



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO
INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
ÁREA ACADÉMICA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA

DOCTORADO EN DERECHO

TESIS

LA APLICACIÓN DE LOS ANÁLISIS DE
ADN EN EL PROCESO PENAL

QUE PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

EDMUNDO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

DIRECTOR DE TESIS: DR. JOSÉ LUIS GÓMEZ TAPIA

PACHUCA DE SOTO, HIDALGO

NOVIEMBRE, 2007

ÍNDICE

RESUMEN	1
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN	9
1. Diferentes afectaciones de derechos fundamentales. Posición española	16
1.1 Tomas de muestras de sangre	16
1.2 Bases de datos	24
1.3 Gravedad del delito	25
1.4 El grado de reincidencia	26
1.5 El hallazgo frecuente de vestigios biológicos	26
1.6 Condenados por sentencia firme por alguno de los delitos ya enumerados	27
1.7 Imputados mediante resolución judicial	28
1.8 Inclusión de personas que voluntariamente solicitan que su ADN conste en dichos archivos	29
1.9 Víctimas	29
2. Organización y gestión de la base de datos	30

CAPÍTULO I

LAS TÉCNICAS DE ADN Y SU NATURALEZA JURÍDICA

I. El fundamento científico del ADN y su aplicación forense.....	34
II. Naturaleza jurídica de los análisis de ADN	39

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS DE LEGALIDAD Y OBJETIVOS

1. Previsión legal de los análisis de ADN en su aplicación forense.....	49
1.1. Previsión legal y restricción de derechos fundamentales	49
2.1 La exigencia de reserva legal específica para la práctica de las investigaciones genéticas (ADN).....	54
A. Consideraciones generales	54
B. Las investigaciones corporales como fundamento de las investigaciones genéticas posteriores.....	59
C. El fundamento legal de las investigaciones genéticas sobre vestigios biológicos separados del cuerpo.....	68

CAPITULO III

PRESUPUESTOS SUBJETIVOS Y DESARROLLO DE LOS ANÁLISIS DE ADN

1. Presupuestos Subjetivos	73
1.1 Sujetos activos	73
A. Análisis de ADN relativo al imputado	73
B. Análisis de ADN relativo a los no imputados	76
C. Análisis de ADN sobre los vestigios biológicos descubiertos	79
2. La resolución judicial por la que se ordena el análisis de ADN.....	83

2.1 Forma y motivación de la resolución judicial	83
2.2 Contenido de la resolución judicial por la que se ordenan los análisis de ADN	88

CAPITULO IV

DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS Y EFICACIA DE LOS ANÁLISIS DE ADN.

1. Derechos fundamentales afectados.....	92
1.1. El derecho a la intimidad genética	93
2.1 El derecho a la autodeterminación informativa (creación de ficheros de ADN).....	98
A. Su configuración como derecho fundamental	99
B. Decaimiento de las garantías previstas para la protección de los datos personales en el ámbito de la investigación penal en la LORTAD española.....	105
C. Situaciones conflictivas en relación con los ficheros de ADN.....	108
D. Naturaleza y gravedad de los hechos punibles incorporables a los ficheros de ADN	110
2. Eficacia probatoria de los análisis de ADN	119
2.1. Análisis de ADN e ilicitud probatoria	119
A. Algunas manifestaciones de ilicitud probatoria en materia de análisis de ADN	122
a) La falta de previsión legal de los análisis de ADN	123
b) La omisión de la intervención judicial	124

c) La ausencia i insuficiencia de la motivación de la resolución judicial	125
d) La excesiva extensión de los análisis de ADN.....	126
e) Los análisis de ADN practicados sobre muestras obtenidas conservadas subrepticamente	129
B. Las huellas genéticas derivadas de una intervención corporal nula (el efecto reflejo de la ilicitud probatoria)	134
3. La valoración como prueba de los resultados genéticos	136
3.1 Los informes científicos de organismos oficiales	138
3.2La cuestionada fiabilidad de los análisis de ADN: problemas iniciales y recomendaciones para solucionarlos.....	144
3.3 Deficiencias en la recogida y envío de muestras al laboratorio y su incidencia en la eficacia probatoria.....	152
3.4La libre valoración de la prueba versus el predominio de los métodos científicos	155
3.5 La libre valoración de la prueba de ADN y el cálculo de probabilidades	161
BIBLIOGRAFÍA	167
APÉNDICE.....	180

RESUMEN

Resulta difícil para una persona experta resumir en unas breves líneas lo que ha supuesto el extraordinario descubrimiento científico que gira en torno al ADN. De su actualidad nos sobrada cuenta las constantes referencias en los medios de comunicación, con frecuencia acompañada de predicciones futuras próximas a la ciencia ficción. Su repercusión desde plano de de ética resulte igualmente innegable pues, al igual que la gran mayoría de los descubrimientos científicos más relevantes, las posibilidades de su aplicación exceda los objetivos deseables en una sociedad sana y algunos experimentos o proyectos confesados resultan difícilmente conciliables con la dignidad humana¹.

El presente trabajo se limitará, sin embargo, al planteamiento y análisis de las cuestiones que surgen en el terreno del derecho. Tampoco significa esto que el objeto se haya extendido a las múltiples disciplinas jurídicas en las que tenía acogida el fenómeno del ADN. En efecto, las repercusiones jurídicas de las técnicas de ADN se manifiesta en el ámbito del derecho de la familia en cuanto que la información genética de cada individuo no es absolutamente independiente, si no que se era de los progenitores y del mismo modo se transmite a los descendientes; mayor interés despierta en la ciudadanía las aportaciones de esta materia en el ámbito de la medicina sin bien también hay quizá se precisa, con frecuencia, la determinación de un marco jurídico; también se ha mencionado la aplicabilidad de los análisis de ADN

¹ Fruto de esa preocupación pueden mencionarse algunos convenios y declaraciones internacionales, por ejemplo, el convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina, de cuatro de abril de 1997, del Consejo de Europa. Refleja ya en su preámbulo de la constatación del rápido desarrollo de la biología y de la medicina, el convencimiento de la necesidad de respetar al ser humano no sólo como individuo, sino también eso pertenece la especie humana, y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad, así como la conciencia de que un uso inadecuado de la biología y de la medicina pueden conducir a actos que amenace la dignidad humana, en su disposiciones generales concreta en el artículo dos (primacía del ser humano) que "el interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia". Del mismo modo, la declaración universal de la Unesco sobre el genoma humano y los derechos humanos, de 11 de noviembre de 1997, contiene en su preámbulo referencias similares concluyendo por reconocer que "las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, no destacando que deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas".

en el ámbito de las relaciones laborales y en la contratación de seguros, en el sentido de que el poseedor de cierta información genética correspondiente al individuo que pretende acceder a una determinada oferta laboral o concertar un contrato de seguro (de vida, por enfermedad, etc.) Le coloca en una situación de supremacía al estar facultado para vedar el acceso trabajo o la contratación de seguro aquí manifieste ciertas predisposiciones genéticas aparece determinadas enfermedades incompatibles con el puesto de trabajo o con el riesgo se mide por el asegurador.

El presente estudio busca tener un alcance más limitado pero no por ello, de menor interés o de menor repercusión científica y social. Me está refiriendo a la aplicación forense de las técnicas de ADN, e incluso, dentro de este ámbito, se busco dar atención sobre todo en el recurso a dichas técnicas con el objeto de contribuir al esclarecimiento de conductas punibles. Esto significa que, desde nuestra perspectiva preeminentemente procesal, analizamos el ADN como instrumento o medio de de investigación y de análisis de las fuentes de prueba, con referencia a los presupuestos que han de concurrir para que dicha actuación pueda ser estimada legítima, pues no son irrelevantes las consecuencias derivadas de la naturaleza fundamental de los derechos que pueden resultar afectados en la práctica. La inobservancia de los presupuestos de legitimidad indicados inciden especialmente en la ilicitud y consecuente ineficacia probatoria. Por último, practicadas correctamente las técnicas de ADN en investigación y hace una mitad las fuentes de prueba, por ser su incorporación al juicio y su valoración como prueba que plantea, lo amerite, recibe relevantes atendiendo el carácter científico de estas técnicas. En todo caso, resulta inevitable la referencia al recurso a las técnicas de ADN fuera del marco del proceso penal, pues ésta, parece ser la orientación que aparenta haber tomado el legislador europeo.

Pese a la trascendencia de la aplicación de estos métodos en la práctica forense, la circunstancia de que aquí implica una notable incidencia en la esfera más próximo al individuo (y que trasciende incluso a los restantes miembros de la familia), hace aconsejable que la materia se objeto de un marco preciso de regulación

normativa. No se trata de restablecer los límites necesarios al evitar las situaciones abusivas en los ámbitos a que podamos haber hecho referencia como elaborar el médico o los seguros etc., si no, fundamentalmente, establecer el caos se concretó por el que ha de transcurrir la correcta aplicación de las técnicas de ADN con fines forenses. Ocurre, sin embargo, el ordenamiento europeo no se ha dotado de regulación al respecto, tal como pasa con los ordenamientos en México y la mayor parte de países de América Latina, en donde el legislador no le ha dado la importancia debida al tema aún y la vulneración que se puede llegar a tener o que se ha tenido en los procesos actuales hacia la persona directamente implicada en el aportar el ADN vía una prueba pericial para su identificación en un proceso jurisdiccional, teniendo total indefensión sobre los datos que se generaron y el cine que a éstos se les da al terminar la cuestión principal para lo que fueron solicitados. Es decir, con la inseguridad jurídica que todo esto provoca, máxime cuando ello no impidió que dichas técnicas sean utilizadas a la sombra de la actividad jurisdiccional.

Esta situación será grabada por las circunstancias de que la actualidad tampoco existe en diversos países una norma que habilite a la práctica de una dirigencia que necesariamente ha de practicarse con carácter previo a las técnicas de ADN. Nos referimos a las intervenciones corporales sin las cuales los posteriores análisis de ADN, deviene irrealizables, es decir, la extracción del material biológico necesario para la realización del análisis de ADN, requiere una actuación previa de la suficiente entidad como para exigir, también, una regulación expresa de la materia. Indiscutiblemente es actuación previa y clínica importantes injerencias en esfera de los derechos fundamentales del individuo (integridad física, libertad ambulatoria, intimidad personal y corporal, previsión de la otra incriminación...) y, por este motivo, exigir que las intervenciones corporales estén legalmente previstas. Así ha demostrado de tribunal constitucional español, en evolución consciente con otros tribunales de la misma naturaleza, al considerar es su sentencia 54/ni nuestros 86 del 24 de marzo que la necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en derechos a la intimidad y a la integridad física está establecido expresamente en artículo ocho del código europeo de derechos humanos

y al estimar el recurso de amparo, pues los preceptos de las leyes de enjuiciamiento criminal de los diversos países europeos estudiados se fundamentan en sus resoluciones impugnadas para ordenar la intervención corporal del recurrente, no prestando ninguna integridad física de la cobertura legal requerida por nuestra doctrinaria para todo acto administrativo de los derechos fundamentales.

Dejando un lado la preocupante situación generadora en el plano legislativo acerca de las intervenciones corporales, conviene indicar que se está a materializarlo en el ámbito europeo un proceso de regulación normativa sobre el tema y en el que ha desempeñado un papel protagonista de la recomendación número R.1 del Consejo de Europa de 10 de febrero de 1992.

No obstante, se pone en marcha, como se indicaba, un progresivo proceso de incorporación a los distintos ordenamientos de carácter procesal-penal; de las disposiciones reguladoras sobre la materia. Como puede comprenderse la exhaustividad del presente trabajo y lo cual basado en derecho comparado.

Como última conclusión podemos decir que en México urge una legislación normativa que de las bases necesarias para la buena aplicación de las pruebas periciales en materia corporal, y en específico aquellas que sean determinadas en bases de ADN por los cuales el poseedor de la misma pueda llegar a conocer y por tanto difundiera una sociedad la cuestión personal del sujeto pasivo, entendiendo esto como el sujeto al que se le va a solicitar la prueba.

De igual forma es urgente la creación de un banco de datos de carácter simétrico, en el virtud de que en México se empiezan a realizar por actos exilia así como en contados procesos penales.

ABSTRACT

It turns out to be difficult for an expert person to summarize in a few brief lines what has supposed the extraordinary scientific discovery that turns concerning (around) the DNA. Of his excessive current importance it counts (tells) the constant references in the mass media, often accompanied of future predictions near (next) the science fiction. His repercussion from plane of ethics turns out to be equally undeniable so, as the great majority of the most relevant scientific discoveries, the possibilities of his application exceed the desirable aims (lenses) in a healthy society and some experiments or penitent projects turn out to be difficultly reconcilable with the human dignity.

The present work will limit itself, nevertheless, to the exposition and analysis of the questions that arise in the area of the right. Neither this means that the object has spread to the multiple juridical disciplines in which it had the phenomenon of the DNA received. In effect, the juridical repercussions of the technologies of DNA it demonstrates in the area of the right of the family in all that that the genetic information of every individual is not absolutely independent, if not that one was of the progenitors and in the same way the descendants are transmitted; major interest wakes up in the citizenship the contributions of this matter in the area of the medicine without also well it is probably is needed, often, The determination of a juridical frame; also there has been mentioned the applicability of the analyses of DNA in the area of the labour relations and in the contracting assurance, to the effect that the holder of certain genetic information corresponding to the individual who tries to accede to a certain labour offer or to coordinate a contract of assurance (of life, for disease, etc.) he places him in a situation of supremacy on having been authorized to forbid the access work or the contracting assurance here demonstrates certain genetic predispositions it appears certain incompatible diseases with the working place or to the risk it measures up for the insurer.

This study seeks to have a more limited scope but not for it, of minor interest or of minor scientific and social repercussion. It is referred to the forensic application of the technologies of DNA, and even, inside this area, I seek to give him attention especially in the resource to the above mentioned technologies (skills) in order to contribute to the clarification of punishable conducts. This means that, from our perspective preeminently procedural, we analyze the DNA as instrument or way of investigation and of analysis of the sources of test, with reference to the budgets that have to meet in order that the above mentioned action could be considered legitimate, since there are not irrelevant the consequences derived from the fundamental nature of the rights that can turn out to be affected in the practice. The non observance of the budgets of legitimacy indicated they affect specially in the unlawfulness and consistent evidential inefficiency.

Finally, practised correctly the technologies of DNA in investigation and a half does the sources (fountains) of test (proof), for being his incorporation to the judgment and his valuation in proof that it raises, deserve it, it receives relevant attending to the scientific character of these technologies. In any case, the reference to the resource turns out to be inevitable to the technologies of DNA out of the frame of the penal process, so this one, seems to be the orientation that shows off the European legislator has taken.

In spite of the transcendency of the application of these methods in the forensic practice, the circumstance of which here it involves a notable incident in the sphere more next the individual (and that comes out even of the remaining members of the family), makes advisable that the matter I object of a precise frame of normative regulation. It is not a question of restoring the necessary limits on having avoided the improper situations in the areas to which we could have referred as like the doctor or the assurances to elaborate etc., if not, fundamentally, to establish the chaos made concrete for that there has to pass the correct application of the technologies of DNA with forensic ends. It happens, nevertheless, the European classification has not been provided with regulation in the matter, as it happens with

the classifications in México and most of countries of Latin America, where the legislator has not given him the importance due to the topic still and the violation that can manage to be had or that has had in the current processes towards the person directly implied in the DNA contributed route an expert test for his identification in a jurisdictional process, having total defenselessness on the information that were generated and the cinema that is given these on having finished the principal question for what they were requested. That is to say, with the juridical insecurity that all that provokes, especially when it did not prevent that the above mentioned technologies are used in the shade of the jurisdictional activity.

This situation will be recorded by the circumstances of which the current importance does not also exist in diverse countries a norm that he enables to the practice of a leadership that necessarily has to be practised by character before the technologies of DNA. We refer to the corporal interventions without which the later (posterior) analyses of DNA, there develops unrealizable, that is to say, the extraction of the biological material necessary for the accomplishment of the analysis of DNA, it needs a previous action (performance) of the sufficient entity as (like) to demand, also, a regulation expresses of the matter. Indisputably it is a previous and clinical action (performance) important interferences in sphere of the fundamental rights of the individual (physical integrity, ambulatory freedom, personal and corporal intimacy, forecast of another incrimination ...) and, for this motive, to demand that the corporal interventions are foreseen legally. This way it has demonstrated of constitutional Spanish court, in conscious evolution with other courts of the same nature, on having considered in his judgment 54/ni our 86 of March 24 that the need of legal forecast It specifies for the measures that suppose an interference in rights to the intimacy and to the physical integrity it is established expressly in it articulated eight of the European code of human rights and on having estimated the resource of protection, since the rules of the laws of criminal prosecution of the diverse European studied countries are based on his resolutions contested to arrange the corporal intervention of the appellant, not giving any physical integrity of the legal coverage needed by our doctrinaire one for any administrative act of the fundamental rights.

Leaving aside the worrying generating situation in the legislative plane brings over of the corporal interventions, it suits to indicate that one is to be materializing in the European area by a process of normative regulation on the topic and in that protagonist of the recommendation has played a role number R.1 of the Council of Europe of February 10, 1992.

Nevertheless, it is started, as it was indicated, a progressive process of incorporation to the different classifications of procedural - penal character; of the regulatory regulations on the matter. Since there can be understood (included) the exhaustividad of the present work and which based on compared right.

Finally. We can say that in México it urges a normative legislation that of the bases necessary for the good application of the expert tests in corporal matter, and in specific those that are determined in bases of DNA for which the holder of the same one could manage to know and therefore a society was spreading the personal question of the passive subject, understanding this as the subject to the one that him goes away to requesting the test.

Of equal form there is urgent the creation of a bank of information of symmetrical character, in the virtue of which in México they are started realizing by acts he exiles as well as in few penal processes.

INTRODUCCIÓN

ADN son las iniciales de ácido desoxiribunocleico. Es el componente químico primario de los cromosomas; el material del cual están formados los genes. En las bacterias el ADN se encuentra en el citoplasma, mientras que en organismos más complejos y evolucionadas, tales como plantas, animales y otros organismos multicelulares, la mayoría del ADN reside en el núcleo celular. Su función es dictar las instrucciones para fabricar un ser vivo idéntico a aquel del que proviene.

El ADN tiene las siguientes propiedades:

- Capacidad para contener información en lenguaje codificado: es la secuencia de pares nucleótidos.
- Capacidad de replicación: dar origen a copias iguales
- Capacidad de mutación: justificando los cambios evolutivos²

En los seres humanos la molécula de ADN está constituida por dos largas cadenas de nucleótidos que forman una doble hélice. Se mantienen unidas entre sí porque se forman enlaces entre las bases nitrogenadas de ambas cadenas que quedan enfrentadas.

La estructura de un determinado ADN está definida por la secuencia de las bases nitrogenadas en la cadena de nucleótidos, residiendo precisamente en esta secuencia de bases, la información genética del ADN. El orden en que aparezcan las cuatro bases a lo largo de una cadena es, por tanto, crítico para la célula, ya que es el que constituye las instrucciones del programa genético de los organismos.

² Aproximación a una clasificación de las medidas de intervención corporal.

La capacidad que tiene el ADN de hacer copias o replicas de su molécula es un proceso fundamental para la transferencia de información genética de generación en generación.

La utilización del ADN en procesos criminales es lo que algunos denominan Criminalística Biológica, y consiste en el estudio de la variabilidad genética humana aplicada a la resolución de procesos criminales, mediante el análisis de vestigios biológicos encontrados en el lugar de los hechos y su comparación con los perfiles genéticos de los posibles implicados.

El ADN sobretodo es utilizado en casos de violación, agresiones sexuales y en los procesos de paternidad. En los procesos por paternidad la fiabilidad del ADN es del 99,9 %.

Se puede partir de cualquier tipo de muestra biológica (sangre, saliva, semen, líquido amniótico, biopsias, restos óseos, pelo, uñas...) u otros restos biológicos presentes en todo tipo de prendas u objetos (cepillos, colillas, chicles...). Todas las células de una persona poseen el mismo ADN, por lo que todas las muestras biológicas tienen el mismo valor.³

Desde el punto de vista jurídico es una práctica habitual, en fase de instrucción, por resolución judicial se acuerde que el Médico Forense, en presencia del Secretario Judicial, proceda a cortar mechones de pelo de diferentes partes de la cabeza y de las axilas especialmente en casos de sospecha de delito contra la libertad sexual.

A través de pelos encontrados en el lugar de los hechos o en el cuerpo de la víctima se puede identificar a un delincuente. Para ello los pelos han de ser arrancados y no cortados. Un pelo cortado sin raíz, solo posee un tipo de ADN,

³ www.adn.es

denominado ADN mitocondrial, que se hereda de madres a hijos, por lo que solo sería útil para hacer pruebas de maternidad. Aún así el pelo sin raíz se puede usar para exculpar a un detenido, pero por si solo no es concluyente ya que el ADN mitocondrial de un individuo es idéntico en todos los parientes que comparten linaje materno.

En supuestos de agresiones sexuales se utiliza la detención del semen. Esta prueba se basa en la determinación semicuantitativa del antígeno de próstata (PSA o P30) que es una proteína producida por la próstata y secretada en el líquido seminal.

Como ya he dicho el ADN se encuentra en todos los fluidos biológicos (sangre, saliva, semen,...), en todas las células del ser humano; pues es posible detectar dichos fluidos en cualquier prenda de ropa. Las muestras de sangre y las de semen generalmente desaparecen de la ropa si ha sido lavada, pero hay métodos a través de los cuales se pueden detectar

Manchas de sangre en soportes lavados 10 veces pero después del cuarto lavado no se puede aislar el ADN.

El TC considera que esta intervención no afecta al derecho a la intimidad corporal, dado que se practica sobre una parte externa del cuerpo, pero si vulnera el derecho a la intimidad personal.

