas internacionales y la legislación española ya vigente en materia de ADN, ha sido efectuado por diversos sectores de la doctrina penalista, procesalista, constitucionalista, iusinternacionalistas y por expertos en Derecho de la Unión Europea. Ciertamente, tales autores han llevado a cabo un riguroso análisis jurídico sobre esta materia, si bien lo han realizado mediante el uso de un método tradicional, limitado, o bien a la normativa comunitaria, sin proyectarla suficientemente sobre el derecho español, o bien a la legislación española introduciéndola escasamente dentro del contexto europeo e internacional. Es posible que este modo de abordar el tema, desde uno o a lo sumo dos sectores del ordenamiento jurídico, esté motivado por el hecho de que, hasta el año 2008 no se hubieran aprobado las mencionadas normas, convenios internacionales, normativa comunitaria y española, que vinculan tales disciplinas y, lo que es más importante, que aun no hayan sido desarrolladas en España las normas comunitarias en materia de ADN aprobadas en el año 2008. Ello no obstante, resultaría más eficaz el reconocimiento de la sinergia o interoperabilidad existente entre, al menos, las disciplinas indicadas, lo que implicaría la realización de una investigación multidisciplinar, de las mencionadas ramas del Derecho, junto con la imprescindible toma en consideración de los avances alcanzados en materia de genética forense, así como de tecnología informática. Así pues, desde este punto de vista interdisciplinar consideramos que debería abordarse el estudio de la regulación de las bases de datos de ADN¹⁰.

Desde este punto de vista interdisciplinar, estamos analizando el conjunto de normas, comunitarias, internacionales y nacionales y estamos identificando diversos problemas jurídicos, los cuales entendemos que han de ser analizados en un marco común, pues ello nos permitirá efectuar soluciones jurídicamente bien construidas. Por ello, nuestro punto de partida es la adopción del siguiente enfoque metodológico.

Hasta ahora, consideramos que las bases de datos de ADN permitirán realmente una más eficaz lucha contra la criminalidad grave, fundamentalmente

¹⁰ Un primer trabajo elaborado desde esta perspectiva, que constituye un estudio preliminar al presente artículo, se encuentra en CABEZUDO BAJO, VAL GARIJO, “Bases de datos de ADN: las “búsquedas de familiares” y el régimen de protección de los «datos de ADN transmitidos» entre los Estados miembros”, en CARMEN SENÉS (Coord.), *Presente y futuro de la e-Justicia* op. cit., págs. 517-531. Con respecto a la relevancia constitucional del derecho a la identidad genética puede verse ELÍAS MÉNDEZ, C., “La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 111, 2001, ps. 101-130 (120).

la criminalidad organizada y el terrorismo y, por ello, la obtención de una prueba pericial válida, si dicha prueba pericial cumple dos requisitos: de un lado, la prueba de ADN ha de ser obtenida lícitamente, esto es, con el máximo respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados en cada fase; y, de otro, la prueba de ADN tiene que ser obtenida lo más fiablemente posible.

Pero, dado que, como he denominado, “la tecnología de las bases de datos de ADN” incluye tres fases, esto es, la fase de obtención de una muestra de ADN, la segunda etapa, relativa a la extracción de su perfil y, finalmente, la tercera fase de tratamiento de los perfiles en la base de datos, que es en la que se enmarca fundamentalmente este trabajo, en consecuencia, tal prueba pericial de ADN será únicamente admisible en un proceso penal, si fue obtenida de forma lícita y lo más fiablemente posible en cada una de las tres fases indicadas.

