

COLECCIÓN DE BIOÉTICA

# ADN forense: problemas éticos y jurídicos

María Casado  
Margarita Guillén (coords.)



# Índice

|                                                                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Presentación, <i>por María Casado y Margarita Guillén</i> .....                                                                                                                       | 9   |
| MARÍA CASADO, Reflexiones bioético-jurídicas sobre el uso de muestras,<br>perfiles, datos y bancos de ADN .....                                                                       | 13  |
| SALVADOR DARÍO BERGEL, Información genética y derecho.....                                                                                                                            | 25  |
| GEMMA MARFANY, La huella genética o perfil genético: muestras biológicas<br>de origen humano y protección de datos personales .....                                                   | 53  |
| MARGARITA GUILLÉN, La mal llamada huella genética. Una metáfora científica<br>frente al uso forense de la prueba de ADN .....                                                         | 67  |
| MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, Protección penal de la intimidad genética .....                                                                                                             | 79  |
| JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA, La tutela de la intimidad genética en la investigación<br>penal. A propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013.....                             | 99  |
| JAIME MORENO VERDEJO, Algunos problemas de la identificación penal<br>a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo<br>de fuerza .....                   | 119 |
| ÁNGEL CARRACEDO y LOURDES PRIETO, Valoración de la prueba genética .....                                                                                                              | 145 |
| VICTORIA LAREU HUIDOBRO, Nuevos polimorfismos de ADN: predicción<br>de origen biogeográfico y características físicas .....                                                           | 157 |
| MÓNICA NAVARRO-MICHEL, El consentimiento del menor a la toma<br>de muestras biológicas y su posterior inclusión en una base de datos<br>de ADN .....                                  | 169 |
| MANEL GENÉ y CARME BARROT, El diagnóstico de la paternidad biológica<br>sin participación de la madre: tratamiento médico-legal y ético .....                                         | 191 |
| GEMMA MARFANY, Bancos de datos genéticos o ¿qué dice mi ADN de mí?:<br>regulación y privacidad.....                                                                                   | 199 |
| ÓSCAR GARCÍA FERNÁNDEZ e IÑAKI YURREBASO, Problemática de la recogida<br>de vestigios biológicos y su introducción en la base de datos.<br>Las muestras «abandonadas» .....           | 219 |
| MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, ¿Listado de delitos en relación con las bases<br>de datos de identificadores de ADN? Significado y alcance de la prueba<br>de ADN en el proceso penal ..... | 241 |
| IGNACIO ACÓN ORTEGO, La Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN..                                                                                                               | 247 |

|                                                                                                                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ANNA M. BADIA MARTÍ y ROSER PUIG MARCÓ, La cooperación internacional<br>en el intercambio de muestras de ADN: niveles y estándares de protección...                                                                             | 259 |
| MARGARITA GUILLÉN, El conocimiento como premisa del consentimiento.<br>Una visión crítica de la Ley orgánica 10/2007, <i>reguladora de la base<br/>de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN</i> ..... | 283 |
| Nota sobre los autores.....                                                                                                                                                                                                     | 313 |

# La mal llamada huella genética. Una metáfora científica frente al uso forense de la prueba de ADN

**Margarita Guillén**  
Magistrada

[...] en el laboratorio han encontrado restos de semen, y con él han tratado de determinar ciertas frecuencias de caracteres genéticos y dar con el genotipo del asesino. Caballeros, el hombre que estamos buscando es muy probablemente alemán, o de ascendencia alemana.

De hecho era austriaco pero a efectos de la determinación del genotipo es prácticamente lo mismo.

PHILIP KERR,  
*Una investigación filosófica* (1996)

## «La huella genética». Diferencias jurídicas con la huella dactilar

Las largas cadenas de ADN presentes en nuestras células, compuestas por decenas de miles de pares de bases, se repiten de una forma secuencial y determinada para cada persona. Si conocemos esta secuencia podemos identificar a cada individuo, y es por ello que se denominó a esta peculiar distinción que el análisis del ADN permite «la huella genética».<sup>1</sup>

Esta denominación, sin duda muy gráfica desde el punto de vista científico, ha dado lugar a muchos errores a la hora de abordar el tratamiento jurídico de la prueba de ADN. Jeffreys, el científico, descubría en 1984 que la variedad en los perfiles genéticos en los individuos era tal, que podría servir para identificarlos y publicaba en 1985 sus conclusiones con una gráfica denominación «individual-specific fingerprint of human DNA», la huella genética. El perfil genético es distinto en cada individuo y por ello puede equipararse, en cuanto a capacidad identificadora, a la huella dactilar. Eso y solo eso, le asemeja a la huella dactilar. Todos tenemos una huella dactilar distinta a los demás, todos tenemos un perfil genético distinto al de los demás.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Jeffreys, A. J., Wilson, V., Thein, S. L., «Individual-specific fingerprints of human DNA», *Nature*, vol. 316, 1985, págs. 76 y ss.