Respecto la prueba del ADN. En un principio se podría calificar de pericial, la naturaleza jurídica de los análisis del ADN, si partimos del artículo 456 de la LECrim⁴ "el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario fuese necesarios o convenientes

⁴ Ninguna aclaración acerca de su significado cabe obtener de la regulación en la propia LECrim , del informe pericial como prueba a practicar durante el juicio oral (arts 723-725)

conocimientos científicos o artísticos"⁵ Al respecto no hay dudas de que la práctica de los análisis de ADN requiera unos conocimientos científicos y técnicos muy específicos y a la vez unos medios materiales que no cualquier persona especializada está en disposición de ofrecer.⁶

Por todo ello se atribuye naturaleza pericial a las técnicas de ADN⁷. Así parece deducirse de algunas resoluciones del Tribunal Supremo⁸ y del propio derecho comparado.

Pero esta cuestión no es tan sencilla, la regulación existente sobre la prueba pericial en los distintos ordenamientos jurídicos no es suficiente para esta materia en concreto. La exigencia de una específica regulación en materia de análisis de ADN está motivada por la particular incidencia que la práctica de las diligencias a que nos referimos supone en una relación de derechos merecedores del calificativo de fundamentales. Por encima de esta naturaleza pericial, prima el aspecto incisivo en la esfera de los derechos fundamentales del individuo.

⁵ El art 610 LEC se refiere igualmente a los conocimientos prácticos junto a los anteriores y MARCHENA GÓMEZ considera que se trata de suplir la ausencia " en el juez y las partes de la formación científica , técnica o artística que puede llegar a resultar indispensable para aprehender el hecho justiciable " " De Peritos , Cuasiperitos y Pseudoperitos " , PJ , 1995 , núm. 39 , págs . 233-234 . Idéntica referencia a los conocimientos prácticos realizada por PEDRAZ PENALVA "Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal .Particular consideración de la pericia psiquiátrica "RDP , 1994 , núm. 2 , pág. 331 .

⁶ Acerca de la naturaleza jurídica la intervención del perito , ya medio de prueba , ya auxiliar del Juez , vid, PEDRAZ PENALVA quien definitivamente se decanta por la última de las hipótesis "Apuntes sobre la prueba pericial .." ,cit., págs 332-349

⁷ En España , por ejemplo , destaca CHOCLAN MONTALVO que la "complejidad de la técnica en estos métodos de investigación aconseja que el peritaje se lleve a cabo con todas las garantías que los medios técnicos permitan a los profesionales ,"las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual", cit, pág 817..Dicha atribución resulta más evidente en el más reciente estudio del mismo autor : "Pericia genética y proceso penal " RevDer .Gen H ., 1998 , núm 9

⁸ La STS de 13 de julio de 1992 (RJA 6394) resuelve , por ejemplo , un recurso de amparo por quebrantamiento de forma (art 850.1 LECrim) por haber denegado " la prueba pericial consistente en al comparecencia en el juicio oral de los técnicos especialistas del Instituto Nacional de Toxicología sobre métodos científicos de investigación de la paternidad y de la huella genética " .De idéntica manera , la STS de 24 de febrero de 1995 (RJA 1419) contiene numerosas alusiones a la naturaleza pericial del informe del Instituto Nacional de Toxicología basado en el ADN

Cabe destacar la singular preocupación con que recientemente se ha abordado en el plano internacional el tema de los análisis de ADN. Tanto el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (1997) del Consejo de Europa ,como la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), hacen constante referencia, en su articulado y Preámbulos a la dignidad humana como límite infranqueable en las prácticas que recaen sobre el material genético.⁹ Las razones no pueden ser más obvias, el carácter sensible del material que se maneja, la posibilidad de obtener la más privada información a partir de dicho material, las repercusiones que la manipulación de dicho material puede tener sobre la salud y el código genético del individuo y otras, que incluso, pueden resultar todavía desconocidos en la actualidad permiten poner de relieve la existencia de auténticos peligros cuando se plantea el tema de la genética¹⁰. Eser destaca que "de la misma forma con que, por una parte, se celebra eufóricamente los progresos de esta Biotecnología son inquietantes, por otra, los peligros que pueden derivarse de la genética humana moderna y que puede reclamar, dado el caso, las medidas oportunas de aseguramiento"¹¹.

⁹ Ya con anterioridad la Resolución del Parlamento Europeo sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética , de 16 de marzo de 1989 .Diario Oficial de las Comunidades Europeas , de 17 de abril de 1989 ,Nº C 96 , págs , 165-171 .Más recientemente la Declaración Ibero- Latinoamericana sobre ética y genética (Declaración de Manzanillo de 1996 , revisada en Buenos Aires el 7 de noviembre de 1998).

¹⁰ Hasta el punto de que el Código Penal español de 1995 ha dedicado un Título específico a los delitos "relativos a la manipulación genética" (arts 159-162) .Con anterioridad a dicha regulación CUERDA RIEZU con referencias a la Proposición de ley sobre técnicas de reproducción asistida "Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas ", ADPCP , 1988 , núm II , págs 413-429 ; con referencia la Ley 35/1988 , de reproducción asistida , y a la Ley 42/1988 , de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células , tejidos u órganos , vid. VALLE MUÑIZ /GONZÁLEZ GONZÁLEZ., "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal" PJ, 1992, núm. 26, págs 109-144 ; acerca de la nueva regulación penal ,vid , De La CUESTA ARZAMENDI , "Los llamados delitos de "manipulación genética " en el nuevo Código penal español de 1995 ".Rev.Der.Gen.H., 1996 , núm 5, págs 49-75 ;LACADENA CALERO ."Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal español: un comentario genético "Rev.Gen.Der.H., 1996 , núm 5 , págs 207-216

¹¹ "Que no se trata de irreales fantasías sino de una preocupación mundial " se constata , en opinión del autor, del hecho , por ejemplo , de que la Recomendación del Consejo de Europa , de 26 de enero de 1982 , incluyera en el catálogo de derechos del hombre" la intangibilidad de la herencia genética frente a intervenciones artificiales " , " Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán " ADPCP , 1985 ,núm II , pág 347

Puede afirmarse, que junto con el carácter pericial propio de las técnicas de ADN, cabe calificar a los análisis genéticos y su aplicación forense como auténticas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. Sin embargo, prevalece en las diligencias de esta naturaleza el constituir medidas restrictivas de derechos fundamentales frente al carácter pericial, motivo por el que la competencia para ordenarlas ha de mantenerse dentro de la reserva jurisdiccional.

Es una medida más de investigación donde la circunstancia de incidir en la esfera de los derechos fundamentales afecta directamente a la necesaria intervención judicial como garante de los derechos señalados.

Como una consecuencia de todo lo dicho anteriormente no hay duda de que nos hallamos una vez más ante una manifestación del presupuesto de legalidad conforme al cual toda medida o diligencia aplicada al objeto de esclarecer e investigar un hecho punible que suponga una restricción o limitación de los derechos fundamentales del individuo ha de encontrarse legalmente prevista¹². Me refiero a la consideración de la previsión legal como garantía de los derechos que mediante ella se restrinja¹³. La previsión legal de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales ha sido considerada por GONZÁLEZ -CUÉLLAR SERRANO como uno de los presupuestos constitutivos del principio de proporcionalidad¹³. En el Derecho Penal, el principio de legalidad ha sido considerado como una exigencia de seguridad jurídica, sino además como un garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por el Estado en el ejercicio del ius puniendi a penas que no

¹² Utilizamos ambos términos en un sentido amplio .Para mayor precisión acerca del concepto de restricciones y sus modalidades y la diferencia con otros conceptos como limitaciones o delimitaciones , vid Alexy , *Theorie der Grundrechte* , Suhrkamp , Frankfurt am Main , 1986 , págs. 249-272 .En España , vid la obra de Medina Guerrero acerca de los límites de los derechos fundamentales y la diferencia con la delimitación del contenido de los mismos .La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales , Me Graw-Hill , Madrid , 1996 , págs . 10 y ss.

¹³JIMÉNEZ CAMPO , "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", RECD , 1987 , núm 20, págs 58 y ss .En consideración de algunos autores la reserva legal constituye la primera de las garantías que la Constitución de 1978 regula acerca de las libertades públicas y derechos fundamentales , vid Frigal .FERNANDEZ VILLAVERDE .La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español MONTELCORVO , Madrid , 1981 , pág 109 ; Bon , "La protección constitucional de los derechos fundamentales : aspectos de derecho comparado europeo" *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* , 1992 , núm .11, enero -abril , págs 65-66 .

hayan sido admitidas por el pueblo, en definitiva, una consecuencia del principio del Estado de Derecho.¹⁴

Nuestro ordenamiento jurídico ni se ocupa de las intervenciones corporales ni, mucho menos, de la posibilidad de aplicar las técnicas de ADN en el proceso penal¹⁵. Choclán Montalvo al respecto la insuficiencia del mandato judicial para suplir la ausencia del presupuesto de legalidad. El Juez, señala, "está vinculado a la Ley y fundamentalmente a los valores superiores del ordenamiento jurídico que establece el artículo 1.1 de la Constitución", de suerte que toda decisión judicial al margen de la Ley carece de la necesaria legitimación democrática.

¹⁴ Tal como hemos anticipado, entiende CHOCLÁN MONTALVO que las remisiones a la regulación de la pericia son insuficientes (con cita expresa de los arts 399, 478.1 y 373 LECRim), no cabe la aplicación analógica al proceso penal de lo establecido acerca de los procesos de filiación (no existe una correspondencia absoluta entre los intereses que subyacen en un caso y en otro), ni tampoco la LO 5/1992 , de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal constituye una regulación suficiente , " Pericia genética y proceso penal", cit., Págs67-71 .En contra , estima FÁBREGA RUIZ que mientras no dispongamos de una Ley expresa se deben aplicar por analogía las disposiciones vigentes (con mención del art 373 LECRim) aun reconociendo la insuficiencia de las mismas , "Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal , con especial referencia a la "huella genética" y su valoración judicial". La Ley , 1999 , núm 4721 , págs 4-5 .Señala Montón Redondo en relación a la diligencia de reconocimientos para la determinación del delincuente que la diligencia conocida en terminología forense como "reconocimiento en rueda" , no debe de entenderse como la única forma posible de reconocimiento porque hay que darse cuenta que está presuponiendo la disposición física , es decir , la presencia inmediata de quien ha de ser reconocido y puede darse situaciones en que esto no sea así o que , aún siéndolo, concurren razones de imposibilidad o miedo a represalias de quien tiene que llevarla a cabo en la forma antedicha .Esto determina , en opinión del autor, que pueda acudir a otros medios identificativos , que pueden efectuarse sobre fotografías o filmaciones , huellas dactilares , escritura , datos antropométricos o genéticos , e incluso la propia voz . Datos éstos que , de principio y aún cuando pueden llegar a configurarse como auténticas pruebas incriminatorias , tienen como función esencial la de servir como punto de partida para la investigación .Añade el autor que el reconocimiento también puede derivarse de técnicas analíticas sobre huellas o vestigios obtenidos en el lugar de los hechos , o en el mismo cuerpo del delito , por ejemplo , sangre , pelos , semen , huellas dactilares , escritura ,etc, lo que nos lleva a una diligencia pericial que se practicará y valorará en forma anteriormente vista, Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal , (con Montero /Ortells / Gómez / Colomer), J.M Bosch .Barcelona , 1994 , pág 192.

¹⁵ Al suponer la investigación genética una intromisión en la intimidad del individuo , la idea de la previsión legal se encuentra también , en opinión del autor mencionado , en el art 8.1 de la LO 1/1982 , de 5 de mayo , de protección civil del derecho al honor , a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen , al disponer que " no se reputarán , con carácter general , intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley"" Pericia genética y proceso penal",cit, pág .65

Las iniciativas legislativas a las que venimos haciendo referencia colmarán, en este sentido, un vacío normativo que no puede entenderse satisfecho con las previsiones legislativas existentes

1. DIFERENTES AFECTACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES POSICIÓN ESPAÑOLA

1.1 Tomas de muestras de sangre

El artículo 385.8º e) de la Ley de enjuiciamiento criminal, establece que "cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que en un plazo no superior a cinco días enviará el resultado".

En la práctica los análisis de sangre se utilizan en los delitos contra la libertad sexual, es frecuente que el médico forense acompañado del Secretario del Juzgado de guardia se acerquen a un centro sanitario y en su presencia se practique la prueba de extracción de sangre, extendiendo Secretario acta de lo ocurrido dando fe de la prueba realizada. A través de una muestra de sangre se puede averiguar si un individuo ha participado en un delito.

La decisión de 13 de diciembre de 1979 núm 8278/1978 de la Comisión Europea de Derechos Humanos sostiene que la extracción de sangre no atenta contra el derecho a la integridad y que no constituye una injerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución española, pues ni atenta contra el derecho a la integridad física ni resulta "inhumano" o degradante.

En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional "aquella pena o aquel trato que acarrea sufrimientos de una especial intensidad y considera degradante el que provoque una humillación o sensación

de envilecimiento que alcance un nivel determinado" (sentencia 65/1986 de 22 de mayo).¹⁶

Uno de los problemas que se plantean se produce cuando el afectado se niega a ser sometido a dicha extracción. Si se acuerda judicialmente una extracción sanguínea o una exploración, si existe negativa a la práctica hay que apereibir formalmente del delito de desobediencia.

Sobre si se ve afectado el derecho a la libertad por la actuación policial a la hora de la práctica de esta diligencia. Como no hay ningún tipo de regulación legal nos remitiremos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En las sentencias 103 y 107 /1985 de 4 y 7 de octubre de 1985 respectivamente para el concreto supuesto de test de alcoholemia considera, que el precepto transcrito se refiere inicialmente a personas detenidas o en trámites de detención y no a personas a las que se va a realizar sin más, e incluso la mayor de las veces con carácter preventivo, la prueba de alcohol en sangre. Considera además que con estas pruebas lo que se está practicando es una pericia en la que la persona es un objeto sometido a investigación al no exigírsele una conducta activa. Se trataría de una prueba pericial acogida en los artículos 399 y 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para que todas estas medidas cautelares analizadas puedan ponerse en marcha y producir sus efectos, se necesita una serie de requisitos que a la vez funcionan como garantías para el afectado, dichos requisitos se ponen en marcha de diferente forma dependiendo del momento en el que nos encontremos podemos hablar incluso de la existencia de varias fases en la puesta en práctica de dichas medidas. Primeramente, el acto de obtención de muestras y vestigios y la segunda fase sería su análisis y una tercera fase sería al alcance de los datos que se obtengan por medio de dicho análisis y la difusión de los mismos. Podemos distinguir tres fases extracción obtención y análisis de pruebas.

¹⁶ Restricción de los derechos fundamentales de la persona en el Proceso Penal . GONZALO FERRER AMIGO

El artículo 785.8º de la LECrim establece que el Juez podrá acordar:

"Cuando lo considere necesario, que por el Médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente que en un plazo no superior a cinco días enviará el resultado".

Hace 10 años que la prueba de ADN se utilizó en España como método de identificación en el ámbito forense. Hoy en día es una prueba imprescindible tanto el ámbito del procedimiento penal como en materia de filiación y nadie duda que estas pruebas deben de ser realizadas por expertos, por personal de la medicina.

Antes de llegar al análisis de vestigios se plantea el problema previo de la recogida de huellas o vestigios del delito. El artículo 326.3 de la LECrim al remitirse al artículo 282 establece el siguiente sistema:¹⁷

- Si hubiera peligro de su desaparición la Policía judicial podrá directamente por si recoger todos los instrumentos o pruebas del delito y las pondrá posteriormente a disposición del Juez. La intervención del Juez en tal caso se produce a posteriori.
- Si no existiere dicho riesgo de desaparición la competencia para su recogida corresponde exclusivamente al Juez, quien podrá en cuanto a la ejecución proceder por si desea ordenarlo a la Policía judicial o al Médico forense. En este último caso siempre debe existir intervención judicial ya sea en la propia recogida o en la autorización previa de la misma.

El Tribunal Supremo ha tenido diferentes criterios no siempre coincidentes. En STS 510/1997 de 14 de abril se resolvía sobre un caso de robo con homicidio en el

¹⁷ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre MORENO VERDEJO

que el Juez Instructor mediante auto ordenó a la Policía judicial de la Guardia civil que investigara y que recogiera las huellas y vestigios que pudieran existir del delito, lo que así se hizo. El Tribunal Supremo señala que no puede atenderse al resultado de ambas pruebas y absuelve al penado por presunción de inocencia. El TS consideró que " ya que no intervino la Autoridad judicial en la recogida de las citadas huella dactilar y colilla de cigarro". Señala el alto Tribunal que, aún mediando una orden del juez para la actuación a la Guardia Civil, ello no puede servir para modificar las normas procesales que imponen al Juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de efectos, salvo que concurran razones de urgencia que aquí no se dieron, y concluye que la Policía tenía que haber dado cuenta al Juzgado del hallazgo de la huella y de la colilla, para que éste hubiera acudido allí a verificarlo con la correspondiente actuación procesal." la actuación de la Guardia Civil al respecto, sin intervención del judicial, no puede constituir prueba de que tal huella y tal colilla de cigarro realmente estuvieran en el lugar del delito"

Esta misma tesis es recogida en STC 303/1993, sobre la intervención de diez bolsas de hachís en el interior de un vehículo aprehendido por la Guardia Civil, en la que no concurrió la referida nota de urgencia, lo que llevó al Tribunal Constitucional a privar de valor probatorio a dicha actuación policial.

El párrafo tercero del artículo 326 impide la solución acordada en las anteriores resoluciones. Si existe riesgo de desaparición de la recogida puede efectuarse por la Policía. Si no existe, el Juez puede ordenar a la Policía judicial o al forense que recojan las pruebas materiales, pero no necesariamente tiene que proceder por sí tal recogida.

En STS 1270/1998 de 31 de octubre la AP de Almería había condenado por asesinato, basándose en que la sangre encontrada en las botas del acusado coincidía con la de la víctima .Los botines habían sido entregados por los familiares en el rastrillo de la cárcel para hacérselos llegar al procesado cuando aquel estaba en situación de preso preventivo, fueron recogidos por la Guardia Civil en virtud de la

orden dada por el Juez de instrucción para ello. El TS confirma en este sentido la sentencia y no acepta el argumento del recurrente de que no hubo control judicial de las actuaciones procesales.

Hay muchas otras sentencias en las que ni siquiera se llega a plantear el problema aceptando la recogida de muestras por la Policía bajo la orden del Juez, como previene ahora el artículo 326.3.

¿Pero cuál es el valor que ha de anudarse al hecho de que los vestigios se hayan ocupado sin respetar el régimen legal ya comentado?

La respuesta para estos supuestos no puede ser sin más la nulidad. En STS 1244/ 2001 de 25 de junio se admite la recogida de muestras por la Policía sin riesgo de desaparición ni autorización judicial. La Defensa solicitaba la nulidad de la prueba principal: la inspección ocular realizada por la Guardia Civil en un vehículo del que se obtuvieron las pruebas que luego sirvieron para acreditar, por medio de análisis de ADN, que pertenecían a restos biológicos de la víctima. Y ello porque, sin razones de urgencia, la inspección ocular fue realizada por la Policía cuando tenía que haber acudido al juzgado para que fuera la autoridad judicial quien la realizara. La sentencia desestimó tal queja "la policía judicial está, no sólo autorizada, sino obligada, a actuar en su misión de averiguar el delito y descubrir y asegurar a los delincuentes. Y en tales funciones está facultada para efectuar registros e inspecciones oculares sin autorización judicial cuando no hay relación alguna con los derechos fundamentales de las personas. Otra cosa es al eficacia procesal de estas actuaciones que ordinariamente sólo sirven como medio de investigación y no como prueba de cargo apta para fundamentar una sentencia penal condenatoria. Sólo puede tener este último valor cuando acceden al juicio oral a través de la correspondientes declaraciones testificales de los funcionarios policiales que actuaron en el atestado correspondiente, que es lo que ocurrió en el caso presente, en el cual en el plenaño testificaron varios Guardias Civiles, entre ellos dos que actuaron en esa diligencia de inspección ocular donde se produjo la recogida de las

muestras luego analizadas por el Instituto de Toxicología que realizó las mencionadas pruebas del ADN lo que también tuvo acceso al juicio oral a través de las manifestaciones de los peritos que las realizaron"

Se necesitan razones de urgencia y necesidad para la actuación de la policía en inspecciones oculares sólo para que las diligencias correspondientes puedan tener valor como prueba de cargo preconstituida, conforme la doctrina del TC expuesta en sentencia 303/1993. Y no hay razón alguna para considerar nula la inspección ocular realizada por la Guardia Civil sin autorización judicial.¹⁸

No podemos olvidarnos que lo esencial en tal recogida es que se realice por personal especializado y de forma que se garantice absolutamente lo que se ha llamado "cadena de custodia de muestras", es decir la identidad entre la muestra recogida y la analizada.

La Jurisprudencia constitucional se ha manifestado en este sentido, en STC 37/1989 indica "no cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona la verificación de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina". En STC 207/1996 considerar de vital importancia a los efectos de enjuiciar la justificación constitucional de la medida, y que derivan del principio de proporcionalidad, que " la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario".¹⁹

No hay duda de que la práctica de numerosas diligencias de intervención corporal exige conocimientos especializados pertenecientes al ámbito de la medicina y que permanecen al margen de los estrictamente jurídicos reclamables del órgano judicial. En estos supuestos si cabe atribuir una auténtica naturaleza pericial a dicha intervención médica. Esta intervención no tendría por objeto, exclusivamente suplir el desconocimiento judicial sobre la materia, sino que además constituye una garantía

¹⁸ STS 996/2000 de 30 de mayo , STS 899/2001 de 16 de mayo

¹⁹ Intervención medica en las diligencias procesales de investigación . ETXEBERRIA GURIDI J.F

frente a todo posible riesgo para la salud o la integridad física del afectado por las medidas. Dudosa ha sido la consideración pericial de los métodos alcoholométricos. Parte de la doctrina los ha calificado como actos de investigación periciales. La doctrina del Tribunal Constitucional ha avalado en numerosas ocasiones la naturaleza pericial de los test de alcoholemia.

Pero no siempre que se requiere la intervención del médico se tienen en cuenta exclusivamente sus específicos conocimientos profesionales. La intervención médica en estos casos constituye, no ya una garantía frente a cualquier riesgo para la salud o integridad de la persona afectada, sino una garantía del sentimiento de pudor de ésta.