Así, pues, si en cada una de las tres fases indicadas han de lograrse dos objetivos comunes, relativos a la licitud y mayor fiabilidad posible, es necesaria la realización de un estudio transversal de estos dos elementos, licitud y la mayor fiabilidad posible de la prueba, a lo largo de las tres etapas referidas. Dicho análisis ha de basarse respectivamente, en el logro del escrupuloso respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados en cada fase, fundamentalmente, los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos personales, así como en el uso de las técnicas que aseguren la máxima fiabilidad posible en cada etapa. Para ello, respecto al elemento de la licitud, tendrá que tomarse en cuenta fundamentalmente la jurisprudencia del TC y del TEDH en relación con el principio de proporcionalidad. En el segundo supuesto, referido a la fiabilidad, habrán de considerarse, de un lado, las recomendaciones e instrucciones dictadas por distintas asociaciones internacionales y comunitarias, como la ISFG y la ENFSI, encargadas del avance en la investigación sobre la genética forense¹¹, que tratan de estandarizar, entre otras cuestiones, los métodos de recogida de la muestra, de análisis en el laboratorio y de homogeneizar los controles de calidad de los laboratorios, así como de garantizar el respeto a la cadena de custodia. Y, de otro, tendrá que tomarse lograrse el software más adecuado para llevar a cabo los diferentes tipos de consultas y comparaciones automatizadas en la base de datos de ADN.

De conformidad con dicho enfoque metodológico, y dado que este trabajo se enmarca en el nivel comunitario, he sistematizado las normas que el legislador europeo ha ido adoptado en los últimos años sobre las bases de datos policiales de ADN.

¹¹ Algunos de dichos trabajos, como los realizados por la ENFSI con el fin de armonizar los marcadores y las técnicas de ADN, se han plasmado en normas comunitarias, como en la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN.

En relación a la licitud de la prueba y en la fase de tratamiento de datos de ADN en la base de datos, en la que puede verse afectado el derecho fundamental a la protección de datos, se ha aprobado la Decisión marco 2008/977/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. En la fase previa, referida a la obtención de la muestra de ADN, en la que pueden verse afectados los derechos fundamentales a la integridad física, la vida privada, e inviolabilidad del domicilio, ha adoptado normas sobre la obtención de una muestra, bien del lugar del delito¹², o bien de persona determinada¹³, que se va a transferir entre los Estados miembros.

Respecto a la fiabilidad de la prueba, en la fase de extracción del perfil, ha aprobado dos normas: la primera¹⁴ exige que las actividades de laboratorio llevadas a cabo por los prestadores de servicios forenses se acrediten por un organismo de acreditación nacional que certifique que tales actividades cumplen la norma EN ISO/IEC 17025; la segunda¹⁵ invita a los Estados miembros, de un lado, a que utilicen 12 marcadores o “*loci*” de ADN que componen el actual conjunto europeo normalizado de “*loci*” (ESS), y, de otro, a que obtengan los resultados del análisis ESS de acuerdo a técnicas de ADN ensayadas y aprobadas científicamente que se basen en los estudios llevados a cabo en el ámbito del Grupo “ADN” de la ENFSI.

De acuerdo con lo anteriormente indicado, desde el punto de vista de la licitud y fiabilidad de la prueba, vamos a centrarnos, en este trabajo, en la fase de tratamiento de los perfiles. Dicha fase de tratamiento comprende diversas actividades tales como, entre otras, la inclusión, organización, consulta, comparación, bloqueo, supresión o destrucción del perfil en la base de datos. En virtud de tales actuaciones se persigue el logro de una coincidencia “nacional” o “transfronteriza” entre un perfil no identificado y un perfil identificado, cuyo resultado pueda incorporarse a un juicio oral español, a través de los correspondientes medios de prueba, para que pueda servir como prueba de cargo y también de descargo.

¹² Decisión marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, desarrollada en España por la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la UE de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la Decisión marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.

¹³ Art. 7 de la Decisión marco 2008/615/JAI.

¹⁴ Decisión marco 2009/905/JAI, de 30 de noviembre, sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio.

¹⁵ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN. La ampliación del número de marcadores a 12, es debido a que el valor estadístico de los datos de ADN corresponde a la probabilidad aleatoria de coincidencia y depende completamente del número de marcadores de ADN analizados fiablemente.

En concreto, en el ámbito europeo y dentro de esta tercera fase, referida al tratamiento de perfiles de ADN en la base de datos policial, vamos a plantear una cuestión que está siendo objeto de estudio aun por nuestra parte, como es la limitada aplicación del sistema de protección de datos, extensible al dato del ADN, en la Unión Europea. Dicha cuestión se ha enfocado desde el punto de vista del planteamiento metodológico expuesto anteriormente, lo que significa se enmarca dentro de la pregunta de si las bases de datos de ADN son eficaces, en un sentido jurídico, en la lucha contra la criminalidad nacional y transfronteriza, esto es, si permiten obtener una prueba pericial de ADN lícita y lo más fiable posible.