<sup>2</sup> Se venía afirmando que dicha distinción tenía una excepción en el perfil genético de los gemelos univitelinos. Sin embargo, en la actualidad ya hay estudios que permiten afirmar que incluso en el

Esta similitud en la denominación, esta similar capacidad identificadora, ha llevado a ciertos sectores doctrinales a tratar de equiparar la legislación a aplicar a uno y otro medio probatorio.

Así, la ley que regula en nuestro país el archivo de perfiles genéticos con fines de investigación, la Ley orgánica 10/2007 *reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de los perfiles de ADN*, equipara en gran medida la prueba de ADN y la prueba lofoscópica. Esta equiparación trata de fundamentarse en el Preámbulo de la ley, afirmando que, si en la base de datos policial de ADN se inscriben únicamente los perfiles de ADN que sean reveladores exclusivamente de la identidad del sujeto, esta información será la misma que ofrece una huella dactilar y se protegería entonces el derecho a la intimidad conforme a los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la 207/1996, de 16 de diciembre. Partiendo de esta presunta equiparación se lleva a cabo el texto de la ley y sin embargo esta similitud puede considerarse errónea, como se pasa a exponer.

Las diferencias científicas han sido pormenorizadas en el capítulo anterior. Estas diferencias subsisten aun cuando los perfiles utilizados sean reveladores únicamente de la identidad del sujeto. Esta homogeneización de ambas prácticas probatorias conlleva una pérdida de garantías en la regulación y en la aplicación de la prueba. Las diferencias se plasman en todas y cada una de las fases de la práctica probatoria. La consecuencia debería ser un régimen jurídico en el tratamiento del vestigio anónimo, de la muestra procedente de la persona, en la conservación de dichas muestras, en la cadena de custodia, en el análisis, en la valoración de los resultados y en la conservación y tratamiento ulterior.

Desde el punto de vista jurídico la distinción se ha plasmado en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Gran Sala), de 4 diciembre de 2008, caso S. y Marper contra Reino Unido, en la que se entra a conocer de la demanda de dos ciudadanos británicos (uno de ellos menor de edad) contra el Reino Unido presentada ante el Tribunal el 16-08-2004. La causa última de la demanda, la conservación en los registros policiales de sus huellas dactilares, muestras biológicas y ADN después de ser absueltos o haberse retirado los cargos de los delitos de los que eran sospechosos. La sentencia, importantísima en esta materia, pone de relieve estas diferencias.

---

caso de los gemelos hay elementos diferenciadores en dicho perfil. Así lo sostienen Weber-Lehman, J.; Schilling, E.; Gradl, G.; Richter, D.C.; Wiehler, J., y Rolf, B.: «Finding the needle in the haystack: Differentiating identical twins in paternity testing and forensic by ultra-deep next generation sequencing», *Forensic Science International: Genetics*, 9 (2014), págs. 42-46.

## Diferencias en la recogida de la muestra, en la información potencial y en la efectivamente obtenida

En primer lugar, el procedimiento de recogida del vestigio que posteriormente será analizado no es similar en la impresión de una huella y la toma de una muestra biológica. En el caso de que la muestra proceda directamente de la persona cuyo perfil va a analizarse, por muy leve que la consideremos, la injerencia corporal es mayor en la toma de una muestra que permita llevar a cabo un análisis de ADN, que en la toma de una huella dactilar.