En general podemos decir que en ausencia de regulación la doctrina jurisprudencial es partidaria de exigir la intervención médica con amplitud; tanto en inspecciones y registros corporales como en las intervenciones corporales pero, ¿qué tipo de categoría profesional se exige al personal sanitario? A lo largo de toda nuestra jurisprudencia y de nuestra casi nula legislación se utilizan distintos términos. En la jurisprudencia del TC en sentencia 7/1994, sobre la prueba biológica de paternidad, señala que la ejecución de las intervenciones corporales se han de efectuar por personal sanitario. En STC 207/1996 se refiere indistintamente a "personal médico o sanitario" con el añadido de que el personal sanitario "deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características".

Por otro lado, la intervención del personal sanitario que no tenga la específica condición de médico no ha de conducir inevitablemente a la exclusión de las pruebas obtenidas conforme el art 11.1 LOPJ. La solución está condicionada a la capacidad profesional de cada una de las categorías que integran el concepto de personal médico-sanitario de manera que cuando la realización de determinadas diligencias exija un grado específico de conocimiento y de especialización médica, la intervención de quien no ostenta esta condición puede originar riesgos para la

integridad y la salud del afectado por ellas. Estimamos que en estos casos puede entenderse lesionado el derecho a la integridad física en cuanto que la injerencia en su contenido deja de ser proporcionada y afirmarse la exclusión de las pruebas obtenidas en base al artículo 11.1 LOPJ.

Todo lo dicho es igualmente aplicable cuando el llamamiento del personal médico se fundamenta, no en los específicos conocimientos profesionales de éste, sino como garante del pudor o del recato, en este caso el derecho afectado es el de la intimidad en su vertiente corporal.

En STC 7/1994 establece que "la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos".

En la práctica es el Juez el único que determina en cada caso la diligencia de investigación que debe de realizarse haciendo un juicio de proporcionalidad entre derechos e intereses jurídicos en conflicto con el necesario o conveniente asesoramiento del Médico forense acerca de la adecuación del método seleccionado o a seleccionar.

Una cuestión importante a estudiar es la correcta comunicación en el momento del juicio oral, por parte del perito del resultado de la prueba de ADN.

Es muy difícil para los peritos el explicar en el curso del juicio oral de forma simple técnicas científicas sofisticadas como el ADN, pero no hay duda de la trascendencia de la comunicación del resultado analítico.

Según CARRACEDO ÁLVAREZ A. tienen que quedar tres principios claros:

- Es necesario considerar (al menos) dos explicaciones para la ocurrencia de la prueba.

- La prueba se debe evaluar calculando su probabilidad bajo cada una de las explicaciones alternativas.
- El valor de la prueba en relación con una de las explicaciones es la probabilidad de su ocurrencia dada esa explicación, dividida por la probabilidad de su ocurrencia dada la explicación alternativa.

Para evaluar la pericia de ADN hay que acudir a las probabilidades, contempladas desde la perspectiva de dos hipótesis alternativas y expresadas como una proporción entre ambas. Es importante no caer en las llamadas falacias del fiscal y de la defensa y contemplar el valor de la prueba desde una perspectiva justa.

La única solución pasa por un empleo correcto por los peritos de las probabilidades y un entendimiento suficiente por los jueces, abogados y fiscales de conceptos básicos de teoría de la probabilidad.

1.2 Bases de datos

Los avances en tecnología de ADN y el descubrimiento de los plimorfismos de ADN abren la posibilidad científica y técnica de realizar una base de datos con fines de investigación criminal.²⁰

La realización de la prueba de ADN conlleva la creación de 3 tipos de archivos:

1. Archivo formado por los vestigios encontrados.
2. Archivo de muestras extraídas de estos vestigios para proceder a su análisis.
3. Archivo de resultados de dichos análisis que configuran una base de datos en cuanto son susceptibles de tratamiento automatizado.

²⁰ Bases de datos de ADN con fines de investigación penal. .Especial referencia GUILLEN VÁZQUEZ MARGARITA

El punto 8 de la Recomendación 1, del Consejo de Europa sobre la utilización de del análisis del ADN dentro del marco de la Administración de Justicia Penal "las muestras y otros tejidos corporales tomados de personas para análisis de ADN no deberán guardarse 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". Sobre la posibilidad de establecer una base de datos de ADN habría que adoptar diferentes criterios respecto a las siguientes materias:

- Los tipos de delitos para los que se usa la base de datos (aspecto objetivo)
- Personas cuyo análisis va a ser incluido en dicha base de datos (aspecto subjetivo)
- Tipos de muestras
- Tiempo de custodia de datos y muestras
- Modelo de funcionamiento .Organización y gestión

Según GUILLEN VÁZQUEZ M. se deben utilizar tres variables que justifican la utilidad del archivo: la gravedad delictual, que sean delitos con alto nivel de reincidencia, y la posibilidad de que en la comisión de ese delito se dejen vestigios biológicos.

1.3 Gravedad del delito

Esta variable ampara el principio de proporcionalidad, solo se restringirán los derechos afectados en el caso delitos de determinada gravedad. Los perfiles de ADN que pasan a conformar la base de datos proceden de delitos que llevan aparejadas penas de determinada entidad.

1.4 El grado de reincidencia

El motivo de la existencia de la base de datos por la posibilidad de que el autor de un delito pueda volver a delinquir y pueda estar implicado en alguna ocasión en un hecho delictivo.

Esta delimitación tiene sentido, si nos referimos a la recopilación de datos a posteriori del enjuiciamiento del hecho, pues existen delitos en los que la reincidencia es mucho mayor, así es posible la intervención corporal después de la condena, aún cuando esta práctica probatoria no hubiese sido necesaria para la investigación del delito. Por otro lado no podemos establecer ese catálogo de delitos basándonos solo en el número de años, ya que no siempre los delitos con más condena son en los que más se reincide; probablemente en los que más se reincide son en los delitos contra la libertad sexual más que en los delitos contra la vida.

1.5 El hallazgo frecuente de vestigios biológicos

La tercera variable a tener en cuenta a la hora de realizar la base de datos de ADN es que deberá versar sobre hechos delictivos en los que sea probable encontrar vestigios biológicos susceptibles de análisis de ADN. Según este criterio no tiene ningún sentido prever un archivo de ADN sobre delitos económicos por muy elevada que sea la pena o por muy alto sea el nivel de reincidencia en esta clase de delitos.

Por lo tanto a la hora de elaborar dicha base de ADN tenemos que tener en cuenta estas tres variantes ya nombradas.

El Consejo de Europa en la Recomendación octava sobre el tratamiento de los resultados establece la conservación únicamente cuando se trate de infracciones graves contra la vida, la integridad y la seguridad de las personas.

GUILLEN, partiendo de los criterios de gravedad, reincidencia y posibilidad de encontrar vestigios, y lo establecido en dicha Recomendación hace una enumeración delictiva como posible criterio a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo la base de datos de ADN:

- Delito de asesinato y homicidio doloso sea consumado o en grado de tentativa.
- Delito de lesiones consumado en el que se produzca por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilización de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica.
- Delito de secuestro.
- Delito de abusos sexuales y agresiones sexuales.
- Delito de estragos dolosos.
- Incendio con peligro para las personas.
- Delitos de terrorismo.
- Delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas: delito de narcotráfico.

Respecto al tipo de delincuentes cuyo ADN deberá constar en la base de datos con o sin su consentimiento:

1.6 Condenados por sentencia firme, por alguno de los delitos ya enumerados.

Aquí debemos incluir tanto los análisis que se hayan hecho durante la Instrucción, que podrán archivarse esos resultados una vez que la condena sea firme y si dichos análisis no han sido efectuados durante el procedimiento se procederá a realizar dicho análisis aunque sea después de que la sentencia sea firme. En este sentido se pronuncia la Recomendación N° (92) 1 del Consejo de Europa, sobre el uso del ADN, pues exige la concurrencia de una resolución de condena para que puedan almacenarse los datos y las informaciones relativas al ADN. Su

recomendación 8º se refiere al "reconocimiento de culpabilidad" en su versión francesa, o que haya sido declarada convicto, según la legislación británica. Los datos conservables son sólo los que hacen referencia a la condena, esto quiere decir que si hay absolución o el proceso penal concluye de cualquier otro modo que no sea la sentencia condenatoria, no podrán almacenarse los datos genéticos que se hayan obtenido.

Excepcionalmente, conforme la legislación europea, el requisito de la previa condena prevista en la Recomendación ya mencionada, decae cuando el hecho punible que motiva el análisis de ADN supone que la seguridad del Estado resulte afectada. Dispone para estos casos el párrafo cuarto de la Recomendación 8º que el derecho interno de cada Estado podrá permitir la conservación de las muestras corporales, incluso aunque la persona afectada no resulte inculpada o efectivamente condenada. En estos casos del derecho Interno deberá de especificar casos concretos de conservación. De la lectura del memorándum explicativo sobre este punto se constata que la excepción está fundamentada en el propio CEDH cuyo artículo 8 (relativo al respeto a la vida) menciona la seguridad nacional como uno de los motivos que permite la injerencia en la esfera tutelada. Añade igualmente dicho memorándum que esta excepción es de aplicación especialmente en el fenómeno del terrorismo que constituye una prioridad para el Consejo de Europa.

1.7 Imputados mediante resolución judicial.

Mediante estos archivos se podría solicitar la autorización judicial el comprobar si una persona que se encuentre imputada ha participado en la comisión de algún otro delito similar, podría hacerse tanto de forma preceptiva por decisión judicial como a petición del Ministerio Fiscal o de la Policía. Sería una forma de comprobar la existencia de posibles antecedentes penales.

1.8 Inclusión de personas que voluntariamente solicitan que su ADN conste en dichos archivos.

Es posible, que en algún caso una persona concreta pueda solicitar que su ADN conste en dichos archivos para comprobar si ha intervenido en un hecho delictivo que no haya sido esclarecido, pero dicho muestra una vez comprobada su no intervención sería destruida. Esta inclusión en la base de datos traería más inconvenientes que beneficios. El primer inconveniente sería el coste económico que supondría un sistema de este tipo y porque la base del ADN lleva información no solo de un individuo en concreto sino de todos sus consanguíneos que quizás no han dado su consentimiento para que dicha información sea conocida, sería una forma de control de gran parte de la población de seres humanos.

1.9 Víctimas

Otra posibilidad es hacer un archivo donde consten los datos de las víctimas por posibles hallazgos de su propio perfil en el entorno de un posible sospechoso, perfil que puede no encontrarse en la investigación del mismo delito que se cometió contra aquella. En estos casos se necesitaría autorización de dicha víctima no cabría la posibilidad de que sea sometida forzosamente a la práctica de dicha prueba.

Uno de los problemas que plantea la creación de esta base de datos es el tiempo de conservación de dichas muestras, los vestigios y la información. Existen varias posibilidades: archivos por tiempo indefinido , mientras está viva la persona , mientras esté cumpliendo condena, mientras el delito no prescriba, en función de la edad o durante un plazo objetivo.

Respecto a los análisis procedentes de los vestigios también podemos adoptar distintos criterios: durante un plazo prefijado, hasta que no prescriba el delito que dio lugar a su recogida o mientras no se resuelva el caso.

La Recomendación N° R (92)/1 del Consejo de Europa en su artículo 8 establece que en el caso de almacenamiento de los análisis del ADN deberán definirse estrictos períodos de conservación, dejando por tanto libertad a los distintos ordenamientos.

Sobre la conservación de los vestigios, no podemos olvidar que en la mayor parte de los casos lo que nos importa es la muestra extraída del vestigio, el vestigio por lo general será una simple pieza de convicción, así que con la conservación del resultado del análisis de dicha muestra sería suficiente.

2. Organización y gestión de la base de datos

Existen tres posibles sistemas:

- Que la base de datos se llevase a cabo por un solo laboratorio, que realice todos los análisis a nivel nacional y que se encargase de la custodia de dichos datos.
- Que la base de datos en la que fueran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado las depositarías de dichos datos.
- Crear un organismo independiente encargado propiamente de centralizar y del tratamiento automatizado de todos los resultados, con sistemas informáticos capacitados para almacenar todos los datos. Sería un coordinador rector y gestor de dichos datos²¹

En la actualidad hay más de 30 laboratorios que cumplen los requisitos mínimos que estén operativos. Dependiendo incluso de distintos ministerios, así los

²¹ Bases de datos de ADN con fines de investigación penal GUILLEN VÁZQUEZ M

laboratorios de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependen del Ministerio del Interior, Cátedras de Medicina Legal, del Ministerio de Educación, el Instituto Nacional de Toxicología del Ministerio de Justicia y los laboratorios de Policías autonómicas e Institutos de Medicina Legal que dependen de las distintas Conserjerías de Comunidades Autónomas.

Un organismo público e independiente deberá ser el encargado de la gestión y control de los resultados de los análisis de los vestigios y de las personas, con capacidad para llevar a cabo comparaciones que solo se realizarán por orden judicial. Las inclusiones de nuevos datos también se harán por orden judicial y pondrá en conocimiento de dicha autoridad las muestras y vestigios que se archivan o que se destruyen. Igualmente deberán de cumplir con los estrictos criterios de independencia, confidencialidad y respeto a la intimidad.

De todo lo anterior nace la necesidad de pararnos a estudiar la situación normativa que existe en nuestro país sobre estos ficheros de ADN.

En nuestro ordenamiento jurídico, no hay una regulación expresa acerca de la aplicación forense de los análisis de ADN. Ello no ha sido obstáculo para la creación de un fichero relativo a los datos de ADN, bajo la responsabilidad de la Dirección General de la Policía, cuestión que no ha estado exento de polémica, ya que no es fácil de entender la creación de un fichero de este tipo cuando aún no se ha producido una regulación procesal de las cuestiones más básicas que surgen sobre los análisis del ADN.

Escasas son las iniciativas legislativas al respecto que permiten obtener una idea de las orientaciones futuras. La frustrada Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentaria Popular, el 21 de febrero de 1995, no sólo seguía en este punto las acertadas directrices de la Recomendación N° R(92) 1, sino que incluso mejoraba aquella redacción. El artículo 8 de la citada Proposición de Ley disponía que los resultados de los análisis de ADN podrían almacenarse cuando la persona de quien

procedan haya sido declarada culpable de los delitos contra la vida y la libertad sexual de las personas. Se considera positivo la circunstancia de que en la Proposición de Ley se concrete la ambigua e indeterminada referencia a los "delitos contra la libertad y la seguridad de las personas" contenida en la Recomendación a los delitos contra libertad sexual.²²

Además, la concreción de los bienes jurídicos que justifican la incorporación a ficheros automatizados de los resultados de ADN se adapta mejor a la estructura del nuevo Código penal. Por un lado, debido a la inexistencia de un título específico en el que se pretende tutelar los bienes jurídicos de la libertad y seguridad a que se refiere la Recomendación. Por otro lado, porque atendiendo a la forma de comisión de los hechos delictivos, los señalados en la Proposición de Ley son los que originan vestigios biológicos que han de ser analizados y contrastados con lo que se han de obtener del inculcado.²³ Sin embargo si es objeto de crítica, la ausencia de cualquier referencia en dicha proposición, a la gravedad de las infracciones penales, alejándose en este punto de la Recomendación N° R (92). No cabe duda de que no todos los tipos delictivos que se recogen el Título VIII relativo a los "delitos contra la libertad sexual" pueden ser esclarecidos mediante el recurso a las técnicas de ADN y mediante el almacenamiento en ficheros de los resultados así obtenidos. En este sentido sería conveniente la incorporación, en la futura normativa sobre la materia, del criterio de la gravedad que complementara al de la naturaleza del bien jurídico afectado.²⁴

²² Quienes en España se han ocupado del tema han definido la oportunidad del recurso a las técnicas de ADN precisamente en los delitos contra la libertad sexual .CHOCLÁN MONTALVO , "Las técnicas de ADN ...", cit., págs .823-824; MALEM SEÑA, "Privacidad y mapa genético", cit., pág, 139

²³ Quienes en España se han ocupado del tema han definido la oportunidad del recurso a las técnicas de ADN precisamente en los delitos contra la libertad sexual , CHOCLÁN MONTALVO , "Las técnicas de ADN ...", cit., págs .823-824; MALEM SEÑA, "Privacidad y mapa genético", cit, pág, 139

²⁴ Por su parte , la Proposición no de Ley presentada igualmente por el Grupo Parlamentario Popular el 5 de mayo de 1998 se limita a recoger en su Exposición de Motivos que el " vertiginoso avance técnico -científico en la materia , resulta de enorme importancia en el esclarecimiento de inocencia o culpabilidad en múltiples delitos de violación "; para más adelante , y con carácter más general, añadir que en " causas criminales , la genética forense aporta valiosos elementos que enriquecen la base sobre la que el juzgador se debe pronunciar ". Tampoco resulta de fácil interpretación la lectura del párrafo último de la Exposición : " no puede obviarse el innegable valor que el análisis biológico-genético , aporta sobre los nuevos supuestos delictivos de manipulación genética humana, fecundación de óvulos ajena a la procreación humana y delitos de lesiones al feto " , pues se

Sobre las previsiones contenidas en la regulación de esta materia existentes en el Ministerio del Interior. En la Orden de 26 de julio de 1994 se limita a indicar que será "la identificación de implicados en delitos mediante bandas de ADN" sin especificar de qué clase de delitos se trata; en cuanto a las personas y colectivos de los que se pretende obtener ; en cuanto a las personas y colectivos de los que se pretende obtener información que se ha de almacenar se señala que serán "las personas implicadas en la comisión de hechos delictivos" sin mayor concreción acerca de su naturaleza o gravedad; sobre la estructura del fichero y la descripción de los datos que constan en el mismo, se refiere la Orden al patrón de bandas de ADN, al nombre y apellido y a las infracciones penales, sin mención acerca de la gravedad o naturaleza de las infracciones.

plantea la duda de si se refiere a los análisis biológicos-genéticos como medio de investigación y prueba o como medios de comisión del delito .Boletín Oficial de las Cortes Generales .Congreso de los Diputados , núm .282 , de 19 de mayo de 1988 .Serie D , pág 4 .En la defensa de la Proposición realizada por la diputada BARRIOS CURBELO ,del Grupo Parlamentaria Popular , se insiste en nuevos delitos de manipulación genética comprendidos en el Libro segundo .Título V del Código Penal (arts .159-162 CP) , así como en la conveniencia de que se siga en España un sistema limitado a la investigación de determinados delitos .El diputado MARDONES SEVILLA , del Grupo de Coalición Canaria , expuso en el mismo debate que , respecto de los delitos recogidos en el CP 1995 que permiten el recurso a los estudios genéticos , cabía mencionar no sólo el art 259 (delitos relativos a la manipulación genética) .sino también el artt 220 CP relativo a la alteración de la paternidad .Pero con muy buen criterio , a nuestro juicio , advierte que " estas serían las dos figuras , junto a la violación y otras , porque en los puntos suspensivos y en los etcétera es donde están los problemas ". También el diputado Rodríguez Sánchez , por el Grupo Mixto , señaló que las pruebas genéticas constituyen en muchos casos la única prueba posible , por ejemplo , en las violaciones sin testigos. Por último , el diputado Jover Presa , del Grupo Parlamentario Socialista , afirma que la prueba del ADN puede ser de gran utilidad en los delitos que se caracterizan por dejar muestras biológicas del agresor o de la víctima refiriéndose expresamente a delitos como el homicidio las lesiones o los que atenta contra la libertad sexual .En todo caso , este último diputado es el único que hace una mención expresa a la importante cuestión de las bases de datos en que se almacenan los resultados obtenidos mediante los análisis genéticos , Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados , Sesión Plenario núm . 167 celebrada el 23 de junio de 1998 ,núm 172 , ,págs .9246-9253

CAPÍTULO I

LAS TÉCNICAS DE ADN Y SU NATURALEZA JURÍDICA

I.- EL FUNDAMENTO CIENTÍFICO DEL ADN Y SU APLICACIÓN FORENSE

Tal como hemos anticipado en la introducción del presente estudio son múltiples las aplicaciones de las técnicas de ADN, pero en concreto su utilización en el esclarecimiento de hechos delictivos ha supuesto en opinión de no pocos autores, una revolución en el ámbito de la biología forense²⁵.

A grandes rasgos, es el efecto identificador, individualizador, de estas técnicas el que permitirá con un determinado grado de probabilidad establecer la autoría de un hecho delictivo a partir de los vestigios biológicos hallados en el lugar de comisión de aquél o en el cuerpo o indumentaria de la víctima.

Aunque pueda resultar paradójico en un trabajo que pretende analizar con cierta exhaustividad la problemática que se nos plantea, no nos detendremos en la exposición detallada de las bases científicas sobre las que se fundamentan las técnicas de ADN aplicadas en el ámbito forense. No tanto por no ser conscientes de la importancia que para un jurista representa el conocimiento con cierta profundidad de las mismas, por cuanto el temor a .incurrir en imprecisiones en el intento de transcribir, siquiera resumidamente, el proceso metodológico que sustenta las

²⁵ CARRACEDO ÁLVAREZ, "La huella genética", en *Genética humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales derivados de los avances en genética humana*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, Págs. 295 y 304; GARÓFANO/TESTI, "Tecnología científica e prova penales", *Crítica Pénale*, 1998, MI, pág. 74; LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, *EL ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Comares, Granada, 1995, pág. 3; también CHOCLÁN MONTALVO que destaca especialmente su utilidad en los delitos en los que, como ocurre en los que se atenta contra la libertad sexual, el marco de clandestinidad en que se desarrollan se exacerba, "Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual", *La Ley*, 1994, Tomo 3, págs. 815-816.

diligencias a que nos referimos. Del análisis de las causas criminales en que se ha cuestionado la efectividad de las modernas técnicas de ADN, y que posteriormente derivaron en la adopción de medidas y precauciones tendentes a perfeccionar aquéllas en su aplicación forense, se evidencia que si una estrecha colaboración entre científicos y juristas (básicamente los abogados defensores) y sin una aproximación de estos últimos hacia los primeros, seguirían admitiéndose las conclusiones aportadas por los científicos como una verdad irrefutable²⁶.