III. Sistema de protección del dato de ADN en la Unión: su limitada aplicación al “dato de ADN transfronterizo”

Situados en la fase relativa al tratamiento de perfiles, a nivel transfronterizo, entre las bases de datos de ADN policiales de los distintos Estados miembros de la Unión Europea, cabe plantearse si el actual sistema de protección del dato de ADN en el ámbito comunitario, aplicable únicamente al “dato de ADN intercambiado” es suficiente para lograr un intercambio de los mencionados perfiles de ADN que sea eficaz. Dicha eficacia se logra si el sistema es respetuoso con el derecho fundamental a la protección de datos personales, pues en la medida en que salvaguarde dicho derecho fundamental, podrá obtenerse una prueba pericial lícita y admisible en un proceso penal.

El intercambio de perfiles de ADN entre los Estados Miembros se ha regulado en el Tratado de Prüm y en la Decisión 2008/615/JAI o Decisión Prüm, desarrollada por la Decisión 2008/616/JAI. Así, según el Tratado de Prüm y la Decisión 2008/615/JAI, los Estados miembros, junto con la creación de ficheros nacionales de ADN para los fines de persecución de delitos (art. 2.1)¹⁶, pueden efectuar una consulta y comparación automatizada de los perfiles de ADN en las bases de datos de ADN de otros Estados miembros con el fin de comprobar una coincidencia (arts 3 y 4)¹⁷. En tal caso, el punto de contacto nacional del Estado miembro que efectúa la consulta recibirá de forma automatizada el índice de referencia con el que se haya producido. En caso de que exista una coincidencia entre perfiles, la transmisión de otros datos de carácter personal disponibles relativos a los índices de

¹⁶ Según establece tanto el Tratado como la Decisión, los ficheros nacionales contendrán datos a partir de los cuales se elaborarán unos índices de referencia que contendrán perfiles de ADN obtenidos mediante la parte no codificante del ADN y un número de referencia. Tales índices de referencia no permitirán identificar directamente al interesado.

¹⁷ Según el Documento sobre el Manejo de las Bases de Datos de 2010 de la ENFSI, al tiempo de publicar este trabajo, Austria, Alemania, España, Luxemburgo, Francia, Holanda (algunos de los Estados parte del Tratado de Prüm), Eslovenia, Finlandia, Bulgaria y Rumania estaban intercambiando perfiles de ADN. Puede consultarse en <http://www.enfsi.eu/page.php?uid=98>

referencia y demás informaciones se efectuará con arreglo al Derecho interno (art. 5).

Pero, el legislador europeo ha supeditado dicho intercambio a la elevación y armonización del nivel de protección del dato de ADN. Ello exige el desarrollo por el Derecho interno de los Estados miembros, de un lado, de las normas específicas sobre protección del dato de ADN contenidas en el Tratado de Prüm¹⁸ y en la Decisión 2008/615/JAI (arts 24-32) y, de otro, de las normas generales, aplicables subsidiariamente, previstas en la Decisión marco 2008/977/JAI¹⁹. El problema es que dicho régimen de protección europeo se aplica únicamente a los datos que se transmitan o se hayan transmitido en virtud de la propia Decisión (art. 24). Este limitado ámbito de aplicación significa que habrá un doble régimen de protección de datos: uno aplicable a los datos transfronterizos y otro extensible a los datos nacionales.

De un lado, el régimen transfronterizo de protección, aplicable al dato de ADN intercambiado, será aquel que incorpore, al Derecho interno de los Estados miembros, las correspondientes disposiciones de ambas normas comunitarias, lo cual tendrá que hacerse antes de iniciarse el intercambio (art. 25.2 Decisión 2008/615). Dicha exigencia no se aplica a los Estados miembros que intercambiaron datos de ADN en virtud del Tratado de Prüm. En España, el régimen transfronterizo de protección de datos incidiría contra la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD), porque excluye de su régimen de protección de datos a “los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de otras formas graves de delincuencia organizada” (art. 2.2 c)²⁰. Por ello, España tendría que regular un régimen general de protección de los datos intercambiados en la UE, utilizables en un proceso penal español, que fueran asimismo de aplicación a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y otras formas graves de delincuencia organizada. Dicha regulación tendría que ser respetuosa con las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad.