Por otra parte, si se trata de un vestigio en la escena del delito, la recogida conlleva una serie de problemas en la cadena de custodia, conservación y posibilidad de «plantar» la prueba por terceros, así como riesgos de contaminación que en nada se asemejan a la huella dactilar, con los requisitos y garantías que tales diferencias exigen.<sup>3</sup>

Una de las principales diferencias es la información que puede proporcionar un vestigio biológico frente a la que puede proporcionar la huella dactilar. Las líneas de la huella dactilar que aparecen en el lugar del delito, o que plasma directamente el sospechoso a requerimiento policial, nada tienen que ver con el potencial informativo que tiene una muestra biológica. La información sobre el genoma de un individuo representa la más íntima expresión de los factores endógenos que intervienen en la conformación de su estado de salud, no solo actual, sino también futuro. Miles de enfermedades revisten carácter hereditario y pueden quedar reflejadas en los análisis realizados. Otra cuestión es que no se lleven a cabo ese tipo de análisis, pero el riesgo potencial existe y hay que evitarlo y dar unas garantías de protección legal sobre el fin que se va a dar a esa muestra. El análisis de la huella dactilar no requiere de esas garantías añadidas, pues no se puede dar otro uso que el identificador. Aquello a lo que puede dar un mal uso, un uso que vulnere derechos propios e incluso de terceros, aquello que puede dar lugar al conocimiento de nuestros datos sobre la salud, debe ser preservado con una protección reforzada que no requiere la huella dactilar.

En este sentido, por ejemplo, pone de relieve las diferencias el Tribunal Supremo de Canadá (en el asunto *R. contra R. C.* ([2005] 3 R. C. S. 99, 2005 CSC 61),

<sup>3</sup> Basta recordar la relevancia que desde siempre ha tenido la cadena de custodia de los vestigios biológicos y cuyo ejemplo más mediático fue el caso O. J. Simpson, donde la defensa se centró precisamente en cuestionar la misma. Véase Lempert, R. «The honest scientific guide to DNA evidence», *Genética*, 1996, págs. 119 y ss; Lander, E., y Budowle, B., «DNA fingerprint dispute laid to rest», *Nature*, 371, 1994, págs. 735 y ss.

donde se examinó la cuestión de la conservación en la base de datos nacional de la muestra de ADN de un delincuente primario, menor de edad. El Tribunal Supremo confirmó la decisión del Tribunal de instancia que había concluido, a la luz de los principios y objetivos de la legislación penal aplicable a los menores, que el efecto de la conservación de los datos de ADN sería claramente desproporcionado. Así se establecía por parte del ponente:

Sin embargo, lo que es más preocupante es el efecto del mandamiento de extracción genética en el derecho de las personas a la vida privada en lo que afecta a la información personal. En *R. contra Plant*, [1993] 3 R. C. S. 281, pág. 293, el Tribunal resolvió que el artículo 8 de la Charte protegía «información biográfica de orden personal que los particulares podrían, en una sociedad libre y democrática, querer establecer y sustraer del conocimiento del Estado». El ADN de una persona contiene «información personal y privada del grado más alto». Contrariamente a una huella dactilar, puede revelar los detalles más íntimos de la composición biológica de una persona. [...] La extracción y conservación de una muestra de ADN no son anodinas y en ausencia de un interés general imperioso constituiría, en el fondo, una lesión grave del derecho a la vida privada en lo que respecta tanto a la intimidad de la persona como a su información personal.

## Diferencias en la información sobre terceros

El ADN es una molécula que aparece en todas las células del organismo humano, transmitiéndose de padres a hijos de acuerdo con las leyes generales genéticas. Por ello en todos los núcleos celulares de cualquier persona, la mitad del ADN presente procede del padre, y la otra mitad de la madre. De tal forma que la muestra biológica tiene potencialmente datos sobre la persona a analizar pero también sobre sus familiares consanguíneos.

Aun garantizando que en la muestra biológica solo se analicen marcadores variables con el único fin de la identificación (se debe superar la distinción codificante y no codificante), tampoco es equiparable a la huella dactilar. Mi huella dactilar no aporta ninguna información sobre la huella dactilar de mi padre o de mi hermano. Las líneas de mis dedos en nada se asemejan a las suyas. Si no es mi huella dactilar la que está en la ventana del lugar donde robaron, no se sabe si puede ser de un familiar. Si es una colilla en la que se analizan restos de saliva se puede descartar que soy yo, pero se puede pasar a «sospechar» de un familiar consanguíneo, dada las semejanzas del perfil genético. Es decir, cuando consiento la práctica de la prueba de ADN sobre mi patrimonio gené-

tico, estoy en cierto modo autorizando que se investigue a mis familiares, que no han prestado consentimiento alguno.

Así lo pone de relieve la STEDH caso *Marper vs UK* 2008/104 (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008. El Tribunal señala que los perfiles contienen una cantidad importante de datos de carácter personal únicos.