No obstante, si resulta conveniente detenernos, aun de forma esquemática, en los fundamentos que han derivado en la consideración de las técnicas de ADN como adalid de la moderna criminalística. El ADN es la "sustancia bioquímica encargada de transmitir y regular la vida de las diferentes especies"²⁷.

El ADN se encuentra en el núcleo celular y contiene y transmite la información necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la vida. Además, el ADN de cada célula es idéntico al de las restantes, por lo que es indiferente la muestra biológica de la que se pretende extraer aquél (sangre, semen, saliva, cabello, etc.) pues todas ellas contienen las características de la persona, de ahí que se le haya denominado "código genético"²⁸.

²⁶ Nos referimos, entre otros, a los casos Castro o McLeod acaecidos ambos en los EE. UU. Y donde el particular celo de las defensas por conocer el exacto método empleado por los laboratorios (naturalmente asesoradas por especialistas en el tema) logró desbaratar las pruebas de la acusación basadas en el ADN. Nos referiremos más adelante a la repercusión de estos y otros semejantes casos desde la perspectiva de la valoración probatoria que cabe atribuir a los resultados obtenidos, nos remitimos ahora a la detallada versión que sobre los mismos recoge QUEVEDO, Genes en tela de juicio. Pruebas de identificación por ADN: de los laboratorios a los tribunales, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 101-126.

²⁷ Más técnicamente un "polinucleótido constituido por cadenas antiparalelas de unidades de desoxirribonucleótidos unidos covalentemente, dispuestos de forma complementaria y adoptando una estructura enrollada de doble hélice dextrógira", ambas definiciones en LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, EL ADN y la identificación..., cit, pág. 33.

²⁸ Además del ADN nuclear, existe el ADN mitocondrial. Mientras que el primero está formado por 6.000 millones de pares de bases el segundo está formado por 16.569 pares de bases. LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, EL ADN y la identificación..., cit., págs. 13-39. En palabras de QUEVEDO, en el ADN "esta escrito el programa de todos los seres vivos", Genes en tela de juicio..., cit., pág. 2.

La idoneidad del ADN como instrumento individualizador estriba en que no existen dos personas con idéntico ADN salvo que se trate de gemelos univitelinos²⁹.

Para establecer la coincidencia del ADN de los vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos y del procedente de las muestras que millones de fragmentos de ADN se acuerde analizar el mismo lugar o locus. Cuando más polimorfitos resulten los loci aumentarán las posibilidades de identificación³⁰.

Por otro lado, se distinguen dentro del genoma humano dos grandes tipos de ADN: el codificante y el no codificante³¹.

El ADN codificante está constituido por "aquellos fragmentos de ácido nucleico que determinan, por el orden de sus nucleóticos, a los diferentes genes que definirán las características de las personas a través de la síntesis proteica, determinando la secuencia de los aminoácidos de las proteínas que codifican y el grado de expresión del gen en cada tejido y en cada tiempo". Este ADN codificante "esta formado por secuencias altamente conservadoras con muy pocas variaciones interindividuales e intergeneracionales"³².

El ADN no codificante, por el contrario, se caracteriza por la gran variabilidad de un individuo a otro, no es transcrito a ARN y no supone nada en términos de producción de proteínas, aunque tiene otras funciones biológicas importantes. Sin embargo, la variabilidad de sus secuencias la hacen extremadamente apta desde la

²⁹ Señalan GUILLEN VAZQUEZ/PESTONI/CARRACEDO ALVAREZ que " una de las características de nuestro material genético básico, la molécula de ADN , es la presencia de polimorfismos, esto es, de diferencias entre individuos ", "Bases de datos de ADn con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales", Rev. Der.Gen.H., 1998, núm. 8, pág. 138

³⁰ LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, EL ADN y la identificación..., cit., pág. 18; QUEVEDO, Genes en tela de juicio..., cit., pág. 57

³¹ LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, EL ADN y la identificación..., cit., pág. 48. EL ADN codificadamente es denominado también "funcional" (fonctionnelle), TAK/EIKEMA HOMMES, "Le test ADN et la procédure pénale en Europe", revue science criminelle et de droit pénale comparé, 1993, núm. 4, pág. 680. También se emplean los términos "expresivo", "no expresivo", por ejemplo, los autores inicialmente citados o QUEVEDO quien llega a denominar al ADN no expresivo como ADN basura, Genes en tela de juicio..., cit., pág. 26

³² Ídem cit., págs. 48 y 55.

perspectiva de la medicina legal al efecto de identificación de personas y lo convierten en el objetivo de la biología forense³³. Gran parte de este ADN no codificante está formado por secuencias repetidas de nucleótidos (Adenina, Guanina, Citosina, Timina). Las repeticiones en tándem de una secuencia sencilla se denominan ADN satélites que cuando son de longitud corta (Short Tándem Repeat) se conocen como "microsatélites". El hallazgo por el genoma humano permitió a los genetistas que comenzaban a explorar el genoma humano delimitar territorios. Así se definirían regiones cromosómicas o loci con un número variable de repeticiones en tándem (Variable Number of Tándem Repeats)³⁴

Las técnicas de análisis de ADN utilizadas en la actualidad en el ámbito forense son varias. Siguiendo en este punto básicamente a LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA procuraremos exponer de forma breve los fundamentos biológicos de las mismas. En primer lugar cabe mencionar la particular aportación de Alee J. JEFFREYS y otros genetistas de la Universidad de Leicester consistente en la técnica de southern-blotting e hibridación para analizar fragmentos de restricción de longitud polimórfica. Una vez extraído el ADN se procede a cortar la cadena en fragmentos más cortos mediante el empleo de enzimas de restricción resultando trozos de diferente longitud (dependiendo de la enzima utilizada, ésta actúa cada vez que se encuentra con una determinada secuencia de partes de bases). A continuación se someten los fragmentos de ADN obtenidos a un proceso de electroforesis, es decir, se aplica una diferencia de potencial mediante una corriente eléctrica de modo que los fragmentos de ADN (de carga negativa) son atraídos hacia el polo positivo. Los fragmentos de menor peso molecular se desplazan sobre el gel de agarosa con mayor rapidez que los fragmentos de mayor tamaño. Al resultar inestable e incómodo trabajar sobre la solución de gel se procede a continuación a transferir los fragmentos de ADN a una lámina de nitrocelulosa mediante la técnica de southern-blotting. Una vez concluido el proceso (de 12 a 24

³³ LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, El ADN y la identificación..., cit., págs. 55-56 y CARRACEDO ÁLVAREZ, "La huella genética", cit., pág. 296

³⁴ QUEVEDO, Genes en tela de juicio..., cit., págs. 27-28; LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, El ADN y la identificación..., cit., págs. 51-53

horas) se fija definitivamente el ADN a la membrana de nitrocelulosa mediante calor o con la ayuda de rayos ultravioleta. Por último, se procede a la hibridación, es decir, poner el material resultante en contacto con sondas específicas que permiten destacar o marcar las secuencias que interesan. El resultado es un patrón de bandas similar al código de barras que acompañan a numerosos productos y que JEFFREYS y su equipo denominó literalmente DNA fingerprint³⁵.

Esta técnica de análisis de ADN presenta la ventaja de que debido al gran polimorfismo de los alelos resulta extremadamente individualizador. Disminuyendo las probabilidades de coincidencia cuantos más loci se analicen³⁶.

Junto a la anterior cabe mencionar la técnica de "Reacción en cadena de la polimerasa" (Polymerase Chain Reaction) ideada por Kary B. MULLÍS y que permite amplificar o copiar un fragmento de ADN ininidad de veces. Dicha técnica consiste en reproducir en un tubo de ensayo el proceso de replicación del ADN característico de las células. Para ello se procede en una primera fase denominada "desnaturalización" a separar (a 94-96. ^a C) la doble hélice o cadena de ADN resultando dos cadenas simples. Al disminuir la temperatura, las cadenas separadas vuelven a unirse por un orden, pero si se mantiene una temperatura de 60 ^a C cualquier fragmento complementario puede unirse, circunstancia que se aprovecha para que los cebadores (primers) se acoplen a sus regiones complementarias impidiendo que lo hagan las cadenas anteriormente separadas (fase se "emparejamiento" o annealing). Una vez que los cebadores están ubicados se aumenta la temperatura a unos 70-72 ^a C al objetivo de que la polimerasa actúe sintetizando una nueva cadena de ADN idéntica a la que existía añadiendo para ello los nucleótidos necesarios (fase de "extensión"). Este ciclo puede repetirse las veces

³⁵ LORENTE ACOSTA/LORENTE ACISTA, El ADN y la identificación..., cit., págs. 73-83; QUEVEDO, Genes en tela de juicio..., cit., págs. 32-37.

³⁶ Entre los inconvenientes mencionan LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA que la cantidad de las muestras puede no ser, a menudo, suficiente, los riesgos que plantea la contaminación de las muestras o la degradación y desde el punto de vista de la complejidad de método se destaca su duración y desde el punto de vista de la complejidad de método se destaca su duración (de dos a 10 días) y el incremento de las posibilidades de error por la necesidad de manipular las muestras varias veces en las distintas fases, El ADN y la identificación..., cit., págs. 86-87

que sea necesario obteniendo después de cada nuevo ciclo un duplo de copias de fragmentos de ADN³⁷.

La principal ventaja de esta técnica consiste en la posibilidad de actuar sobre indicios muy pequeños. Además, permite conservar parte del material para la realización, en su caso, de futuras contrapericias. Por otra parte, la posibilidad de actuar sobre un número reducido de pares de bases confiere a los fragmentos amplificados una gran estabilidad y resistencia a la degradación, circunstancia esta última de gran interés en la práctica forense cuando los vestigios o han estado sometidos a condiciones ambientales no óptimas³⁸.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ANÁLISIS DE ADN

Resulta evidente que una primera aproximación a las técnicas de ADN y su aplicación en el ámbito forense permite una indudable calificación pericial si nos cuestionamos acerca de su naturaleza jurídica. Efectivamente, si tomamos en consideración lo dispuesto por el art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.³⁹ "el juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos"⁴⁰. Al respecto, resulta

³⁷ LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, El ADN y la identificación..., cit., págs. 88-102; QUEVEDO, Genes en tela de juicio..., cit., págs. 70 y ss.

³⁸ Se añade igualmente la rapidez del proceso en comparación con la técnica de southern-blotting así como una disminución de los gastos. Además, al disminuir la manipulación de las muestras disminuye del mismo modo la posibilidad de incurrir en errores. El mayor inconveniente que se atribuye a la técnica de amplificación radica en la misma circunstancia causante de su virtud: la contaminación biológica; LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, El ADN y la identificación..., cit., págs. 102-110; QUEVEDO, Genes en tela de juicio..., cit., pág. 83.

³⁹ Ninguna aclaración acerca de su significado cabe obtener de la regulación en la propia Ley de Ejecución Criminal de España del informe policial como prueba a practicar durante el juicio oral (arts. 723-725).

⁴⁰ El art. 610 LEC se refiere igualmente a los conocimientos prácticos junto a los anteriores y MARCHELA GÓMEZ considera que se trata de suplir la ausencia "es en el juez y las partes de la formación científica, técnica o artística que puede llegar a resultar indispensable para aprehender el hecho justiciable". "De Peritos, Cuasiperitos y Pseudoperitos", PJ, 1995, núm. 39, págs. 233-234. Idéntica referencia a los conocimientos prácticos realizada por PEDRAZ PENALVA, "apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penla. Particular consideración de la pericia psiquiátrica", RDP, 1994, núm. 2 pág. 331

incuestionable, no sólo que la practica de los análisis de ADN requiere unos conocimientos científicos y técnicos muy específicos, sino que, como tendremos ocasión de analizar, a la vez de unos medios materiales que no cualquier persona especializada está en disposición de ofrecer⁴¹.

Por estos motivos no resulta infrecuente que quienes se han ocupado del estudio del tema que nos atañe atribuyan naturaleza pericial a las técnicas de ADN⁴²

Así parece deducirse también de algunas resoluciones del Tribunal Supremo Español sobre el tema.⁴³

Incluso la normativa más reciente en el Derecho Comparado sobre la cuestión emplea de forma consciente el término "peritos" para designar a quienes ha de encomendarse la práctica del análisis de ADN. Tal es el caso del § 81 f (2) StPO alemana (Sachverständige) ⁴⁴ o de la regulación holandesa al respecto⁴⁵. Las iniciativas españolas parecen haberse decantado igualmente por esta orientación.

⁴¹ Acerca de la naturaleza jurídica de la intervención del perito, ya medio de prueba, ya auxiliar del Juez, vid. PEDRAZ PENALVA quien definitivamente se decanta por la última de las hipótesis. "Apuntes sobre la prueba pericial...", cit., págs. 332-349

⁴² En España, por ejemplo, destaca CHOCLAN MONTALVO que "la complejidad de la técnica en estos métodos de investigación aconseja que el peritaje se lleve a cabo con todas las garantías que los medios técnicos permitan a los profesionales (...)", "Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual", cit., pág. 817. dicha atribución resulta más evidente en el más reciente estudio del mismo autor: "Pericia genética y proceso penal", Rev. Der. Gen. H., 1998, núm. 9

⁴³ En España, por ejemplo, destaca CHOCLAN MONTALVO que "la complejidad de la técnica en estos métodos de investigación aconseja que el peritaje se lleve a cabo con todas las garantías que los medios técnicos permitan a los profesionales (...)", "Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual", cit., pág. 817. dicha atribución resulta más evidente en el más reciente estudio del mismo autor: "Pericia genética y proceso penal", Rev. Der. Gen. H., 1998, núm. 9

⁴⁴ Dichoprecepto, que se incorpora a la StPO como consecuencia de la Strañ/eríahrensänderungsgesetz de 17 de marzo de 1997, La STS de 13 de julio de 1992 (RJA 6394) resuelve, por ejemplo, un recurso de amparo por quebrantamiento de forma (art. 850.1 LECrim.) por haber denegado "la prueba pericial consistente en la comparecencia en el juicio oral de los técnicos especialistas del Instituto Nacional de Toxicología sobre métodos científicos de investigación de la paternidad y de la huella genética". De idéntica manera, la STS de 24 de febrero de 1995 (RJA 1419) contiene numerosas alusiones a la naturaleza pericial del informe del Instituto Nacional de Toxicología basado en el ADN. se encuentra incluso sistemáticamente ubicado en el apartado séptimo del Libro primero de la StPO relativo a los "peritos e inspección ocular". Consecuentemente EISENBERG se ocupa de la materia en el capítulo relativo a los peritos aunque, sobre todo, también cuando analiza las investigaciones corporales (Körperliche Untersuchung) pues son evidentes las coincidencias entre ambas figuras, Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar, 3. Auflage, C.H. Beck, Manchen, 1999

⁴⁵ El Decreto 522/1994, de 4 de julio, relativo a las investigaciones del ADN (Besluit DN-onderzoeken) por el que se desarrollan los correspondientes preceptos del Código de Enjuiciamiento Criminal

Si no fuera así, serían suficientes los preceptos ya existentes, no sólo en la LECrim española, sino en los ordenamientos de idéntica naturaleza de nuestro entorno europeo, acerca de las actuaciones periciales para dar por satisfecho el presupuesto de la habilitación legal precisa para su práctica. Nos preocuparemos con mayor detenimiento de la problemática vinculada a la previsión legal de las diligencias a que nos referimos, apuntamos ahora únicamente que algún motivo común ha extendido en, prácticamente, todos los países de nuestro entorno la preocupación por dotar a los códigos procesales de una regulación específica sobre la materia.

¿Por qué razón no se ha estimado suficientes las referencias existentes en los distintos ordenamientos acerca de las actuaciones periciales y se ha considerado oportuna una regulación específica al respecto?⁴⁶. Profundizaremos más adelante sobre la cuestión, pero estamos en disposición de afirmar que la exigencia de una específica regulación en materia de análisis de ADN está motivada por la particular incidencia que la práctica de las diligencias a que nos referimos supone en una relación de derechos merecedores del calificativo de fundamentales. En efecto, las técnicas indicadas exigen conocimientos muy específicos y medios materiales difícilmente disponibles si no es por laboratorios o Institutos dedicados particularmente a dicha actividad. Pero, por encima de esta naturaleza pericial, prima el aspecto en la esfera de los derechos fundamentales del individuo.

⁴⁶ Bien es cierto que como acertadamente indica MARCHENA GÓMEZ, "el tempo histórico en el que la ley de enjuiciamiento criminal nació a la vida jurídica explique algunas de sus carencias, la regulación de la prueba pericial tan casuística en algunos aspectos, resulta insuficiente en otros" y se detiene, a continuación, pone de relieve que el informe pericial "deja traslucir una determinada forma de concebir las posibles ofensas a ciertos bienes jurídicos (contra la integridad física, la propiedad, la legitimidad de ciertos documentos públicos"

Hemos indicado supra la singular preocupación con que recientemente se ha abordado en el plano internacional el tema de los análisis de ADN. Tanto el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (1997) del Consejo de Europa, como la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), más arriba citados, hacen constante referencia, en su articulado y Preámbulos, a la dignidad humana como límite infranqueable en las prácticas que recaen sobre el material genético. Las razones no pueden ser más obvias, el carácter sensible del material que se maneja, la posibilidad de obtener la más privada información a partir de dicho material, las repercusiones que la manipulación de dicho material puede tener sobre la salud y el código genético del individuo y otras que, incluso, pueden resultar todavía desconocidas en la actualidad permiten poner de relieve la existencia de auténticos peligros cuando se plantea el tema de la genética.

Destacaba en este sentido ESER plantea que "de la misma forma con que, por una parte, se celebran eufóricamente los progresos de esta Biotecnología son inquietantes, por otra, los peligros que pueden derivarse de la genética humana moderna y que puede reclamar, dado el caso, las medidas oportunas de aseguramiento"⁴⁷.

Puede afirmarse, pues, que junto al carácter pericial propio de las técnicas de ADN, y predominando sobre éste, cabe calificar a los análisis genéticos y su aplicación forense como auténticas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. Si nos atenemos a la clasificación que las diligencias a

⁴⁷ Que no se trata de irreales fantasías sino de una preocupación mundial, se constata, en opinión de dicho autor, el hecho por ejemplo de la Recomendación del Consejo de Europa de 26 de enero de 1982, incluyera en el catálogo de Derechos del hombre, "la intangibilidad de la herencia genética frente a intervenciones ratificales". "Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán".

practicar en la fase de instrucción realiza la generalidad de la doctrina nos encontramos, a grandes rasgos, con las siguientes categorías⁴⁸:

- a) diligencias de investigación "que se caracterizan por pretender el conocimiento de los hechos y circunstancias que definen una conducta como delictiva, la averiguación del delincuente, (su identificación y circunstancias personales), la determinación del daño y la individualización del responsable"⁴⁹
- b) diligencias relativas a medidas cautelares o asimiladas a ellas.
- c) medida de aseguramiento de elementos de prueba y, en su caso, práctica anticipada de prueba. Actividad que, e realidad puede conjugarse con las medida de investigación y de coerción, tanto en su aspecto de prueba anticipada como de conservación de elementos probatorios.

Conviene señalar que un numeroso sector doctrinal cataloga como categoría autónoma de medidas, junto a las señaladas, a los actos de investigación que limitan o restringen los derechos fundamentales del individuo⁵⁰. Por otro lado, se encontrarían aquellos actos de intrusión que persiguen una finalidad meramente investigadora y que englobarían, básicamente, las recogidas bajo el encabezamiento "Diligencias para la comprobación del delito y averiguación del delincuente" en el Título V del Libro II de la LECrim.⁵¹

⁴⁸ LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, las intervenciones telefónicas en el proceso penal. Colex Madrid, 1991. Pags. 18-19.

⁴⁹ Los actos de investigación no son los púnicos instructorios pero sí los que la justifican., la específica función de los actos de investigación es la siguiente: conocer si el hecho presuntamente delictivo realmente tiene este carácter, averiguarlo en toda su extensión, conseguir al máximo esclarecimiento de los hechos, determinar la identidad de su autor y concretar las circunstancias que en él pudieran concurrir

⁵⁰ ARAGONESES MARTÍNEZ, señala que desde un punto de vista conceptual, no es fácil distinguir las diligencias de averiguación y comprobación restrictivas de derechos fundamentales de los actos de investigación generales (...) Derecho procesal Penal, cit. Pág. 376

⁵¹ No obstante, esta categoría es, como hemos anticipado, aproximada, dado que excluye de las diligencias previstas en el Título V citado las encaminadas a la determinación de la identidad del delincuente y a la identificación y conservación del cuerpo del delito que nada tiene que ver con la distinta regulación de los distintos medios de investigación; si el medio de investigación va determinado a concretar y demostrar la responsabilidad de una determinada persona en la comisión de unos determinados hechos, las actuaciones

Junto a éstos, se hallan las diligencias de investigación que añaden, además, la circunstancia de ser restrictivas de derechos fundamentales entre las que la doctrina incluye las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado, registro de libros y papeles y, por último, la observación, detención, apertura y examen de la correspondencia privada y las intervenciones y observaciones telefónicas y que están, a su vez, ubicadas sistemáticamente en el Título VIII del Libro II de la LECrim PRIETO CASTRO/GUTIERREZ DE CABIEDES utilizan la expresión "actos de investigación garantizados" para referirse a la entrada y registro en lugar cerrado, registro de libros y documentos y la apertura y lectura de la correspondencia, esto es, "actos de averiguación que afectan o pueden afectar a derechos de las personas reconocidas en las leyes fundamentales"⁵².

Discrepa, en cierta medida, de esta postura ORTELLS RAMOS para quien la elaboración como categoría autónoma de los actos de investigación garantizados o medidas instrumentales restrictivas de derechos, es correcta sólo en parte. Las "medidas de la clase dicha no sólo las hay a efectos de investigación (piénsese en las cautelares) y las que se refieren a ésta no se agotan en los actos indirectos (p.ej., la conducción coactiva del testigo). Actos garantizados en un sentido genérico lo son todos en el procedimiento preliminar, mientras que si se alude a una garantía específica por afectar a derechos fundamentales y libertades públicas, tal garantía no sólo se da en los actos indirectos, sino también en las declaraciones del imputado y procesado, en las inspecciones corporales (en sí mismas o a efecto de un acto pericial)"⁵³.

encaminadas a la identificación de la persona del delincuente y de la determinación de la persona o cosa que sufre los efectos del delito son en todo caso previas e instrumentales a las anteriores.