¹⁸ Muchas de las deficiencias que el Tratado de Prüm plantea en relación con el derecho fundamental a la protección de datos, han sido puestas de relieve por FREIXES SANJUAN, “Protección de datos y globalización. La Convención de Prüm”, *RDCE*, núm. 7, enero-junio 2007, págs 14-19; ACED, “Ejercicio y garantía del derecho a la protección de datos personales en el Convenio de Prüm”, *RDCE*, núm. 7, enero-junio 2007, págs 82-92; CÁMARA, “La garantía de los derechos fundamentales afectados por la Convención de Prüm”, *RDCE*, núm. 7, enero-junio 2007, especialmente, págs 107-117.

¹⁹ Dicha Decisión marco ha sido analizada por ALCAIDE FERNÁNDEZ, “La Unión Europea, la Sociedad de la Información y la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal: la Decisión marco 2008/977 JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 19, octubre 2009, quien ha incidido en el hecho de que esta Decisión marco establece disposiciones generales aplicables en defecto de otras más específicas.

²⁰ Dicha exclusión del ámbito de aplicación de la LOPD prevista en su art. 2.2 fue ya puesta de relieve por GÓMEZ SÁNCHEZ, “Los datos genéticos en el Tratado de Prüm”, *RDCE*, núm. 7, enero-junio 2007, pág. 144.

De otro, el régimen nacional de protección del dato de ADN y, en particular, el regulado en España, se ha desarrollado específicamente en la LO 10/2007 (arts. 8 y 9), si bien la propia ley establece la aplicación directa de la LOPD, la cual, como he indicado, no se aplica a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y delincuencia organizada. Por ello, España tendría que identificar el régimen nacional de protección de los datos que se utilizarán en un proceso penal español y que resultarán aplicables igualmente a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y delincuencia organizada. Igualmente, al incidir sobre derechos fundamentales, dicha previsión legal tendría que ser respetuosa con los requisitos derivados del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, este doble sistema puede llevar aparejadas nefastas consecuencias de cara a la eficacia de la medida²¹; de hecho, algunos de estos efectos negativos fueron expuestos por el Parlamento Europeo²² y el SEPD²³ durante la tramitación de la Decisión marco 2008/977. Tales objeciones pueden asimismo hacerse extensivas a las normas de protección de datos previstas en la Decisión 2008/615/JAI. En concreto, podemos destacar los siguientes argumentos:

En primer lugar, la difícil determinación, en un momento concreto, del régimen aplicable a un dato nacional o un dato comunitario pues, cuando se recopilan o procesan se desconoce si serán o no objeto de un intercambio ulterior entre los Estados miembros. Asimismo, la cada vez más frecuente concurrencia de distintos niveles de protección de los datos contenidos en muchos expedientes penales de los Estados miembros, unos procedentes de autoridades de otros Estados miembros y otros obtenidos en el propio país. En tercer término, se dificultará la consolidación de un entorno de confianza recíproco pues, al no existir normas comunes para el dato nacional y el transfronterizo, será más difícil la aceptación de los datos intercambiados entre los Estados miembros. Finalmente, el debilitamiento de la posición de la UE en sus negociaciones con terceros países, como con USA, al no poder ya supeditar la transmisión de datos personales a un nivel adecuado de protección interna²⁴.

²¹ Dichos argumentos fueron expuestos ampliamente en CABEZUDO BAJO, “La protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal”, en *La carta de derechos fundamentales de la unión europea*, Madrid, Colex, 2008, págs 335-336.

²² Puede leerse en la Exposición de Motivos del Informe sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal [COM (2005) 0475- C6-0436/2005- 2005/0202 (CNS)] de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 18.05.2006. Su referencia es PE 370.250v02-00.