Aunque la información contenida en los perfiles pueda considerarse objetiva e irrefutable, en el sentido en que lo entiende el Gobierno,<sup>4</sup> su tratamiento automatizado permite a las autoridades ir mucho más allá de una identificación neutra. Señala a este respecto que, tal y como confiesa el propio Gobierno, los perfiles de ADN pueden utilizarse —y lo han sido en algunos casos— para efectuar investigaciones familiares al objeto de descubrir un eventual vínculo genético entre personas. El Gobierno reconoce también el carácter altamente sensible de este tipo de investigaciones y la necesidad de ejercer controles muy estrictos en la materia. En opinión del Tribunal, el hecho de que los perfiles de ADN proporcionen un medio de descubrir las relaciones genéticas que pueden existir entre personas (apartado 39 supra) es suficiente en sí para concluir que su conservación constituye un atentado contra el derecho a la vida privada de tales personas. La frecuencia de las investigaciones familiares, las garantías que las rodean y la probabilidad de que sobrevenga un perjuicio en un caso concreto, importa poco a este respecto. Asimismo, el hecho de que al estar la información codificada solo es inteligible con la ayuda de la informática y no puede ser interpretada más que por un número restringido de personas, no modifica en nada esta conclusión.

## Diferencias en los derechos afectados

La prueba de ADN vulnera por sus especiales características derechos fundamentales y por tanto requiere unas garantías añadidas tanto legislativas como de control en su aplicación. Estos derechos no son vulnerados en la práctica de la prueba lofoscópica.

No se pretende en este momento profundizar sobre los derechos potencialmente vulnerables con esta práctica probatoria y los pormenorizados estudios que existen sobre la materia.<sup>5</sup> Pensemos sin embargo que si estos derechos se

<sup>4</sup> Cuando en la Sentencia *Marper vs UK* se refiere al Gobierno, se refiere obviamente a la legislación del Reino Unido, que es el Estado demandado en este caso.

<sup>5</sup> Desde que se empiezan a utilizar las pruebas de ADN se plasma la preocupación, doctrinal y jurisprudencial, sobre la potencial vulneración de derechos fundamentales que conllevan estos análisis. Así, ya hace más de veinte años se publicaban trabajos como Espín, E., «Los derechos de la esfera perso-

vulneran en la prueba individualmente considerada, esta vulneración se extra-pola y aumenta su riesgo cuando el perfil se introduce en una base de datos y por tanto es sometida a tratamiento de datos, para posibles comisiones futuras de delitos, llevando a cabo una especie de investigación prospectiva.

En este sentido la Directiva 95/46/CE de 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, indica que las legislaciones nacionales relativas al tratamiento de datos personales tienen por objeto garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales, particularmente del derecho al respeto de la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, así como en los principios generales del Derecho comunitario. Esta directiva enuncia algunos principios que precisan y amplifican los contenidos en el Convenio sobre la protección de datos del Consejo de Europa. Autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas legislativas que limiten el alcance de ciertos derechos y obligaciones previstos en ella, concretamente cuando tal limitación constituye una medida necesaria para la prevención, investigación, detección y persecución de las infracciones penales (art. 13).

Recordemos someramente que dos fundamentalmente son los derechos a cuyo núcleo puede llegar el análisis del perfil genético de un individuo, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad.

La posibilidad de conocer los datos (en términos de probabilidad) sobre el estado de salud presente o futuro de una persona, y por tanto la vulneración sobre su derecho a la intimidad, conlleva la necesidad de establecer, formalmente, que el ADN que se analice en tribunales sea el meramente identificador, como garantía del derecho a la intimidad y la protección de las muestras o su destrucción una vez analizadas para evitar que sean estudiadas con fines espurios.

En cuanto a la restricción del uso de marcadores que no aportan más información que la distintiva entre individuos, se plantea la interesante cuestión sobre la posible utilización de los marcadores físicos. A priori la respuesta pa-

---

nal», *Derecho Constitucional*, vol. 1, VV. AA, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 181; Gil Hernández, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Colex, Madrid, 1995, págs. 44 y ss., o De Sola, C., «Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1, 1994, págs. 179 y ss. Sin embargo, el paso del tiempo no ha dejado atrás el interés sobre la materia. Así, por ejemplo, Álvarez de Neyra Kapler, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*. Comares, Madrid, 2008. Es imprescindible citar en esta materia a Etxeberria Guridi, J. F. A título de ejemplo, por citar uno reciente, «La protección de los datos de ADN en la Unión Europea y en España», Cabezudo Bajo, María José (coord.). *Las Bases de Datos Policiales de ADN*. Dykinson, Madrid, 2013.