⁵²

VIADA LÓPEZ PUIGCERVER / ARAGONESES ALONSO, Derecho procesal penal., Tecnos, Madrid, 2006, págs. 204 y ss.

⁵³

ORTELLS RAMOS, Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal, Bosch, Barcelona, 2004 págs. 177 - 178

Es cierto que no es la restricción de los derechos fundamentales la exclusiva característica diferenciadora de las diligencias mayoritariamente incluidas en el Título VIII del Libro II de la LECrim., pero si una de las más importantes por no decir la de mayor trascendencia 49. Como insistiremos más adelante, pueden resultar afectados como consecuencia de la práctica de los análisis de ADN derechos amparados como fundamentales por la Norma Constitucional: la intimidad personal y familiar, el derecho a la autodeterminación informativa, sobre todo cuando los resultados así obtenidos son objeto de tratamiento automatizado (bases de datos o ficheros de ADN), el derecho a no declarar contra si mismo y a no confiarse culpable.⁵⁴ Esta trascendental incidencia en la esfera más esencial del individuo no puede ser ignorada en la configuración de la naturaleza de la diligencia a que nos referimos.

La catalogación de los análisis de ADN como meras pericias no impediría su práctica a iniciativa del Ministerio Fiscal o de la propia Policía incluso en la fase preprocesal. Sin embargo, tal como ha quedado indicado, prevalece en las diligencias de esta naturaleza en constituir medidas restrictivas de derechos fundamentales frente al carácter pericial, motivo por el que la competencia para ordenarlas ha de mantenerse dentro de la reserva jurisdiccional. Nos encontramos ante un ejemplo más de medidas de investigación (junto a las ya indicadas) donde entrada y registro, intervención de comunicaciones personales) donde la circunstancia de incidir en la esfera de los derechos fundamentales afecta directamente a la necesaria investigación judicial como garante de los señalados derechos.

El aspecto al que nos referimos no ha pasado desapercibido en el Derecho comparado. Indica, al respecto, LEMKE que las recientes reformas de la SrPO alemana (marzo de 1997 y septiembre de 1998) al objeto de incorporar los análisis de ADN al proceso penal son resultado de una larga discusión parlamentaria

⁵⁴ Sin perjuicio de la especial intensidad con que se produce la incidencia en esta esfera especialmente protegida cuando los análisis de ADN van precedidos de la práctica de intervenciones corporales necesarias para la obtención del material biológico que ha de ser contrastado con el hallado en el lugar de los hechos o en el cuerpo o indumentaria de la víctima.

motivada por las posibles graves injerencias (Eingriffstiefe) vinculadas a los señalados análisis. En este sentido, son constantes las referencias al derecho a la personalidad (Persönlichkeitsrecht), al derecho a la autodeterminación informativa (Rect. Auf informationelle Selbstbestimmung) o al principio a la libre autoincriminación (Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit).

Resulta evidente la vinculación de esta materia con la doctrina de las medidas coercitivas (Zwangsmassnahmen) elaborada en aquel país. Destaca ROXIN que para el desarrollo del proceso penal resultan indispensables una serie de injerencias en la esfera individual. Estas medidas coercitivas (Zwangsmassnahmen), en opinión de SCHMIDT, constituyen el punto neurálgico de la administración de justicia criminal y no existe ninguna duda de estar en consonancia con el art. 1 GG (intangibilidad de la dignidad humana, Unantastbarkeit der Menschenwürde) y con el resto de las disposiciones del GG a través de las cuales se reconocen los derechos y libertades al establecer el sistema de derechos fundamentales que no era posible una eficaz persecución de los delitos sin medidas coercitivas que afectasen a los derechos de libertad.⁵⁵

Las Zwangsmassnahmen tienen en común el elemento coactivo. Éste resulta evidente en las tradicionales medidas que recaen sobre la libertad personal o el patrimonio, esto es, la detención, la prisión provisional, los registros, el internamiento en un centro para la determinación del estado de salud o el secuestro. Ahora bien, ¿puede estimarse apropiado calificar de medida coercitiva las técnicas de análisis de ADN? Estas últimas se encuentran irremediadamente unidas a diligencias que sí merecen este calificativo en cuanto que las intervenciones corporales.⁵⁶ Pero también es cierto que la intensidad de las intervenciones corporales precisas se verá indudablemente reducida por cuanto el material necesario para practicar los análisis

⁵⁵ La aplicación de las medidas coactivas en el proceso penal no está limitada exclusivamente a la fase preparatoria del proceso, sino que puede afectarla en todos los niveles del proceso penal.

⁵⁶ Vinculación expresamente manifestada por la normativa alemana pues la única posibilidad de practicar el análisis de ADN conforme al procedimiento es a partir de material biológico obtenido tras la oportuna intervención corporal regulada.

de ADN puede ser minúsculo⁵⁷. Este inconveniente no supone un obstáculo insuperable para la postura que aquí mantenemos pues, con independencia de la afectación en los derechos fundamentales como consecuencia de las intervenciones corporales previas, las técnicas de análisis de ADN constituyen por si mismas diligencias de suficiente entidad desde la perspectiva de los derechos indicados. Además, cada vez con mayor frecuencia, la doctrina alemana destaca no el carácter coercitivo de las medidas, sino su incidencia en los derechos fundamentales.

Pero con independencia de su intenso grado de afectación en los derechos fundamentales, las diligencias de análisis de ADN no dejan de ser actos de investigación en cuanto su práctica permite potencialmente conocer datos de interés para el esclarecimiento del hecho delictivo y de su autor. Con anterioridad a cualquier regulación normativa, puso de relieve el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) que la extracción hematológica al objeto de practicar un análisis de ADN resulta adecuada para "la constatación de hechos relevantes para el proceso" y que la huella genética resultante de un análisis de ADN permite "obtener indicaciones de peso acerca de la autoría del sospechoso pero también para conducir a la exclusión de dichas sospechas". Incluso se refirió a dichas técnicas en términos de "diligencias de investigación" (Ermittlungsverfahren) de juicio oral.

Ahora bien, el informe pericial basado en las técnicas de ADN, y practicado como acto de investigación en el sumario o dentro de las diligencias previas del procedimiento abreviado, se incorpora posteriormente como medio de prueba en el juicio oral 60. También desde esta perspectiva caben destacar algunas peculiaridades acerca de la diligencia a que nos referimos. En efecto, no existe, en principio, inmediato material alguno, tanto en la fase preparatoria como diligencia de investigación, como en la fase de juicio oral como medio de prueba. Ocurre, sin embargo, que así como el examen del perito y de su informe en el acto del juicio oral

⁵⁷ Señala QUEVEDO que con 100 nanogramos (un nanogramo es la billonésima parte de un gramo) de ADN de la sangre se podría identificar a un individuo o de un pelo arrancado de raíz se puede obtener de 1 a 750 nanogramos de ADN, Genes en tela de juicio..., cit. Pág. 55

no plantea ningún problema en cuanto a su viabilidad, no puede mantenerse idéntica postura acerca de la actividad desarrollada por el perito con anterioridad a la elaboración de su informe. Hemos adelantado ya que se requieren medios materiales específicos para ejecutar los análisis de ADN, por lo que en el acto del juicio oral sólo es reproducible la exposición y examen del informe, no así de la pericia misma.

Ello obliga a tener presentes las disposiciones y garantías que acerca del debido respeto al derecho a la defensa y a la contradicción entre las partes acompañan a las anticipaciones probatorias; por ejemplo, la recusación de los peritos judicialmente designados o el nombramiento de peritos por las partes que intervengan junto a los primeros ⁶¹. Además de los señalados, otros argumentos aconsejan la práctica probatoria anticipada con plena garantía de los derechos de defensa contracción, incluso en dicha fase preparatoria. Destacamos, por ejemplo, la importancia que reviste la actividad previa al análisis de ADN consistente en recoger del lugar de los hechos los vestigios biológicos que la conducta delictiva haya producido. Diligencia irreproducible pero de gran trascendencia ⁶². Puede ocurrir, también que los vestigios biológicos utilizados, siendo suficientes para un primer análisis de ADN, no lo sean para posteriores si la parte contraria solicita contrapericias. Problema que puede eludirse dando a todas las partes la posibilidad de intervenir desde un principio en el desarrollo de la pericia ⁶³. Incluso consolidada doctrina jurisprudencias, a la que nos referiremos, viene destacando la innecesidad de la ratificación en el juicio oral de los informes por los peritos que los redactaron cuando éstos pertenezcan a Centros Oficiales que cumplan una serie de requisitos, práctica no exenta de críticas⁵⁸.

⁵⁸ Me limito a citar ahora los trabajos de PEDRAZ PENALVA, en "valoración de informes periciales. Reflexiones críticas sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional español

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS DE LEGALIDAD Y OBJETIVOS

I.- PREVISIÓN LEGAL DE LOS ANÁLISIS DE ADN EN SU APLICACIÓN FORENSE.

1.1.- Previsión legal y restricción de derechos fundamentales

Hemos anticipado que la aplicación forense de las técnicas de ADN comporta una injerencia de elevada intensidad en determinados derechos de naturaleza fundamental del individuo. Estimamos, sin ningún género de duda, que nos hallamos una vez más ante una manifestación del presupuesto de legalidad conforme al cual toda medida o diligencia aplicada al objeto de esclarecer e investigar un hecho punible que suponga una restricción o limitación de los derechos fundamentales del individuo ha de encontrarse legalmente prevista. Nos referimos a la consideración de la previsión legal como garantía de los derechos que mediante ella se restrinjan.⁵⁹ la previsión legal de las medidas de restrictivas de los derechos fundamentales ha sido considerada por GONZÁLEZ CUÉLLAR SERANO como uno de los presupuestos constitutivos del principio de proporcionalidad. En el ámbito sancionador, y más concretamente en el Derecho penal, el principio de legalidad ha sido considerado, no sólo como una exigencia de seguridad jurídica, sino además como una garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por el Estado en el ejercicio de ius puniendo a penas que no hayan sido admitidas por el pueblo, en definitiva, una consecuencia del principio del Estado de Derecho⁶⁰.

En concreto, sobre las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales la STC 49/1999, de 5 de abril, ha previsto" que, por mando expreso

⁵⁹ JIMÉNEZ CAMPO "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones". REDC, 2007, págs. 58 y ss.

⁶⁰ MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General 5ed. PPU, Barcelona, 2006, págs. 74-76

de la CE, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal" (f.j. 4a). Esta reserva legal desempeña, conforme a la misma resolución, una doble función: una parte, "asegura que los derechos que la CE atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representante"; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley y no existe la vinculación al precedente constituye "el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho" (f.j. 4a).

El fundamento constitucional del presupuesto de previsión legal de las medias restrictivas de derechos fundamentales puede entenderse contenida en el art. 53.1 CE que impone la regulación mediante ley del ejercicio de los derechos y libertades. Precepto este que deriva del principio de proporcionalidad expresamente recogido en el art. 9.1 CE y que ha de ser reforzado por lo dispuesto en el art. 81.1 CE en cuanto al rango legal exigido, esto es, en determinados supuestos (por ejemplo, desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas) la norma legal ha de adoptar formalmente la categoría de ley orgánica conforme al juego de las mayorías que a ésta caracteriza⁶¹. La cuestión al rango normativo de las leyes que inciden en los derechos fundamentales o el significado que cabe atribuir al término "desarrollo" del art. 81.1 CE no ha sido pacífica.

⁶¹ Apunta KELSEN algunos argumentos que justifican la exigencia de una norma especialmente reforzada como garantía de los derechos fundamentales, propone que para poder hablar realmente de los "derechos de libertad", es necesario que para su regulación se exige una ley especialmente cualificada por una determinada mayoría, pues, aun cuando las modernas constituciones contengan un catálogo de los derechos de libertad y declaren que es ilegítima la intervención del Estado en esa esfera de libertad.

La STC 22/1986, de 14 de febrero, ha puesto de relieve que no toda regulación procesal ha de realizarse mediante ley orgánica, pues las normas procesales no son normas de desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, "sino preceptos que regulan los cauces a través de los cuales tal derecho ha de ejercerse" (f.j. 3a). Nos referimos nosotros, sin embargo, a una categoría muy concreta de normas procesales, esto es, las que regulan medidas y diligencias caracterizadas por suponer una inmediata restricción del contenido de los derechos fundamentales. En el concreto terreno de la legislación penal, ha estimado el Tribunal Constitucional en su sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, que el desarrollo de un derecho o libertad "consiste en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas" para añadir posteriormente que "...el Código Penal y en general las normas penales,..." son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del Art.- 81.1 de la CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad..." (f.j. 5a).

Resaltamos el aspecto garantista que el Tribunal Constitucional atribuye en la referida sentencia a la ley orgánica en relación con los derechos fundamentales. Son numerosas las resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se reproduce la doctrina conforme a la cual el art. 81.1 "tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o los desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afectan a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre un ámbito y límite". Conforme a esta tesis garantista, a las que nos adherimos, se ha mantenido que la reserva de ley orgánica afecta a la normativa que pretenda regular, bien "frontalmente y en su conjunto cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas, bien lateralmente cuando, con motivo de la formación de una materia determinada, se inicia de una u otra forma en tales derechos y

libertades...".⁶² Apréciase que se emplea la expresión incidir que puede tener tanto un significado negativo como positivo, motivo por el cual encuentra un grado de justificación más elevado cuando la incidencia contempla la limitación o restricción de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, supuestos en los que la ley orgánica opera como una auténtica garantía⁶³ ya que de lo contrario "no se hace sino abrir una puerta falsa para poder orillar el mandato constitucional, y, de esta forma, una ley orgánica celosamente constitucional que regula un derecho fundamental o libertad pública podrá ser perfectamente desconocida por otra ley cuyo objetivo no sea directamente desconocida por otra ley cuyo objetivo no sea directamente aquél. Insistimos, en todo caso, que dicha posición no es pacífica.

Junto a los fundamentos constitucionales del deber de previsión legal de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, dicho presupuesto puede encontrar apoyo igualmente en determinados preceptos del CEDH. Cabe mencionar lo dispuesto, por ejemplo, en el art. 5.2 CEDH acerca del derecho a la vida privada, esto es, que "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...". Sin duda alguna, las técnicas basadas en los análisis de ADN constituyen una injerencia en el contenido por dicho precepto.

De otra parte, el legislador no está vinculado, si opta por imponer restricciones al contenido de los derechos fundamentales, a los supuestos expresamente previstos en la Norma Constitucional. Fuera de los supuestos en que la Constitución habilite al legislador para limitar un derecho fundamental, es decir, cuando no exista reserva legal expresa, la limitación de los derechos fundamentales será también posible. Con esto se pretende significar que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son absolutos o ilimitables, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional reiteradamente, sino que admiten restricciones cuando la tutela de otros derechos e intereses constitucionalmente reconocidos así lo exija.

⁶² LÓPEZ FRAGOSO ALVAREZ, Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, cit. Pag. 32

⁶³ FRIGINAL FERNANDEZ VILLAVARDE., La protección de los derechos fundamentales, cit. Pág. 125

La necesaria previsión legal de las técnicas de ADN aplicadas en el ámbito forense, como presupuesto de su legitimidad constitucional, ha sido igualmente una preocupación en el Derecho comparado. Los debates entre la doctrina alemana, por ejemplo, han sido constantes sobre el tema y han provocado también decisivas resoluciones de las más altas instancias judiciales de aquel país al respecto. En todo caso, sin entrar todavía en el análisis concreto de las diligencias de ADN, reproducimos las reflexiones formuladas por SYDOW con carácter general en torno al presupuesto de legalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. En consideración de este autor, el principio de legalidad (*grundsatz der Gesetzmäßigkeit*) o de reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*) está conectado con el art. 2(1) GG donde se reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y con el art. 20 (3) GG donde se establece el sometimiento del poder legislativo al orden constitucional y de los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho y que permite deducir de estos preceptos constitucionales la preeminencia de la libertad de los ciudadanos frente a la libertad de los órganos de persecución del delito. Este principio de reserva legal, con fundamento constitucional, limita a los órganos estatales en su actuación frente al individuo de dos formas que SYDOW en su obra viene a calificar de positiva y negativa. Entendiendo el principio de legalidad en sentido positivo el individuo será admisible sólo cuando una norma legal de atribución del individuo será admisible sólo cuando una norma legal de atribución así lo autorice expresamente. En sentido negativo el principio de legalidad o reserva legal viene a significar que toda la actuación estatal está sometida al ordenamiento jurídico y no puede, por consiguiente, contrariar los preceptos legales ni los principios jurídicos y constitucionales superiores.

2.1 La exigencia de reserva legal específica para la práctica de las investigaciones genéticas (ADN)

C. Consideraciones generales

Al referirnos a la naturaleza jurídica de los análisis de ADN hemos insistido en que cabe deslindar dichas diligencias de las que previamente les sirven de soporte, es decir, las intervenciones corporales. En efecto, para que los análisis genéticos que permitan identificar a una persona puedan materializarse, resulta a menudo indispensable que previamente se haya procedido a la obtención del material biológico necesario para ello mediante la práctica de la correspondiente intervención corporal. Tal como ha quedado reflejado en la introducción, nos enfrentamos en el supuesto del ordenamiento jurídico español con un problema agravado, pues en nuestro caso existe, siquiera, fundamento normativo suficiente para dichas actuaciones previas⁶⁴. Si se pretende solventar correctamente este envite jurídico será preciso que el legislador español al incorporar a nuestro ordenamiento las previsiones necesarias para habilitar a la práctica de los análisis de ADN no eluda pronunciarse al mismo tiempo acerca de las controvertidas cuestiones que rodean la práctica de las previas intervenciones corporales⁶⁵.

Pero, incluso de haber contado con una regulación expresa en materia de intervenciones corporales, ¿podría darsa. por satisfecho el presupuesto de la previsión legal de las técnicas de ADN?. Consideramos que la respuesta ha de ser negativa. Pese a la estrecha relación existente entre ambas modalidades de diligencia, la intervención corporal, por un lado, el análisis de ADN, por otro, ha de establecerse una nítida delimitación. La relación de instrumentalidad entre ambas no

⁶⁴ DÍAZ CABIALE Cuadernos de Derecho Judicial., "Medidas restrictivas de derechos fundamentales" COlex - Diputación de Castelló, Madrid. 2006 pág. 123

⁶⁵ La StPO alemana y la PACe británica regulaban con anterioridad a las investigaciones genéticas las intervenciones corporales, mientras que otros ordenamientos han aprovechado la oportunidad de incorporar las técnicas de ADN para hacer, al mismo tiempo, mención específica a las intervenciones corporales

impide reconocer que, por separado, produce como consecuencia de su ejecución una injerencia en la esfera más fundamental del individuo. Las intervenciones corporales suponen, en efecto, la restricción de un elenco de derechos y libertades fundamentales, pero producida ésta, la práctica de posteriores análisis de ADN provoca nuevas intromisiones (agravando aquélla) en derechos distintos (o en manifestaciones distintas del mismo derecho, según apreciación) adquiriendo una nueva dimensión en la ya devaluada posición del destinatario de las medidas.

Nos encontramos nuevamente ante una técnica innovadora, con grandes posibilidades de aplicación en el ámbito de la justicia penal, pero, a su vez, con grandes dosis de riesgo por su incidencia en aspectos fundamentales de la personalidad que colisionan con fuertes objeciones de carácter ético. Las investigaciones genéticas se caracterizan por dos peculiaridades: la incertidumbre acerca de sus límites y la controversia que acompaña a cada uno de los nuevos descubrimientos. Nos encontramos igualmente ante una nueva situación de anomia que, dadas las circunstancias señaladas, no hace sino incrementar la desconfianza y la inseguridad de la sociedad en general y de muchos de los estudiosos en particular. Si así ni fuera, ¿Qué razón de ser le corresponde a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa N.º R (92), sobre la utilización de esta modalidad de investigación del ADN en el ámbito de la justicia criminal?.⁶⁶

Haremos específica referencia a la situación en Alemania donde se ha suscitado en la última década un intenso debate doctrinal acerca de esta cuestión, controversia que se ha elevado al Tribunal Supremo federal (BGH) y al Tribunal Constitucional federal (BVerfG) y que ha concluido recientemente (el problema formal de la previsión legal que no el relativo a su contenido) con la aprobación el 17 de marzo de 1997 en el proceso penal y de la Ley de 7 de septiembre de 1998. En dicho país que cuenta con una regulación específica sobre investigaciones corporales desde 1993 y

⁶⁶ Pueden traerse también las recomendaciones de la Asociación Internacional de Derecho Penal, planteadas en el XV congreso internacional celebrado en Río de Janeiro, los días 4 y 10 de septiembre de 1994, acerca de la prueba en el proceso penal, donde, junto a otras consideraciones, recomienda que las "condiciones de admisibilidad de los códigos genéticos y de los resultados de las escuchas telefónicas a distancia deberían estar regulados legalmente.

donde existe una abundante jurisprudencia sobre la materia, se ha planteado con vehemencia la cuestión relativa a si es precisa una regulación específica comprensiva de las investigaciones relacionadas con el ADN, o si, por el contrario, los 81 a y ss. De la StPO constituyen habilitación legal suficiente para la práctica de esta nueva y muy importante modalidad indagatoria.⁶⁷

Nos encontramos ante una materia de difícil abordaje jurídico si se pretende hacer de un modo exhaustivo y definitivo debido a su dinamismo. De todas formas es necesario el establecimiento claro e inequívoco de límites y condiciones acerca del análisis genético para poder prevenir cuanto antes los eventuales peligros que puedan plantearse en relación con la dignidad humana y para satisfacer el derecho a la autodeterminación informativa. Así, se ha mantenido en Alemania acerca de las investigaciones genéticas en el marco del proceso penal una postura extrema que reclama su prohibición legal, es decir, una previsión legal negativa. Y los argumentos que pueden sostener esta opinión oscilan en torno a la idea de la prevención de los riesgos y abusos futuros:

- Se supone presagiar que, en base a la admisibilidad general de la media, existe la potencial posibilidad de acrecentar su utilización. Es previsible que, una vez permitidas determinadas formas de análisis de ADN, también lo serán otras posteriores tan pronto como técnicamente sean practicables. Sólo una prohibición temprana de esta modalidad de investigación-podría detener semejante desarrollo.