²³ En este sentido, pueden leerse el Segundo (2007/C 91/02), párrafos 10 a 17, así como el Tercer Dictamen (2007/C 139/01), párrafos 16 a 19 emitido por el SEPD sobre esta Decisión marco.

²⁴ El SEPD, en su Primer Dictamen (DO C 47/39, 25.2.2006), párrafo 101, ha señalado que si resultase más sencillo transferir datos personales a terceros países que a otros Estados miembros, se posibilitaría el “blanqueo de información”

Para evitar los mencionados negativos efectos, cabrían las dos siguientes soluciones complementarias: de un lado, que los Estados miembros desarrollen el régimen nacional de protección de forma semejante al régimen de protección aplicable a los datos intercambiados.

De otro, que las instituciones europeas pudieran extender, en el futuro, el régimen transfronterizo, aprobado ya en las normas comunitarias, a los datos nacionales. Quizá, ello pudiera ocurrir si se aprovechan las posibilidades que ofrece el Tratado de Lisboa. En efecto, las normas relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia aparecen ubicadas en el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), lo que significa que las cuestiones relativas a dicho espacio van a ser tratadas desde una perspectiva más integradora y supranacional. El artículo 87 del TFUE, que abre el Capítulo dedicado a la cooperación policial, establece que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar medidas relativas a “la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente”, actuando con arreglo al futuro procedimiento legislativo ordinario. Dicho procedimiento legislativo ordinario sitúa en un plano de igualdad decisoria al Parlamento y al Consejo y, en consecuencia, otros intereses distintos de los representados en el seno del Consejo pueden encontrar un cauce más adecuado para influir en las normas que se adopten en materia de tratamiento y transmisión de datos en el marco de la cooperación policial. En este sentido, es de esperar que el Parlamento Europeo, como colegislador, juegue un papel distinto y complementario del jugado hasta hora por el Consejo, con una tendencia más integradora a nivel político y más garantista en materia de protección y desarrollo de los derechos fundamentales del individuo.

V. Conclusiones

El estudio de la regulación de las bases de datos de ADN debe abordarse desde un punto de vista interdisciplinar. En concreto, dicho análisis ha de centrarse en las fases que conforman “la tecnología de las bases de datos de ADN” y que he considerado que son las siguientes: la fase de obtención de una muestra de ADN, la etapa de la extracción de su perfil y, finalmente, la fase de tratamiento de los perfiles en la base de datos, que es en la que se enmarca fundamentalmente este trabajo. El resultado de dicho tratamiento, que persigue el logro de una coincidencia “nacional” o “transfronteriza” entre un perfil no identificado y un perfil identificado, podrá incorporarse a un proceso, en virtud del correspondiente informe pericial, para que, junto con otros medios de prueba, pueda servir como prueba de cargo y también de descargo. Si la finalidad es lograr una prueba pericial de ADN de cargo o de descargo, en el análisis de las tres fases indicadas, que conforman “la tecnología de ADN”, han de lograrse dos objetivos comunes, como son el respeto a los requisitos necesarios para que dicha prueba sea lícita y lo más fiable posible. El estudio

transversal de estos dos elementos, la licitud y la fiabilidad de la prueba, a lo largo de las tres etapas referidas, ha de basarse respectivamente, en el logro del máximo respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados en cada fase, así como en el uso de las técnicas que aseguren su máxima fiabilidad posible igualmente en cada fase.

La limitada aplicación del ámbito de protección previsto en las normas europeas a los “datos de ADN transmitidos” creará un doble régimen de protección de datos, transfronterizo y nacional, que dificultará el intercambio de perfiles de ADN y su eficacia procesal. Para evitarlo, o bien los Estados establecen una regulación semejante en ambos casos o esperamos que las futuras normas comunitarias extiendan el régimen de protección de los datos transfronterizos asimismo a los “datos nacionales”. El Tratado de Lisboa puede abrir esta posibilidad. En cualquier caso, España tendrá que regular un régimen transfronterizo y nacional de protección de datos, aplicable al ADN, utilizables en el proceso penal español.

Los temas expuestos en este trabajo continúan siendo objeto de estudio, fundamentalmente en relación con otras cuestiones nuevas.