rece fácil, deberían poder utilizarse los marcadores que únicamente proporcionen datos sobre el aspecto externo de un individuo y no datos relativos a su salud. Los avances científicos han permitido llegar a conocer a través de los marcadores, por ejemplo, si un individuo tiene una alta probabilidad de tener un determinado color de ojos o pelo, o sobre la forma del mentón. Ello sin duda es un instrumento poderosísimo en la investigación criminal. Imaginemos que del análisis de un vestigio encontrado en la escena del delito podamos llegar a saber alguno de los rasgos físicos de la persona que estuvo allí. No está lejos, por tanto, el día en que mediante el análisis del perfil genético se pueda llegar a conocer con cierta seguridad una posible descripción física del portador de dicho ADN, por lo menos en algunos de sus rasgos, con los avances que ello conllevaría a nivel policial para la búsqueda del autor del delito.

Pero esta posibilidad, que desde luego es muy distinta a la huella dactilar, conlleva la ponderación de la decisión sobre qué marcadores físicos pueden ser utilizados. Hay que tener en cuenta qué datos relativos a la salud podrían dar una importante información sobre el aspecto físico de un individuo pero teniendo en cuenta que pueden conducirnos al conocimiento de datos íntimos del individuo al que correspondiese el vestigio investigado.<sup>6</sup>

En lo relativo al derecho a la salud, si bien se superaron aquellos planteamientos sobre la vulneración del derecho a la salud con la práctica probatoria (pensemos que no hace tantos años que solo se hacían análisis de ADN fiables a partir de muestras de sangre), sí se vuelve a traer a colación la salud, en cuanto a la vulneración de la protección del conocimiento de los datos relativos a la misma. La Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado el *Informe sobre el tratamiento de datos genéticos para la localización de personas desaparecidas o en investigación criminal*, que sostiene que cualquier dato personal de carácter genético deberá ser considerado como un dato que afecta a la salud de las personas y, por tanto, sujeto a las disposiciones específicas aprobadas para la regulación de este tipo de datos de carácter personal.<sup>7</sup>

Hay que reflexionar, por tanto, sobre qué ocurre con aquellos marcadores que siendo relativos a datos vinculados a la salud pueden dar pistas sobre el aspecto externo o comportamiento del autor de los hechos, como puede ser un

<sup>6</sup> Esta afirmación sobre la protección de los datos relativos a la salud, que en principio parece una obviedad, no lo es tanto. Pensemos en supuestos como la miopía, que obviamente es un dato referente a la salud pero que sin duda aportaría datos interesantes a la hora de la búsqueda física de un sujeto que con probabilidad lleva algún aparato corrector de la visión.

<sup>7</sup> [www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/datos\\_esp\\_protegidos/common/pdfs/2000-0000\\_Tratamiento-de-datos-gen-ee-ticos-para-la-localizaci-oo-n-de-personas-desaparecidas-o-en-investigaci-oo-n-criminal.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/datos_esp_protegidos/common/pdfs/2000-0000_Tratamiento-de-datos-gen-ee-ticos-para-la-localizaci-oo-n-de-personas-desaparecidas-o-en-investigaci-oo-n-criminal.pdf).

síndrome de Down, una esquizofrenia por ejemplo, o aquellos marcadores menos «invasivos» relativos por ejemplo a la raza. Nunca son fáciles las opciones legislativas en esta materia.

Así se pone igualmente de relieve en la sentencia del TEDH 2008/104 de 4 de diciembre: El Tribunal señala que la posibilidad que ofrecen los perfiles de ADN de extraer deducciones en cuanto al origen étnico, convierte su conservación en algo mucho más sensible y susceptible de lesionar, el derecho a la vida privada. Esta conclusión cuadra con el Convenio sobre la protección de datos y la Ley de protección de datos, del que es reflejo, al clasificar ambos textos los datos de carácter personal que revelan el origen étnico entre las categorías particulares de datos que requieren una protección reforzada.

La cuestión se complica y pone de relieve, aún más, las diferencias, si aceptamos la distinción entre intimidad, privacidad y autodeterminación informativa.

Creemos que, si bien el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad están muy relacionados, no son conceptos sinónimos. Podemos afirmar que el derecho a la intimidad sería una manifestación más específica o concreta que un derecho general a la privacidad.