- Se supone también en duda que la adopción de medidas de seguridad sea suficiente para evitar posibles abusos que eventualmente puedan tener como consecuencia una injerencia de mayor gravedad en la dignidad humana y en el derecho de la personalidad. Pero si la regulación legal de las investigaciones genéticas junto con la prescripción de medidas de seguridad no resulta suficiente

⁶⁷ En Francia la Comisión Justice Pénale et droits de l'homme, para la reforma de ciertos aspectos penales y procesales, denominada también comisión DELMAS-MARTY (presidenta de la misma), se manifestó acerca de la posibilidad y la necesidad de una reglamentación específica en materia de huellas genéticas como prueba científica en la justicia penal.

para excluir absolutamente el riesgo de que se produzcan abuso, tampoco una total prohibición de estas investigaciones genéticas resulta adecuada para evitar absolutamente los mismos. La mera circunstancia de que puedan obtenerse datos sensibles no puede ser considerada como una manipulación de la vida humana y tampoco justifica una prohibición general. En todo caso, el respeto a la dignidad humana actúa como límite implícito a las investigaciones corporales y también en materia de investigaciones genéticas (art. 1 de la GG, en conexión con el art. 2 GG) y las injerencias en la dignidad humana pueden ser impedidas sólo mediante una prohibición legal. Por este motivo, se considera necesario regular de forma positiva las medias admisibles y, de esta manera, se fijaría también de forma explícita la frontera entre lo prohibido y lo permitido.

Esta misma preocupación doctrinal de dejó sentir en las instancias estatales de la República Federal de Alemania y se formularon dos propuestas de reforma legal que originaron fuertes controversias. Se trata de la *Diskussionsentwurf einer gesetzlichen Regelung zum genetischen Fingerabdruck*, de diciembre de 1989 y el *Referentenentwurf eines Straferfahrensänderungsgesetzes - Genetischer Fingerabdruck-*, de noviembre de 1991, con la intersección de incorporar a la StPO los 81 e y f. En consideración del Ministerio de Justicia alemán (*Diskussonsentwurf*, 1989)⁶⁸ la huella de ADN ofrece un método que permite una posibilidad de conocimiento esencial en el proceso penal para poder, de esta forma, cumplir la función estatal de la efectiva persecución de, los delitos. Al mismo tiempo confía en que la creación de una base legal muestre claramente los límites y de esta manera superar los temores y miedos que, ante posibles abusos, genera la investigación genética en la población y poder reacciona contra las injerencias que afecten al núcleo de la personalidad. Conforme a las propuestas (*Diskussionsentwurf* y *Referentenentwurf*) el análisis de ADN no constituye una simple injerencia corporal,

⁶⁸ Propuesta elaborada por el Ministerio de Justicia Federal y que se remite al Ministerio del Interior Federal, al Tribunal Supremo Federal (BGH), al Consejo General de la Abogacía y al Comisionado Federal para la protección de los datos personales, pero no prosperó.

sino que se trata de una medida bigradual o bifásica (zweistufige). La realización de la investigación genética se manifiesta separada de la obtención del material celular necesario, aspecto este último que no plantea mayor inconveniente en base a los existentes 81 a y 81 c StPO.

Conectando con la cuestión tal como la hemos dejado planteada al comienzo de este epígrafe, nos encontramos ante dos sensibles distintas. El nuevo § 81 e StPO, debería contener, conforme a la Diskussionsentwurf de 1989, no sólo el fundamento jurídico para la práctica de análisis de ADN, sino también para la obtención del material celular. La Referentenentwurf, en cambio, renuncia a esto último, ya que la obtención del material corporal tiene su correspondiente revestimiento legal en la regla general de § 81 a StPO. Estas dos propuestas legislativas optan, por lo tanto, a favor de que las investigaciones que giran en torno al ADN en el proceso penal cuenten, por sus peculiaridades, con una habilitación legal específica, sin que sea suficiente la precisión de los § 81 a ss. StPO.

En España, nuestro ordenamiento ni se ocupa de las intervenciones corporales ni, mucho menos, de la posibilidad de aplicar las técnicas de ADN en el proceso penal. Mantiene acertadamente CHOCLÁN MONTALVO al respecto la insuficiencia del mandato judicial para suplir la ausencia del presupuesto de legalidad. El juez, señala, "está vinculado a la Ley y fundamentalmente a los valores superiores del ordenamiento jurídico que establece el art. 1.1 de la Constitución", de suerte que toda decisión al margen de la ley carece, de necesaria legitimación democrática⁶⁹. Las iniciativas a las que venimos haciendo referencia colmarán, en este sentido, un vacío normativo que no puede entenderse satisfecho con las previsiones legislativas existentes.

⁶⁹ Al suponer la investigación genética intromisión en la intimidad del individuo, la idea de la previsión legal se encuentra también, la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al disponer que "no se reputarán, como carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente.

B. Las investigaciones corporales como fundamento de las investigaciones genéticas posteriores

La propuesta, en nuestra opinión acertada, de que son necesarias especiales y expresas habilitaciones y previsiones legislativas en relación con las investigaciones procesal-penales sobre material genético al verse afectados aspectos de la personalidad y dignidad humana, no ha impedido que ante la ausencia legal, y por su importancia como instrumento de persecución de los delitos, un sector considerable de la doctrina así como la jurisprudencia de numerosos Tribunales se haya destacado por buscar alguna habilitación legal en el ordenamiento existente. Quienes en España se han dedicado al estudio de la repercusión jurídica de la aplicación del ADN como estudio de la repercusión jurídica de la aplicación del ADN como método de identificación, confunden frecuentemente los argumentos en que fundamentar las intervenciones corporales, con los que han de servir de apoyo a los análisis genéticos. CHOCLÁN MONTALVO aun reconociendo "la carencia legal que representa la ausencia de una regulación expresa que autorice a los órganos judiciales la investigación del perfil genético del inculpado en el proceso penal que imponga sus límites y garantías", concluye, no muy acertadamente a nuestro juicio, que a la hora de cuestionarse la constitucionalidad de la injerencia, "son extrapolables a esta materia gran parte de las consideraciones que el Tribunal Constitucional formula a propósito de la prueba de alcoholemia".

En Alemania, tal como hemos anticipado, tampoco ha sido extraño que tanto Tribunales de los diferentes Lânder, como el propio Tribunal Supremo Federal consideran que el análisis de ADN resulta amparado por las normas que habilitan la intervención corporal previa (§ 81 a StPO, precepto que autoriza expresamente sólo la extracción de sangre u otras muestras) cuando tiene por objeto la identificación del autor.⁷⁰ Esta interpretación ha sido apoyada en la doctrina científica por los prácticos de la criminalística. E incluso la doctrina procesalista aunque se hayan manifestado ciertas reservas como el riesgo de abusos o, en otras ocasiones, la necesidad de

⁷⁰ BGHst 37

que se acompañen de otras pruebas o que se limite al ámbito no codificante. Aunque, como tendremos ocasión de constatar, esta postura no es unánime.

Entre otros, los argumentos más frecuentemente utilizados en orden a la justificación del uso por los órganos de persecución de los delitos de conocimientos científicos y métodos técnicos de indagación de la verdad sin exclusión de los métodos de investigación basados en el geoma y que, por otra parte, consideran suficiente fundamento legal para su práctica los preceptos reguladores de las intervenciones corporales (en el caso alemán 81^a y 81 c StPO), son los siguientes:

Estas nuevas técnicas de investigación, basadas en el ADN exclusivo del individuo, no constituyen un método de indagación de la verdad que beneficie únicamente a los órganos encargados de la persecución de los delitos. Por el contrario, puede resultar de sumo interés para el inculpado no responsable de los hechos que se le atribuyen, ya que permite excluir desde una fase temprana del proceso la infundada sospecha que sobre él recae.

Por otro lado, los métodos científicos para la investigación de las predisposiciones genéticas resultan cada día más seguros y, si bien existe un riesgo potencial de injerencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa, semejante investigación está condicionada a la autorización de métodos científicos complementarios mediante la incorporación de posteriores sondas. Los defensores de esta orientación pretender ver, por lo tanto, una frontera clara y precisa entre la investigación del ámbito codificante y la que no lo es, requiriendo una y otra métodos de investigación distintos, además, la investigación del ámbito codificante no estaría cubierta por las finalidades procesal penales, es decir, exclusivamente la identificación del autor de las huellas.

Se ha argumentado igualmente que no se ha exigido análoga previsión legal específica ante otras modalidades de obtención de información personal.

Se ha argumentado igualmente que no se ha exigido análoga previsión legal específica ante otras modalidades de obtención de información personal. El argumento crítico basado en la injerencia en la personalidad supone ignorar las posibilidades que ofrecen otras modalidades de adquisición de datos basadas en la observación sensitiva, especialmente ignorar la importancia de la prueba pericial, pero no se ha discutido, en estos ámbitos diferentes la necesidad de un específico fundamento legal.

Se aduce también que recientemente se ha cuestionado el valor probatorio de las huellas genéticas. Tampoco este argumento puede ser válido para exigir una regulación legal específica en el sentido señalado puesto que el legislador no puede hacer depender la admisibilidad de una práctica probatoria de su pronosticable valor probatorio. Lo contrario supondría limitar de un modo peligroso e intolerable determinados medios de investigación procesales penales y como consecuencia dos medios de investigación procesales penales y como consecuencia quedaría afectada la libre valoración probatoria judicial.

En definitiva, mantienen los defensores de la incesaria regulación específica que la discusión acerca de la huella genética no es más que el reflejo del problema que plantea la asimilación político - social de la dinámica capacidad de conocimiento científico. El legislador debe procurar no canalizar con excesiva precipitación los problemas de adaptación político-social al progreso científico para evitar los efectos contraproducentes que de ello puedan derivarse. Priman las motivaciones políticas sobre las procesales penales a la hora de exigir una regulación expresa de la identificación del autor del hecho delictivo a partir de la información genética; se trata del temor de los ciudadanos frente a las posibilidades de conocimiento, pero fundamentalmente, de manipulación genética. El Tribunal Supremo Federal alemán se había percatado de esta circunstancia cuando apuntó que existe una necesidad psicológica para una especial regulación legal de las huellas genéticas.

En todo caso, aun siendo la opinión alemana mayoritaria partidaria de estimar suficiente para la práctica de la investigación molecular genética de pequeños fragmentos de ADN la habilitación legal prevista en los § 81a y 81 c StPO (esto es, la prevista para las intervenciones corporales), ha de limitarse dicha investigación a lo que se considere neutral para la personalidad.⁷¹

La interpretación hasta ahora expuesta, ratificada por la Jurisprudencia, no ha quedado exenta de críticas. Se aduce que el § 81a StPO constituye el fundamento legal para la injerencia en el derecho fundamental a la integridad corporal protegido en el art. 2 (2) GG. Este precepto autoriza las investigaciones corporales del inculcado con el fin de constatar aquellos hechos que sean de importancia para el proceso penal, estando expresamente previstas extracciones de sangre y otras injerencias corporales. Cuando en 1993 fue incorporado el § 81 a StPO, reguló por primera vez las condiciones y la admisibilidad de las hasta entonces discutidas investigaciones corporales. Hasta ese momento se consideró mayoritariamente que las extracciones de sangre y otras injerencias corporales eran inadmisibles. En el caso de las investigaciones genéticas nos encontramos, sin embargo, ante una diligencia nueva, posterior y distinta a la mera extracción de sangre⁵⁰, cuando sea necesaria, pues, la obtención de material corporal del inculcado se procederá, por regla general, a la extracción de sangre. Este supuesto de injerencia corporal se encuentra explícitamente regulado el § 81 a StPO.

Los Tribunales que hasta ahora se han ocupado de la admisibilidad del análisis de ADN han llegado a la conclusión de que la autorización para la extracción de sangre comprende también la facultad de obtener relevantes datos a través de la investigación genética de la misma, por ejemplo, la deducción de si la procedencia de una huella o vestigio corresponde a sospechoso. Al no contener, por lo tanto § 81 a StPO restricciones sobre las finalidades de la investigación, resulta básicamente admisible, también en opinión del Tribunal Supremo alemán, una extracción de sangre con la finalidad de practicar posteriormente un análisis de ADN. Acerca de la

⁷¹ Sentencia de 21 de agosto de 1990 del BGH, 1990

posible injerencia en el derecho a la personalidad mediante la practica de estas investigaciones, estima el LG Heilbronn, en su sentencia de 19 de enero de 1990, que el valor informativo acerca de la personalidad del individuo que se puede obtener mediante la huella genética es igual de sustanciosa que la obtenida mediante la huella genética es igual de sustanciosa que la obtenida mediante la tradicional huella digital, es decir, nula y añade que "la dignidad humana puede resultar lesionada cuando mediante la investigación se invade el ámbito nuclear de la personalidad. El análisis de ADN no permite determinar las características de la personalidad, sino datos irrelevantes de la misma.⁷²

Algunas posturas discrepantes destacan que el momento en que se forjó dicha interpretación resultaba desconocido que la investigación conectada en el material genético humano - sobre todo cuando se trataba del ámbito codificante-presentara algo más que una simple injerencia corporal para la extracción de sangre, representa una injerencia en el derecho de la personalidad; sin que puedan equiparse de ninguna manera los métodos de investigación tradicionalmente comprendidos en el § 81 a StPO, con el análisis del genoma no sólo por el incremento en la calidad de la información obtenida, sino por el potencial problemático inherente a estos métodos de investigación desde el aspecto del "derecho a la personalidad". Resulta evidente que el § 81a StPO permite sólo una injerencia en integridad corporal mientras que atreves de la extracción de ADN se obtienen datos personales muy sensibles y no sólo del imputado u otro afectado, sino qua al tratarse de datos que se transmiten heréticamente de todas aquellas personas que estén en relación de parentesco con estos.

No obstante el Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht) refrendo en una reciente resolución a quienes sostengan que el § 81 a StPO constituye un fundamento legal suficiente para la práctica de una

⁷² Sentencia del LG Heilbronn de 19 de enero de 1990

prueba de ADN. Aún con riesgo de abundar demasiado en el tema nos permitimos plasmar los argumentos más fundamentales utilizados en esta importante resolución por el Tribunal.

Parte en primer lugar el reconocimiento del principio "averiguación de la verdad en el proceso penal" para cuya satisfacción prevé la § 81 a StPO en los 161 y 163 que los funcionarios encargados de la investigación podrán practicar en el marco de sus competencias "toda clase de averiguaciones" (Ermittlungen Jeder Art.) y acerca de la practica de la prueba en el juicio oral ante el Tribunal determina el § 244 (2) StPO "que el Tribunal para la averiguación para la verdad habrá que extender la practica de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que sea de importancia para la decisión". No obstante, reconoce que será precisa una autorización legal específica para aquellas mediadas de investigación y practica de la prueba que constituye una injerencia en los derechos protegidos de los individuos. Éste no es el caso, manifiesta el tribunal, de aquellas investigaciones que afectan el ámbito de la personalidad.

Insiste el Alto Tribunal alemán en que los métodos de declaramiento del delito consiste en la investigación de huellas o vestigios que se descubren en la victima del hecho, así como en el lugar en que han ocurrido los mismos, y que pueden conducir a la prueba del autor (y menciona los vestigios de sangre, esperma, huellas dactilares u otras impresiones de partes del cuerpo, así como partículas de la piel o cabellos) una vez separados del cuerpo de la persona se objetiviza y su utilización no puede ser considerada una injerencia en el derecho de la personalidad. Y no altera para nada esta circunstancia el hecho de que el desarrollo científico y técnico de la criminalística pueda ofrecer nuevos o perfeccionados métodos de investigación de creciente eficacia en el descubrimiento y comprobación del autor del delito. El empleo de semejantes métodos de investigación novedosos y perfeccionados es

inobjetable desde el punto de vista constitucional, siempre que estén comprendidos y los ámbitos de investigación legalmente previos.⁷³

La StPO permanece receptiva ante posteriores desarrollos y novedades en el ámbito de la Criminalística. Una eficaz persecución de los delitos resultaría inconcebible sin la incorporación de semejantes medios técnicos y científicos de ayuda. Conforme a este principio se precisa una especial autorización legal cuando para ejecución de investigación sea necesario material de comparación que deba ser obtenido del inculpado contra su voluntad mediante una injerencia corporal {Körperlicher Eingriff). En estos casos se produce una injerencia directa en el derecho a la incolumidad corporal (art. 2 (2) 1 GG) la cual sólo resulta admisible en base a una ley de conformidad con el art. 19 (1) y (2) GG así como del principio de proporcionalidad (art. 2 (2) 2 GG). Cuando se trata de una injerencia consistente en la obtención de una muestra de sangre, el § 81a StPO contiene un fundamento legal suficiente para ello.

Hasta aquí nada novedoso que no haya sido manifestado ya por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Pero. ¿Qué ocurre una vez obtenida muestra sanguínea?, ¿son admisibles todo tipo de investigaciones sobre ella? En respuesta a estas cuestiones surge la principal innovación del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Señala al respecto que "la investigación de la muestra de sangre obtenida, siempre que no haya sido de conformidad con el § 81 a StPO, puede ser servirse de todos los métodos que pueden conducir a la "determinación de los hechos" que "sean de importancia para el proceso" (con clara referencia al contenido literal del § 81 a StPO) añade la sentencia que la utilización de nuevos y perfeccionados métodos de investigación no queda excluida: "no se deduce el precepto sobre extracciones de sangre una imitación de determinados métodos de investigación".

⁷³ Entre los que incluyen la sentencia aquéllos que se fundan en la investigación de un cada vez más elevado número de características hematológicas en las muestras de sangre y que permiten una mayor posibilidad de excluir las sospechas infundadas del portador de los vestigios.

No obstante las muestras de sangre obtenida conforme al § 81 a StPO o en base al consentimiento del afectado pueden ser investigadas mediante el empleo de cualquier método siempre que se limite dicha investigación mediante el empleo de cualquier método siempre que se limite dicha investigación al ámbito no codificante del ADN. Señala la sentencia que "la investigación del ámbito no codificante de la molécula de ADN tiene por objeto solamente la estructura formal de las secuencias de bases correspondientes a esas moléculas de ADN, las cuales no contienen información acerca de las características hereditarias del individuo; por el contrario, estas investigaciones no afectan a las informaciones sobre las características hereditarias del afectado almacenadas en los genes. Conforme el estado actual del conocimiento científico no es evidente que mediante este tipo de investigaciones queden al descubierto las características de la personalidad; por consiguiente, no queda afectado el ámbito nuclear de la vida privada y tangible este para el poder público. La investigación muestra exclusivamente el esquema formal del ámbito no codificante del ADN, el cual como característica de identificación, puede ser valorado de la misma manera que las huellas digitales, las características hematológicas o la estructura capilar, cuya utilización en el proceso penal resulta admisible desde el punto de vista constitucional. Esta modalidad de análisis de ADN sólo consiste en un perfeccionamiento de los métodos de investigación criminalísticos comprendidos de la finalidad normativa comprendidos dentro de la finalidad normativa del §81 a StPO".

Ahora bien como ya se ha planteado por algunos autores alemanes citados más arriba, ¿cómo se garantiza que el análisis de ADN se limitara al ámbito no codificante del ADN? Señala tajantemente el Tribunal que "es suficiente con que se haga la correspondiente limitación en el requerimiento de investigación dirigida a los peritos".

Inexplicablemente, la resolución del Tribunal constitucional analiza con análoga profundidad otra de las cuestiones más controvertidas relacionadas con las investigaciones de ADN: es la relativa a la afectación al derecho e auto

determinación informativa, nos dedicaremos en otro apartado al estudio detallado de este derecho cuyo reconocimiento como tal derecho autónomo plantea todavía serás controversias entre la doctrina española. Nos limitaremos a poner de manifestó que el tribunal constitucional alemán despacha insuficientemente el asunto con el siguiente pronunciamiento y sin mayor argumentación: "en la medida en que se produzca una injerencia en el derecho de la autodeterminación informativa, este encuentra también suficiente fundamento constitucional en el §81 a StPO). Este pronunciamiento nos parece inadecuado. Se puede discutir si la utilización de un método de investigación que se limite exclusivamente al ámbito no codificante del ADN afecta o no al derecho a la autodeterminación informativa, lo que resulta evidente es que en caso de la respuesta fuera afirmativa consideremos que la previsión legal del §81 a StPO es absolutamente insuficiente.⁷⁴

La fundamental sentencia del BVefG acerca de la ley del Censo (Volkzahlungsurteil) de 15 de diciembre de 1983 (BVefG, 65, 1), comentada también confusamente por la doctrina española, consagra del derecho a la autodeterminación informativa. Reconoce, sin embargo la sentencia que este derecho a la autodeterminación informativa no esta garantizado sin limites. El individuo no tiene ningún derecho sobre sus datos en el sentido de una soberanía absoluta irrestringible sino estás bien una personalidad que se desenvuelve dentro de la comunidad social y que esta llamada a comunicarse.

El individuo tiene, pues, que aceptaren principio determinadas limitaciones de su derecho a la autodeterminación informativa en aras del interés preponderante de la colectividad. Ahora bien, "estas limitaciones necesitan, sin embargo, con arreglo del artículo 2o, párrafo 1, de la ley fundamental-...-, un fundamento legal (constitucional), del que se deduzca con suficiente claridad y de modo inteligible para el ciudadano los supuestos y el ámbito de las limitaciones y que responda, por lo tanto al imperativo de claridad normativa inherente al estado de derecho...".

⁷⁴ Muestra de ello es que en el señalado precepto no se recogen ninguna de las garantías que si contenían los proyectos de reforma del mismo elaborados hasta ahora en Europa.