La intimidad personal debe ser considerada como la esfera más privada de la vida de un individuo. La privacidad abarcaría aspectos más amplios, como la imagen o la propia identidad.

Si acogemos esta distinción, la privacidad sería el derecho de autocontrol por parte del titular de los datos que le afecten; es evidente que el hecho de regular que la prueba del ADN se lleve a cabo en porciones meramente identificadoras salvaguardará el derecho a la intimidad. Sin embargo, no será suficiente para proteger el derecho a la privacidad. El perfil genético contiene información identificadora de la persona que esta puede querer mantener para sí. El riesgo, además, se mantiene como potencial en la muestra biológica que se conserva, lo que no ocurre en la huella dactilar.

Este riesgo es puesto de relieve por la sentencia del TEDH (2000/87 Sentencia Amann), en la que se determina que visto el carácter y la cantidad de información personal contenida en las muestras celulares, se ha de considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho al respeto de la vida privada de las personas concernidas. Poco importa que las autoridades extraigan o utilicen solo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN y que no se produzca un perjuicio inmediato en un caso concreto.

Otro derecho fundamental en juego, cuando se lleva a cabo el análisis de la prueba de ADN, es el derecho a la libertad personal.

El derecho a la libertad queda, con esta práctica probatoria, vulnerado, tanto si se conceptúa de un modo genérico —como la compulsión a hacer algo que simplemente no deseamos—, como el derecho a la libertad en su otra vertiente, la libertad deambulatoria protegida en el artículo 17 de la Constitución, que quedará cuando menos limitada mientras la prueba se realiza, o en la conducción de las personas a las dependencias adecuadas a tal fin.

Específicamente, la Comisión Europea de Derechos Humanos declara a este respecto que la «ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración» (Decisión 8278/78 de 13 de octubre de 1979). Esto es igualmente aplicable a la toma de una muestra de saliva tal y como se está llevando ahora a cabo este tipo de tomas.

Una vez planteada la posible violación del derecho a la libertad, en lo que se refiere al libre dominio de la voluntad, pasamos a conocer el problema del consentimiento a la toma de la muestra, al análisis de la misma, a la conservación de la muestra y a la introducción en un archivo del resultado del análisis, esto es, del perfil genético. Cuatro «consentimientos distintos», cuatro posibles quebrantos de ese derecho a la libertad, con cuatro consecuencias distintas. Es evidente que todas estas cuestiones marcan la diferencia entre la huella dactilar y la «huella genética». Para garantizar los derechos de la persona no es suficiente con la regulación genérica de una prohibición de prácticas irregulares. Exige un control en cuanto al uso proporcional y a su necesidad que solo podrá realizarse para cada caso en concreto o para un grupo de casos, con un especial control sobre la aplicación de la ley. Control que debe aumentar cuando estamos pensando en el archivo del resultado de dichas pruebas, en el archivo de los perfiles genéticos.

Así, la Recomendación R (92) 1 sobre la utilización del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema judicial penal, pronunciada el 10 de febrero de 1992, ya lo advertía en dos aspectos relevantes de la prueba.

En cuanto a la extracción de muestras al objeto de analizar el ADN (Recomendación cuarta):

La extracción de muestras al objeto de analizar el ADN solo debería efectuarse en las circunstancias que determine la legislación interna, sobreentendiéndose que en algunos Estados tal extracción esté subordinada a la autorización expresa de una autoridad judicial.

En cuanto a la conservación de las muestras y los datos (Recomendación octava):

Las muestras y otros tejidos corporales tomados de personas al objeto de analizar el ADN no deberán conservarse una vez dictada resolución definitiva en el proceso para el que hayan sido utilizados, a menos que ello sea necesario con fines directamente relacionados con aquellos para los que fueron recogidos.

Se ha de velar por que se eliminen los datos de los análisis del ADN y la información obtenida a través de tales análisis cuando ya no sea necesaria su conservación para los fines por los que fueron utilizados. Sin embargo, los datos de los análisis del ADN y la información así obtenida podrán conservarse cuando el interesado haya sido reconocido culpable de graves delitos que atenten contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas. En previsión de tales casos, la legislación interna debería fijar plazos concretos de conservación.