C. El fundamento legal de las investigaciones genéticas sobre vestigios biológicos separados del cuerpo.

Conforme a lo señalado en el epígrafe anterior, puede resultar de la habilitación legal par a la práctica de las intervenciones corporales suficiente cobertura normativa para la posterior realización de los análisis de ADN a partir de las muestras corporales. Esta fue la solución propuesta por el BVerfG alemán ante las dudas planteadas acerca de su constitucionalidad. Se trata d una conclusión muy discutida por la doctrina de aquel país inaplicable en España ante la ausencia de previsión normativa suficiente donde apoyar las intervenciones corporales tal como ha expuesto recientemente el TC español (CTC 207/1996).⁷⁵ Queda irresuelta, en cambio, la cuestión surgida acerca de la posibilidad de practicar los análisis de ADN no sobre muestras obtenidas tras un previa intervención corporal desarrollada regularmente sino breve vestigios biológicos ya separados del cuerpo, por ejemplo, cabellos, esperma, o restos de sangre hallados en el lugar de los hechos o la víctima.

Dispone la LECrim. una serie amplia de disposiciones comprendidas en los capítulos relativos a la diligencia de inspección ocular y del cuerpo del delito que han de resultar decisorias en la correcta aplicación del análisis de ADN, ya que posteriormente se han de comparar con os resultados obtenidos a parir de una muestra del individuo. La importancia de la actividad previa de búsqueda y conservación de los vestigios o huellas por el delito para su posterior comparación con las obtenidas mediante las intervenciones corporales, ha sido también destacada en el derecho comparado. En Alemania, por ejemplo, considera KLUMPE que el primer paso está constituido por el hallazgo de vestigios biológicos para la realización del análisis de ADN en el lugar de los hechos o en la víctima. Para el aseguramiento de los vestigios biológicos que posibiliten posteriormente el análisis de ADN entran en consideración diferentes fundamentos jurídicos en relación con las partes integrantes del cuerpo pero separadas de este, no es de aplicación lo

⁷⁵En el ámbito procesal civil, para la determinación de la filiación, se sigue recurriendo a las pruebas de perfil genético con el único fundamento de los artículos 39.2 de la CE y 127 del CC.

señalado en los §§81 a y ss. Del StPO, sino que deberán ser asegurados conforme a los §§94⁷⁶ y ss. De la StPO, relativa al secuestro (beschlagnahme). Conforme al § 94 (1) StPO se procederá al aseguramiento de todos los objetos que puedan resultar importantes para la investigación como medios de prueba, por lo tanto, autoriza el aseguramiento del material celular que el autor ha dejado en el lugar de los hechos. En los casos en que el material biológico se encuentre en la indumentaria de la víctima o en poder de una tercera persona, el aseguramiento estará garantizado conforme a los §§94 (2) y 98 StPO (este último relativo a los requisitos de la ordenación). Para la búsqueda de huellas o vestigios en el cuerpo de la víctima o de un tercero. La persona podrá ser investigada conforme al §81 c (1) StPO.

Se trata de analizar si disposiciones semejantes constituyen base normativa suficiente para realizar sobre los vestigios biológicos separados del cuerpo un análisis autónomo del ADN, por ejemplo, cuando se pretende contrastar la huella genética resultante de los mismos con las ya existentes en bancos o ficheros automatizados de huellas genéticas, GIL HERNÁNDEZ, por ejemplo, tras reconocer la inexistencia de una norma con rango legal que autorice explícitamente a la autoridad judicial a la investigación del perfil genético del inculcado, concluye en la necesidad de acudir a una "habilitación genérica", que viene dada por el art. 326 LEcrim. Relativo a la inspección ocular de los vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito, el artículo 334 LEcrim. Donde se especifica la recogida del cuerpo del delito y el artículo 785.5. e) LEcrim que se refiere a la obtención por el médico forense o perito de muestras y vestigios.

En Alemania mientras que en estimación de algunos el mismo §94 StPO que autoriza al aseguramiento y confiscación del material sirve a su vez para facultar a la aplicación de los medios de investigación genética sobre dicho material, otros, por el contrario, son de la opinión de los fundamentos jurídicos para el aseguramiento y el secuestro son suficientes sólo para la obtención del material en que consisten las

⁷⁶ "Será necesario el secuestro cuando los objetos se encontraren en poder de una persona y no fueran entregados voluntariamente"

huellas o vestigios. La relación del análisis de ADN hallado en el lugar de los hechos es posible pero no está justificada.

Se ha pretendido incluso apoyar dicha posibilidad mediante una aplicación analógica del § 81b StPO permite la obtención de informaciones respecto al cuerpo, (aquí utiliza la preposición an-an Körper- al igual que el citado precepto, lo cual significa que se refiere a mediciones u otras medidas externas del cuerpo), tanto más debe resultar admisible la obtención de informaciones relativas al ámbito corporal pero no practicadas directamente sobre el cuerpo (nicht am Körper). En estos casos según la opinión de los partidarios de la aplicación analógica, no se puede valorar el análisis de ADN de manera distinta a las mediciones (messungen) en el sentido del §81 b StPO.

En opinión de Klumpe, sin embargo, la conclusión analógica y la referencia a que el § 81b StPO sirva de fundamento habilitante para la realización de ADN resulta rechazable. Enjuiciar la validez tal fundamento jurídico no depende sólo de la modalidad de la injerencia (in-den Körper oder am Körper), sino que debe ser considerada también la calidad de la información obtenida. En opinión de esta autora, mediante las huellas genéticas determinadas características externas sino que quedan a descubierto circunstancias externas en definitiva, aquí se investiga material genético que no se caracteriza generalmente por contener información neutral acerca de la personalidad. Semejante investigación del material celular ha de tener un significado distinto al de la simple toma de fotografías o la medición de la altura corporal. La intensidad de la injerencia resulta superior en investigación de las características corporales internas que las admisibles con forme al § 81 b StPO.

No hay que olvidar, además, que el § 81 b StPO, y preceptos análogos, tienen una estrecha vinculación con las funciones preventivas de la policía, por ejemplo, claramente apreciables en la referencia al servicio de identificación (Erkennungsdienste) comprendida en el § 81 b StPO. Partiendo de la intensidad de injerencia resultaría tanto más desproporcionada la realización de un análisis de ADN

con una finalidad policial preventiva, la injerencia en el ámbito de la personalidad resulta tan intensa que se justifica sólo con el interés público resulta afectado o en modo tan especial que puede ser aceptado en relación con la persecución de un delito pero debe ser rechazado cuando esa basado en motivos de prevención policial. Estas objeciones pueden resulta, sin embargo, contra restadas con el pronunciamiento antes señalado del BVerFG, de 18 de septiembre de 1995, al señalar que la huellas y vestigios (y equipara aquí vestigios como sangre, esperma, cabellos, etc. con huellas digitales) "una vez separados del cuerpo se objetivizan y su utilización no puede ser considerada una injerencia en el derecho de la personalidad".

Resulta no obstante, difícilmente admisible la opinión de que los vestigios biológicos separados ya del cuerpo humano puedan considerarse absolutamente objetivable, a menos si han de ser objeto de un análisis corresponde al ámbito codificante del ADN, no cabe ninguna duda de que se afecta extraordinariamente en el derecho a la intimidad del individuo, ya que resulta posible poner al descubierto datos relativos a ello pertenecientes al núcleo mas reservado de la personalidad e incluso, quizás, desconocidos para el mismo (enfermedades o malformaciones de padecimiento futuro o predisposiciones a las mismas). Si el análisis de ADN se limitara a su ámbito no codificante, se estima que en la actualidad la información que de el puede obtenerse resulta más neutral para el individuo desde el punto de vista de la personalidad (en Alemania, la jurisprudencia condiciona por este motivo su admisibilidad a que se limite a dicho ámbito), pero no se descarta como tendremos oportunidad, que el vertiginoso ritmo con que se producen las innovaciones en este campo, permita descifrar progresivamente la información contenida en el ámbito no codificante.

Si los vestigios biológicos se encuentran separados del cuerpo, no es necesaria la realización de una intervención corporal instrumental para su obtención. Pero tampoco significa que descaigan todas las garantías que rodean las injerencias del individuo, máxime si atendemos a la especial modalidad de pericia que se pretende

desarrollar el análisis de ADN. Señalan este sentido STERNBERG-LIEBEN, que todas las injerencias que excedan de la determinación de las características corporales externas no pueden ser practicadas por la policía en su ámbito de actuación propia, sino que queda básicamente reservadas al juez. Parece que tampoco el legislador alemán de 1997 comparte la opinión del BVerfG (que probablemente baso su resolución en emotivos de eficacia al rodar la práctica de investigaciones de análisis de ADN de unas elogiadas garantías.

CAPITULO III

PRESUPUESTOS SUBJETIVOS Y DESARROLLO DE LOS ANÁLISIS DE ADN

1. Presupuestos Subjetivos

1.1 Sujetos activos.

El examen de los presupuestos subjetivos puede abordarse desde una doble perspectiva, la activa por un lado, donde se concretan, fundamentalmente, las cuestiones relativas a quién corresponde

A. Análisis de ADN relativo al imputado

Como ha quedado indicado constituirá el supuesto más frecuente, pues el modus operando habitual consistirá en extraer del imputado material celular mediante una intervención corporal, realizar el análisis de ADN sobre el mismo, también sobre los vestigios hallados en el lugar de comisión del delito o en la víctima y constatar los resultados de ambos análisis. Si coinciden, puede determinarse con cierto grado de probabilidad que los vestigios hallados de la misma persona que se le ha extraído el material celular.

Nos hemos referido parcialmente sobre la cuestión al analizar el presupuesto de la concurrencia de indicios derivados del principio de proporcionalidad, pero insistimos en que, por ejemplo, la Recomendación del Consejo de Europa No. R (92) 1, sobre el uso del análisis de ADN en el marco de la Justicia Penal, recoge en su recomendación núm. 2 dicha posibilidad al reconocer que la "presente recomendación se aplica a la obtención de muestras y a la utilización del análisis de ADN a los fines de la identificación de un sospechoso o de cualquier otra persona en el marco de las averiguaciones y los procedimientos penales". Conviene destacar en

este momento el empleo por la Recomendación del término (tanto en la versión francesa como inglesa) sospechoso, (suspect).

En correspondencia con la citada Recomendación, varios ordenamientos recurren al empleo del término sospechoso, por ejemplo, el Código de Enjuiciamiento Penal holandés (*Wetboek van Strafvordering*) tras la reforma operada por la Ley 596/1993, de 8 de noviembre. En la PACE británica la expresión empleada para referirse al destinatario de la extracción de muestras corporales (ya sean íntimas, ya sean no íntimas) para la posterior práctica de un análisis de ADN es la siguiente: la existencia de motivos racionales (*reasonable grounds*) para sospechar (*suspecting*) la implicación de la persona de la que se han de extraer las muestras en el delito concreto. En otros, como ocurren en el Criminal Code canadiense, se emplea un término más genérico para referirse al imputado como destinatario de los análisis de ADN, esto es, "that a person was a party to the offence" [art. 487.05 (1) (c)].

La normativa procesal alemana se refiere al destinatario de los análisis de ADN como "inculpado" (*Beschuldigte*). Por un lado, dispone el § 81 e (1) StPO que una de las finalidades a perseguir con el análisis de ADN es determinar "si los vestigios descubiertos proceden del inculpado o del herido (*Verletzt*)". Pero, fundamentalmente, es la remisión que hace el mismo precepto al § 81 a (1) StPO, relativo a las investigaciones corporales practicadas sobre el inculpado (*Körperpeliche Untersuchung der Beschuldigten*), el que permite concretar a persona del destinatario. En efecto, conforme al §-81 e (1) StPO se trata de practicar los análisis genético-moleculares sobre el material obtenido mediante las medidas a que se refiere el § 81 a (1) StPO.

La Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular, de 21 e3 febrero de 1995, que pretende desarrollar la citada Recomendación, indicada en su art. 4 que la toma de muestras para el análisis de ADN, se limita a las "personas que aparezcan como presuntos responsables de delitos". En efecto, se trata de una expresión que se acomoda a la terminología empleada por la LECrim. para referirse a los

destinatarios de las diligencias de investigación, frecuentemente restrictivas de derechos fundamentales, junto con otra no menos frecuente como es la de "procesado".

Aunque pueda parecer irrelevante, lo indicado hasta ahora excede de la mera cuestión terminológica y adquiere una trascendencia procesal que no cabe ignorar. Por un lado, es expresivo de la sensibilidad con que se afronta el principio de proporcionalidad exigiendo la concurrencia de indicios de participación en la comisión de un hecho delictivo de tal modo que se restringe la imparcialidad de una diligencia restrictiva de los derechos fundamentales del individuo. Nos hemos referido sobre este punto en otro apartado, pero existen otros no de menor relevancia, por ejemplo, los términos empleados son indicativos del momento procesal en que resulta adecuada su aplicación. Por regla general, es la fase preparatoria o de instrucción donde la práctica de los análisis de ADN adquirirá verdadera relevancia como medio de investigación. Esto no significa que, con posterioridad, no pueda recurrirse a esta modalidad de análisis, por ejemplo, su proposición y práctica como medio de prueba en el juicio oral o en sucesivas instancias.

Esta cuestión se ha planteado en el Derecho alemán, no directamente en relación con el análisis de ADN, de reciente regulación pero sí acerca de las investigaciones corporales de § 81 a (1) StPO que, como acabamos de mencionar, sirve de fundamento legal a la obtención de material corporal necesario para practicar aquéllos. El precepto indicado utiliza también expresamente el término inculpado (Beschuldigte), pero no contiene, sin embargo, una determinación conceptual de lo que significa "Beschuldigte" y ello ha originado ciertas dudas atendiendo a la circunstancia de que la StPO emplea otros términos para designar al sujeto pasivo del proceso a medida que éste avanza. Así "Agneschuldigte" sería el inculpado contra el que se hubiera ejercido la acción pública y "Ageklagte -acusado- sería el inculpado a imputado contra el que se hubiera acordado la apertura del procedimiento principal conforme a lo establecido en el § 157 StPO. La mayoría de los comentaristas de la StPO alemana se muestran partidarios de una interpretación

amplia del concepto de inculpado mencionado en el §81 a StPO. Hay que entender comprendidos en este concepto, no sólo el inculpado en sentido estricto, sino también el imputado -Angeschuldigter- contra el que se hubiera abierto el proceso principal. Más discutida ha sido, en cambio, la posibilidad de considerar dentro del concepto de inculpado la persona que ha sido ya condenada (Verurteilte) al objeto de proceder a diligencias relacionadas con el pronóstico de los internos.

Estas últimas objeciones pierden solidez cuando se trata del análisis de ADN. En efecto, cuando nos ocupemos de la creación de ficheros automatizados de ADN tendremos oportunidad de constatar que la adecuación de incluir el perfil genético de una persona en una base de datos, se condiciona frecuentemente a que dicha persona haya resultado efectivamente condenada. Efectiva condena que no requiere necesariamente que durante el proceso que concluye con la sentencia condenatoria se haya practicado ya un análisis de ADN, sino que éste puede ser posterior. Puede ocurrir irregularmente, en EE. UU. Por ejemplo, que la concesión de beneficios penitenciarios o el régimen de libertad condicional se subordine al voluntario sometimiento del interno condenado a un análisis de ADN, sobre todo en aquellos casos en que el delito objeto de la condena sea de los que encierran, por su naturaleza una elevada probabilidad de reincidencia en su autor.

6. Análisis de ADN relativo a los no imputados

Hemos afirmado, igualmente, al referirnos a la necesaria concurrencia de indicios como manifestaciones del presupuesto de la proporcionalidad de la medida, que el análisis de ADN puede tener como destinatarios del mismo a personas distintas del imputado. Así lo prevé la Recomendación del Consejo de Europa No. R (92) 1 sobre la materia y numerosos ordenamientos de nuestro entorno más próximo y no tan próximo (el caso de Canadá, por ejemplo). Nos emitimos a los señalado en el correspondiente apartado no sin antes reiterar que el principio de proporcionalidad exige una mayor excepcionalidad de la medida cuando de no imputados se trate

atendiendo al carácter fundamental de los derechos afectados.

Sin olvidar los análisis, que ve de este modo cómo junto a la traumática experiencia vivida con el delito ha de padecer sucesivos procesos de victimación. Parece oportuno que para garantizar la menor lesividad del sujeto no inculpado no se proceda al análisis de los vestigios biológicos hallados en el cuerpo de la víctima hasta que existan muestras corporales procedentes directamente del sospechoso para proceder al contraste entre ambas. Si se practica el análisis genético de los restos biológicos de que es portadora la víctima con el riesgo de que se incluyan los pertenecientes a ésta además de los del inculpado, puede ocurrir que esta posible injerencia en la intimidad de la misma resulte estéril si con posterioridad no se encuentra al sospechoso o éste se niega a someterse a la intervención corporal correspondiente. Desde otra perspectiva se destaca, sin embargo, que el análisis de ADN puede resultar también beneficioso para la víctima, pues la realización del análisis genético permite evitar a la misma diligencias desagradables como la identificación o el careo con el sospechoso.

Nos referimos en este apartado a una cuestión no expresamente resuelta, por lo general, en el Derecho positivo, pero que ha sido planteada, por ejemplo, por la doctrina alemana. Se trata de la procedencia de atribuir o no a los no imputados la facultad de rechazar el sometimiento al análisis de ADN cuando, por ejemplo, aquéllos se encontraran en idéntica posición a la en que el ordenamiento legitima a rechazar el testimonio. En este sentido, prevé el art. 416.1º LECrim. que estarán dispensados de la obligación de declarar los parientes de determinada clase y en determinado grado del procesado. La pregunta es, ¿cabe extender esta dispensa a otras diligencias que no supongan una declaración, por ejemplo, el sometimiento al análisis de ADN? Si la respuesta fuera negativa, la consecuencia no sería otra que una imperfecta tutela del pacífico mantenimiento de las relaciones familiares en que se fundamenta dicha dispensa.

En previsión de esta circunstancia, la StPO alemana ha dispuesto, no expresamente en relación con los análisis de ADN, pero sí acerca de las investigaciones corporales que recaigan sobre los no inculpados, la posibilidad de rechazar éstas. Exactamente señala el § 81 c (3) StPO en su frase primera que "las investigaciones o extracciones de sangre podrán ser rechazados por los mismos motivos que el testimonio". Con fundamento en dicho precepto, la persona distinta del inculpado en quien concurran los mismos motivos que para rechazar el testimonio, podrá oponerse también a la investigación corporal. Resulta de aplicación, incluso, la garantía de ser informado de la facultad de rechazar.

¿Resulta procedente extender la facultad de rechazar la extracción hematológica y las investigaciones corporales atribuidas al no inculpado de concurrir alguno de los supuestos de rechazo del testimonio, también al destinatario en los mismos supuestos del análisis de ADN? Conviene no olvidar que la frase segunda del § 81 e (1) StPO, donde se regulan las investigaciones mencionadas en la fase primera y con idéntica extensión cuando recaigan sobre el material obtenido conforme al § 81 c StPO. A diferencia de la fase primera, relativa a los inculpados, donde hace una remisión exclusivamente al párrafo primero del § 81 a StPO, en este caso la remisión es general al § 81 c StPO y no sólo a alguno de sus párrafos.

La escasa doctrina que ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto ha considerado que el derecho a rechazar el testimonio resulta igualmente aplicable a los análisis de ADN cuando éstos recaigan sobre los no inculpados. Estima incluso EISENBERG, acerca de la obligación de informar al afectado de su derecho a rechaza, que la mera posibilidad legal de proceder a practicar conforme al § 81 e (1) StPO un análisis de ADN impone considerar esta circunstancia en el momento de informar del derecho al que nos referimos, aunque en las previsiones se encuentre exclusivamente, de momento, la mera extracción hematológica prevista en el § 81 c StPO. En consideración de comprender íntegramente el alcance de su decisión.

C. Análisis de ADN sobre los vestigios biológicos descubiertos

Los supuestos contemplados en los dos epígrafes precedentes se refieren a la realización del perfil genético a partir de muestras corporales obtenidas directamente de las personas del inculpado o de quienes no ostentan esta condición mediante la correspondiente intervención corporal previa. No obstante, el objetivo del análisis indicado, sobre todo cuando afecta al imputado, consiste en la comparación del resultado así obtenido con el correspondiente a los vestigios biológicos hallados en el lugar de comisión del hecho o en la propia víctima al efecto de establecer la probable vinculación de aquél con el hecho punible que se pretende esclarecer. La práctica de análisis genéticos sobre el material biológico no directamente extraído de la persona del imputado, sino desprendido de éste como consecuencia de la comisión delictiva, plantea una particular problemática. Cabe cuestionarse, por ejemplo, acerca de la posibilidad de proceder al indicado análisis genético con independencia de que exista ya un imputado de quien se han de obtener las muestras al objeto de comparar ambos resultados. En caso afirmativo, al no existir todavía persona alguna a la que puedan referirse las informaciones de naturaleza genética obtenibles de las muestras halladas, ¿puede dicho análisis practicarse con una extensión limitada?

Acerca de la primera cuestión, el Código de Enjuiciamiento Penal holandés (Wetboek van Strafvordering) admite la posibilidad de proceder al análisis de ADN sobre el material biológico no obtenido directamente del inculpado tanto si este es conocido como si no. Esta posibilidad condiciona, incluso, la competencia para ordenar la práctica de dicho análisis. Si el análisis de ADN se va a practicar sobre material celular obtenido directamente del imputado-sospechoso se requiere el mandato del Juez de Instrucción (art. 195d). Ahora bien, si el referido análisis se ha de realizar sobre muestras halladas en el lugar del delito o que tiene alguna vinculación con éste, es suficiente la competencia del Ministerio Fiscal. Esto no significa automáticamente la inexistencia de un sospechoso, éste puede existir o no, pero se trata de la práctica del análisis de ADN sobre el material biológico ya separado del

cuerpo de aquél. El conocimiento del sospechoso determina únicamente el deber de comunicarle la práctica del análisis genético al efecto de que puede aquél intervenir en su condición de parte procesal en aquello que pueda resultar de interés para su posición procesa, por ejemplo, designar un perito que intervenga junto al designado por el Fiscal al objeto de practicar una segunda pericia, ello siempre que hubiera material celular suficiente (art. 151 a).