## Distintas consecuencias jurídicas

Las diferencias expuestas hasta el momento conllevan una distinción necesaria en la legislación de los dos tipos de prácticas probatorias, en las garantías a adoptar, en la necesidad y supuestos en que se utilizarán una y otra.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos disecciona en la sentencia *Marper vs UK* estas diferencias, y en los puntos en que equipara ambos medios probatorios, lo hace para ampliar la protección de los datos que se derivan de la huella dactilar y no a la inversa.

El Tribunal recuerda que:

[...] la noción de «vida privada» es una noción amplia, sin una definición exhaustiva que cubre la integridad física y moral de la persona.<sup>8</sup> Engloba, por tanto, numerosos aspectos de la identidad física y social de una persona.<sup>9</sup> Algunos elementos como, por ejemplo, la identificación sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual pertenecen a la esfera personal que protege el artículo 8.<sup>10</sup> Además del nombre, la vida privada y familiar puede englobar otros medios de identificación personal y vinculación a una familia.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Sentencias *Pretty contra el Reino Unido*, TEDH 2002/23, núm. 2346/2002, ap. 61, TEDH 2002-III e *Y. F. contra Turquía*, TEDH 2003/48, núm. 24209/1994, ap. 33, TEDH 2003-IX.

<sup>9</sup> Sentencia *Mikulic contra Croacia*, JUR 2002/78019, núm. 53176/1999, ap. 53, TEDH 2002-I.

<sup>10</sup> Véanse, entre otras, sentencias *Bensaid contra Reino Unido*, TEDH 2001/82, núm. 44599/1998, ap. 47, TEDH 2001-I y las referencias citadas en la misma, y *Peck contra Reino Unido*, JUR 2003/50030, núm. 44647/1998, ap. 57, TEDH 2003-I.

<sup>11</sup> Sentencias *Burghartz contra Suiza*, TEDH 1994/9, 22 febrero 1994, ap. 24, serie A núm. 280-B, y *Ünal Tekeli contra Turquía*, TEDH 2004/88, núm. 29865/1996.

La información relativa a la salud de una persona constituye un elemento importante de su vida privada.<sup>12</sup> El Tribunal estima, además, que la identidad étnica de una persona se debe también considerar un elemento importante de su vida privada.<sup>13</sup> La noción de vida privada comprende asimismo elementos relacionados con el derecho a la imagen.<sup>14</sup>

Empezamos y acabamos esta disquisición con Sir Alec Jeffreys, el científico que bautizó el perfil de ADN como huella genética y quien en 2009, al ser preguntado sobre la condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Reino Unido, por la no cancelación de los perfiles de la base de datos inglesa una vez que las personas introducidas fueron absueltas, declaraba en una entrevista al periódico *The Guardian*:

Mi genoma es de mi propiedad. No es del Estado. Solo voy a permitir el acceso del Estado a ese genoma en condiciones muy estrictas. Es un tema de mi intimidad genética personal.

Mi punto de vista es muy claro. Cuando un individuo ha sido condenado por un delito le debe a la sociedad estar incluido en esa base de datos para identificarle en caso de que reincida. Pero la permanencia de las personas declaradas inocentes es un tema completamente diferente. Hay una especie de presunción aquí sobre que si no ha cometido un delito ahora, lo hará en el futuro.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Sentencia Z contra Finlandia, TEDH 1997/13, 25 de febrero de 1997, ap. 71, repertorio de sentencias y resoluciones 1997-I.

<sup>13</sup> El Convenio del Consejo de Europa de 1981 (RCL 1985\2704) para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal («el Convenio sobre la protección de datos»), que entró en vigor en el Reino Unido el 1 de diciembre de 1987, define los «datos de carácter personal» como cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable («persona concernida»), y el artículo 6 incluye los datos de carácter personal que revelan el origen racial, junto a otra información sensible sobre la persona, entre las categorías particulares de datos que no pueden ser conservados sin las garantías apropiadas.

<sup>14</sup> Sentencia Sciacca contra Italia, TEDH 2005/1, núm. 50774/1999, ap. 29, TEDH 2005-I.

<sup>15</sup> Esta entrevista fue publicada en *The Guardian* el 15 de abril de 2009: «My genome is my property. It is not the state's. I will allow the state access to that genome under very strict circumstances. It is an issue of my personal genetic privacy. My view is very clear that if you have been convicted of a crime then you owe it to the society to be retained on that database for catching in the future should you reoffend. But the retention of entirely innocent people is a whole different issue. There is a sort of presumption here that if they haven't committed any crime now, then they will in the future».