Otros ordenamientos no prevén expresamente la posibilidad de practicar los análisis de ADN sobre material celular no obtenido directamente del imputado o de otras personas, sin embargo, al circunstancia de que prevean la creación de ficheros automatizados de perfiles de ADN significa que, indiscutiblemente, aquella posibilidad existe. En efecto, la finalidad de los bancos de datos de ADN es la de contrastar con la celeridad que dispensa la informática los perfiles de ADN contenidos en los ficheros de analizar los vestigios biológicos hallados en la víctima o en el lugar del hecho delictivo al objeto de buscar al presunto autor del mismo, sin necesidad de que las sospechas se dirijan contra una persona determinada y, por supuesto, sin necesidad de obtener de ésta muestras corporales para su análisis genético. Sería el caso de la PACE británica donde nos regula expresamente la práctica del análisis de ADN sobre muestras halladas en el lugar de comisión del hecho delictivo, no obstante, la existencia del Nacional DNA Datábase hace suponer dicha posibilidad.

También sería el caso de la reciente reforma francesa del CPPf (Ley núm. 98-468. de 17 de junio) cuyo artículo 706-54 prevé la creación de un fichero nacional automatizado destinado a centralizar vestigios genéticos así como huellas genéticas de personas condenadas "para facilitar la identificación y búsqueda de los autores de infracciones sexuales". La propia diferenciación que realiza el precepto entre vestigios (traces) y huellas (empreintes) genéticas permite sostener la interpretación de que en el primer caso se analizan genéticamente (y se conservan después) los vestigios biológicos sin que exista todavía una persona sospechosa de quien pueda mantenerse que proceden de él.

La normativa procesal penal alemana contiene todas las previsiones posibles al respecto. El § 81 e (1) StPO frase primera se refiere a los análisis genéticos practicados sobre material corporal obtenido conforme al §81 a StPO, es decir, obtenido directamente del inculpado mediante una intervención corporal. La frase segunda del mismo precepto regula la realización de los análisis de ADN a partir de las muestras corporales obtenidas conforme al § 81 c StPO, esto es, mediante la práctica de una intervención corporal pero recaída en este caso sobre una persona que carece de la condición de inculpada. Por último, dispone el párrafo (2) del § 81 e StPO que el análisis genético podrá practicarse sobre vestigios biológicos descubiertos, asegurados o secuestrados.

La posibilidad de practicar el análisis genético sobre el material biológico hallado en el lugar de los hechos no ha sido pacíficamente admitida por la doctrina alemana. Con anterioridad a la cual regulación KLUMPE, por ejemplo, apreciaba la posible vulneración del derecho a la autodeterminación informativa al no ser conocido el sospechosos y al no poder por lo tanto ejercitar sus derechos al control de las informaciones que le afectan o la posibilidad material que se proceda al análisis del ADN codificante para establecer un perfil de autor con la posible vulneración del núcleo central del derecho a la personalidad. Con referencia a las reformas incorporadas en la StPO sobre la materia, interpreta LEMKE la posibilidad de proceder al análisis de ADN de los vestigios biológicos que se mencionan en el § 81 e (2) StPO aunque no exista todavía una persona inculpada de la que se han de obtener las muestras corporales a efectos de encontrarse. Sin embargo, apreciamos en este autor una nota de excepcionalidad pues estima que el nuevo § 81 e (2) StPO tiene por objeto la práctica de los análisis cuando los vestigios puedan experimentar alteraciones o perder su capacidad de identificar como consecuencia del transcurso del tiempo.

Dicha interpretación, aunque pretende ser garantista con la persona de quien procede los vestigios que van a ser analizados genéticamente pues al ser

desconocida no puede ejercer los derechos que le corresponden sobre las informaciones obtenidas (consideradas datos personales), parece difícilmente compatible con los restantes preceptos sobre la materia. En efecto, ninguna objeción cabría plantear a dicho criterio si la StPO alemana se hubiera detenido en la reforma que afecta a los preceptos normativos se ha completado con posterioridad mediante la ley de 7 de septiembre de 1998, que reforma la StPO introduciendo el § 81 g al objeto de posibilitar la conservación en ficheros automatizados de los resultados de análisis genéticos para esclarecer futuros delitos. La eficacia de estos ficheros se vería anulada de mantenerse la interpretación indicada.

Admitida, con algunas opiniones en contra, la posibilidad de que los vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos o en la propia víctima puedan ser genéticamente analizados incluso si no existe todavía una persona a la que imputar racionalmente la participación en un hecho delictivo (y, por consiguiente, de quien hayan de obtenerse muestras para su contraste), procede examinar si los análisis genéticos que se practiquen han de respetar las mismas limitaciones señaladas, en cuanto a su extensión, a las muestras procedentes directamente de personas inculpada o no. Podrá pensarse que al no afectar, todavía, la información genética que se pudiera obtener de los vestigios biológicos a una persona determinada, aquélla podría profundizar en aspectos que por regla general quedan vedados. So lo que se pretende es investigar al presunto autor (desconocido) de un hecho delictivo a partir de los vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos, podría parecer conveniente desde el punto de vista de criminalística el análisis minucioso del ADN hallado hasta permitir identificar a dicho autor: rasgos físicos externamente visible, enfermedades cuya sintomatología sea también apreciable, etc.

Destaca nuevamente al respecto la acertada regulación incorporada a la StPO Alemania pues se establece, también en este caso, límites estrictos a la extensión con la que cabe admitir el análisis de ADN aunque recaiga sobre vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos o en la víctima. En efecto, el § 81 e (2) StPO contiene en su frase segunda una remisión expresa a la fase 3ª del párrafo (1), esto

es, que no podrán llevarse a cabo otras determinaciones distintas a los hechos previstos en la frase primera que no son otras que constatar una determinada filiación y si los vestigios biológicos proceden o no del inculpado o del lesionado. Esto significa, como estima LEMKE, que resulta admisible el sometimiento de los vestigios biológicos hallados a los análisis genéticos pero con idénticas restricciones y limitaciones que en los restantes supuestos (material procedente directamente de las personas). Con ello se pretende evitar que los vestigios biológicos sea objeto de un análisis extenso para su posterior contraste con los de una persona determinada. De otra manera, una vez identificada la persona mediante el mencionado análisis exhaustivo, se consuma de forma irremediable la lesión en el núcleo del derecho a la intimidad en el principio no susceptible de restricción alguna.

2. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL POR LA QUE SE ORDENA EL ANÁLISIS DE ADN 1.

Forma y motivación de la resolución judicial

Afirmada en el epígrafe anterior la conveniencia de mantener la reserva jurisdiccional al tratar del tema relativo a la competencia para ordenar las diligencias de ADN, procede a continuación examinar si la resolución judicial a que nos referimos ha de adoptar alguna forma en particular o si esta circunstancia resulta irrelevante. Unida a la anterior se encuentra una cuestión no menos trascendental, al necesidad o no de que el mandato judicial ordenando un análisis de ADN haya de ser motivado.

Las cuestiones arriba apuntadas ponen de manifiesto, una vez más, la importancia atribuida a la naturaleza jurídica de los análisis genéticos. Estos no se limitan a participar del carácter pericial en cuanto se requieren conocimientos científicos especializados y medios materiales técnicos en constancia, sino que predomina sobre esta nota la circunstancia de que los análisis de ADN constituyen

diligencias que inciden en los derechos fundamentales del individuo. La forma de la resolución y la necesidad de motivación derivan, por consiguiente, de esta circunstancia.

La motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerdan los análisis de ADN difícilmente encuentra fundamento en el art. 120.3 CE que se refiere exclusivamente a las sentencias que, conforme a los arts. 245.1 LOPJ y 141.IV LECrim., resulten definitivamente el pleito o causa. Hayan manifestado opiniones en este sentido, incluso corroboradas por algunas resoluciones del TC, tampoco el art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva) ni la interpretación que el mismo ha realizado el TC puede considerarse la verdadera causa de la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerden un análisis de ADN; resulta evidente que no encontramos ante una resolución sobre el fondo fundada en Derecho. La verdadera razón en que destaca el deber de motivar el mandato judicial de un análisis de ADN estriba precisamente en la naturaleza fundamental de los derechos afectados por la práctica de dichas diligencias, fundamental de los derechos afectados por la práctica de dichas diligencias. Puede considerarse igualmente una manifestación del principio de proporcionalidad al que nos hemos referido en otro apartado, pues la motivacionalidad al que nos hemos referido en otro apartado, pues la motivación es el mecanismo mediante el cual el órgano judicial reflejará el juicio de proporcionalidad de la medida en sus diversas vertientes (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Afirma la STC 49/1999, de 5 de abril, que "los elementos indispensables para que el juicio de proporcionalidad pueda llevarse a cabo (...) han de explicarse en el momento de adopción de la medida, de modo que su ausencia o falta de expresión determina que la injerencia no pueda tampoco estimarse justificada desde la perspectiva del art. 18.3 CE. En este sentido hemos afirmado que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar debidamente fundamentada, de forma que las razones fáctica y jurídicas de tal limitación puedan ser reconocidas por el afectado, ya que sólo a través de la expresión de las mismas se preserva el derecho de defensa y puede hacerse, siquiera sea a posteriori, el necesario juicio de

porcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece" (f.j. 7º).

Esta doctrina general, válida para toda resolución por la que se acuerda restringir el contenido de los derechos fundamentales y que proponemos por la misma razón aplicable a los análisis de ADN, es también la exigible con ocasión de intervenciones corporales que, por regla general pretenden a los referidos lisis cuando le sea precisa la obtención del material celular. La STC 37/1989, de febrero, afirma que el respeto a la regla de la proporcionalidad "impone la motivación de la resolución judicial que excepciones o restrinja el derecho (...), pues solo tal fundamento permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que da controlar, después, la razón que justifico, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental" (f.j. 8º). También la STC 207/1996, de 16 de diciembre, entiende que, tratándose de decisiones judiciales limitativas de derechos fundamentales, el deber de motivación de las mismas "no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 en relación con el art. 120.3 CE), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial" y que la exigencia de la motivación aquí, "es ante todo un requisito formal de la regla de la proporcionalidad". Conforme a este requisito, añade la sentencia, "en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado, y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencia la necesidad de la adopción de la medida" (f.j. 4ºD).

El deber de motivación de las resoluciones judiciales que impongan un análisis gético si tiene reflejo expreso en el Derecho comparado. El art. 195d (1) del Código de Enjuiciamiento Criminal holandés (tras la reforma sobre la materia mediante la Ley 596/1993, de 8 de noviembre), por ejemplo, tras disponer que corresponde al Juez Instructor ordenar una extracción hematológica para la

realización de un análisis de ADN, añade que "la orden irá debidamente motivada y se dará a conocer al sospechoso". Siguiendo este mismo modelo, el Criminal Code canadiense garantiza en su art. 487.05 (1) la reserva jurisdiccional en la ordenación de intervenciones corporales para la práctica genética y en su art. 487.06 (2) impone que el mandato judicial (warrant) incluirá todos los términos y condiciones que el juez del tribunal provincial considere convenientes "para asegurar que la toma de las sustancias corporales autorizadas por el mandato es razonable (reasonable) en las circunstancias.

El sistema instaurado en el PACE británico difiere sustancialmente en cuanto a la competencia para ordenar los análisis genéticos, pues en este caso no existe reserva jurisdiccional al quedar en manos del oficial de policía con rango de superintendente tal decisión. Sí existe, en cambio, coincidencia en la necesidad de motivar la authorisation. Ésta puede ser otorgada oralmente o de forma escrita pero, si es otorgada oralmente, aquél deberá confirmarla por escrito tan pronto como sea posible [section 62 (3) PACE]. Además, conforme a la subsection (7) de la section 62 PACE, una vez extraídas las muestras íntimas de una persona, tan pronto como sea posible, se procederá a constatar en un registro: (a) la autorización en virtud de la cual ha sido obtenida; (b) los motivos o fundamentos para otorgar la autorización y (c) el hecho de que el consentimiento exigido ha sido otorgado.

La normativa procesal alemana sobre la materia, por su parte, garantiza igualmente la reserva jurisdiccional en la resolución de las investigaciones genéticas, En este caso, incluso, sin excepción alguna deriva de los motivos de urgencia que hagan extender la competencia a la Fiscalía o a sus auxiliares. Nadad dice la actual regulación alemana sobre la huella en cambio, a diferencia del silencio legislativo al respecto en materia de intervenciones corporales, que la orden judicial (Anordnung) ha de formularse por escrito. No es difícil hacer derivar este deber de motivación aplicando directamente el debido respeto al principio de proporcionalidad. En efecto, entiende la doctrina que, pese al silencio normativo, la orden judicial ha de contener en los supuestos de injerencia más grave en la incolumidad corporal (con

referencia, pues, a las intervenciones corporales) una explicación acerca de la necesidad (Notwendigkeit) e indispensabilidad (UnerlaBlichkeit) de la medida. Como se ha indicado, no es ésta más que una concreción del principio de proporcionalidad que ha de resultar igualmente válida en materia de análisis genéticos.

La necesidad de motivar las resoluciones judiciales por las que ordenan los análisis de ADN condiciona, a su vez, la forma que ha de recibir aquella resolución. Conforme al ordenamiento jurídico español, la resolución no puede adoptar otra forma que no sea la de auto. Tampoco el Texto Constitucional acoge expresamente dicha exigencia formal con motivo de la restricción de ciertos derechos fundamentales en la práctica de diligencias análogas, por ejemplo, la intervención de comunicaciones personales o la entrada y registro en domicilio. Las resoluciones judiciales de naturaleza jurisdiccional puede ser, conforme al art. 245 LOPJ, providencias, autos o sentencias. Las primeras sólo potestativamente se motivaran y de modo sucinto (art. 248.1 LOPJ), por lo que no se satisface la exigencia de la motivación. Las sentencias, a diferencia de las providencias, han de motivarse siempre (art. 120.3 CE) pero resuelven definitivamente el pleito o causa criminal, por lo que ha de rechazarse también esta posibilidad.

Las resoluciones que adoptan la forma de auto "serán siempre fundados" (art. 148.2 LOPJ, 141 in fine LECrim. con infinidad de preceptos que reclaman la forma de auto a la hora de adoptar una resolución judicial. En la mayoría de las ocasiones se trata de trámites, diligencias o medidas en las que la esfera de los derechos fundamentales del individuo experimenta directamente una restricción. De todo lo indicado cabe concluir que las resoluciones judiciales por las que se ordenan los análisis genéticos no han de motivarse por el hecho de que se formalmente se exterioricen como autos, sino que han de adoptarse necesariamente la forma de auto o porque la motivación del mismo constituye un elemento esencial donde reflejar el juicio de proporcionalidad de la medida.

2. Contenido de la resolución judicial por la que se ordenan los análisis de ADN

Tratándose del empleo de test basados en el análisis de ADN se plantea la cuestión del alcance de la orden judicial. ¿Qué grado de concreción es exigible al auto judicial por el que se ordenan los análisis genéticos? Se discute al respecto si resulta suficiente una referencia a la modalidad genérica de diligencia consistente en análisis genéticos o si, por el contrario, la especificación judicial ha de extenderse a los concretos procedimientos de análisis de ADN que se ha de practicar.

Algún sector de doctrina ha señalado que la orden del juez acordando el análisis genético ha de comprender la especificación de la finalidad de la investigación, así como el procedimiento de test que se debe emplear. Señala WÄCHTLER, por ejemplo, que "la sola existencia de la orden judicial no constituye garantía suficiente de que se vayan a evitar posibles abusos". Esta pareció ser también la alternativa por la que se decantaba la primera propuesta alemana de reforma procesal (Diskussionsentwurf), de diciembre de 1989, cuando en el § 81 f (2) StPO tras expresar que la orden se recoja por escrito, se requería que en ella se determinasen tanto los métodos genéticos concretos que se han de utilizar así como la entidad comisionada para la práctica. Esta propuesta choca, sin embargo, con el inconveniente de la ausencia de conocimientos suficientes sobre el tema por parte del Juez. El problema de la ausencia de estandarización de los métodos genéticos es todavía reciente, por lo que resultaría difícil, para el Juez describir un método determinado, o examinar si los vestigios materiales hallados en el lugar de los hechos son suficientes para poder realizar un análisis de esta naturaleza. Además, el estado en que se hallan los vestigios materiales es decisivo para determinar el método de investigación más adecuado. Probablemente sea éste el motivo por el que la referencia a los métodos de análisis a utilizar desaparece en la segunda propuesta de reforma Referentenentwurf) de 1991, pero mantiene en su § 81 f(1) que la orden judicial sea escrita y que se constate la entidad comisionada al efecto.

La cuestión crucial que late en el fondo de esta discusión es la relativa al riesgo o, al menos, al temor de que las investigaciones ordenada por el Juez se amplíe a ámbitos considerados absolutamente reservados de la personalidad que, frecuentemente, carecen de interés al objeto procesal concreto de la identificación del presunto autor del delito penal, pero que pueden resultar útiles a los fines preventivo-policiales. Esta cuestión ha sido ampliamente discutida en el Derecho alemán. El LG Heilbronn determinó sobre la cuestión que no es necesario que el método de investigación se fije exactamente en la resolución judicial al objeto de evitar el riesgo de que la investigación se extienda a otros aspectos. Esta referencia podría constituir el contenido de la resolución judicial cuando fuera necesaria para evitar un riesgo real y concreto. Estima, sin embargo, dicho Tribunal que resulta lejano el riesgo de que los genes de una persona sean objeto de investigación más allá de la mera constatación de la identidad del portador.

Pese a estos pronunciamientos jurisprudenciales, existe un sector doctrinal en Alemania, nada insignificante, que manifiesta sus reservas ante los riesgos que se ciernen sobre una modalidad de investigación como la señalada si no acompaña de las debidas garantías. En opinión de STERNBERG-LIEBEN la orden judicial debería contener referencias no sólo a la concreta injerencia admitida (la extracción de sangre, por ejemplo), sino también a especificar exactamente las circunstancias que se han de determinar, por ejemplo, el análisis de los minisatélites pertenecientes al ámbito no codificante, para de esta manera frenar el riesgo potencial a que se extienda la investigación genética.

La desconfianza y temores señalados no resultan del todo justificados si se consideran los proyectos de reforma existentes acerca de la huella de ADN y la reciente normativa incorporada a la StPO el 17 de marzo de 1997. La primera propuesta del Ministerio de Justicia alemán de 1989 (Diskussionsentwurf) previa una prohibición expresa de que las investigaciones genéticas se extendieran a una serie de ámbitos específicamente mencionados: predisposiciones genéticas, enfermedades, predisposición a ciertas enfermedades y características personales

del inculpado (§ 81 e StPO). La posterior propuesta de 1991 (Referentenentwurf) sustituyó la prohibición enumerativa por una lacónica pero igualmente eficaz prohibición general: "no podrán llevarse a cabo determinaciones relativas a predisposiciones genéticas". Por último, la recientemente aprobada reforma dispone en el nuevo § 81 e (1) StPO que las determinaciones distintas de las expresamente señaladas en la fase primera no podrán llevarse a cabo (determinar si los vestigios hallados proceden del inculpado o del herido) y añade que las investigaciones encaminadas a este fin resultan inadmisibles.

-Guarda silencio la regulación actual acerca de si el Juez ha de especificar en su resolución el concreto método de investigación genética que se ha de emplear. Como se ha indicado no es fruto del olvido del legislador ya que esta cuestión fue debatida con anterioridad a la redacción resultante. Estima LEMKE que en realidad esta concreción tampoco resulta necesaria, pues le basta el órgano judicial la convicción de que el método empleado se corresponde, conforme al estado de la ciencia, con los requisitos de seguridad ampliamente reconocidos y de que, básicamente, el derecho a la personalidad del interesado no va resultar afectado de manera desproporcionada. Coincide en este último aspecto EISENBERG, esto es, no es precisa la determinación en la orden judicial del concreto método de investigación a emplear, pero si la de la finalidad del análisis, es decir, la comparación de las huellas sin profundizar en datos relevantes desde la perspectiva de la personalidad.

El peligro de que las, en principio neutrales, investigaciones sobre el ADN personal (huella o marcador genético) se extiendan a ámbitos más comprometedores y pertenecientes a la esfera más íntima del individuo no son infundadas a la vista de las precauciones señaladas. Por este motivo no estaría de más que la resolución judicial por las que se autoriza y encomienda a un determinado laboratorio la práctica del análisis de ADN contenga un recordatorio de dicha prohibición. Incluso sería oportuna la correspondiente incorporación de un tipo delictivo específico que sancionara los excesos que se produzcan pese a la prohibición. De cara al futuro

sería conveniente, pues, la incorporación en el ordenamiento español de análogas garantías en orden a asegurar que la investigación del hecho delictivo no se extenderá a ámbitos en los que la incidencia en la esfera de los derechos del individuo es más intensa. Estos excesos poco o nada aportan al esclarecimiento de los hechos delictivos pero suponen una intromisión de tal magnitud en la esfera individual que resulta equiparable al control absoluto sobre su persona.

Además de la corrección del ámbito genético que ha de ser objeto de análisis, resulta fundamental, a modo de garantía complementaria, la designación de los laboratorios a los que se encomienda dicho análisis. Junto a las garantías de rigor científico han de concurrir en éstos la objetividad e imparcialidad. No sólo por la importancia que reviste el modo en que se van a transmitir los resultados del análisis, sino porque el interés en traspasar los ámbitos admisibles de investigación está directamente relacionado con la condición del laboratorio designado. Naturalmente, esta circunstancia determina que la mayoría de los ordenamientos en que se han procedido ya a regular el empleo de la genética en el ámbito forense, no se limita a imponer que la resolución judicial contenga la designación del laboratorio que ha de practicar el análisis, sino que concretan incluso algunos criterios para tal designación. El ordenamiento alemán, por ejemplo, acentúa la necesaria autonomía de dichos laboratorios en relación con los órganos de persecución de los delitos (Fiscalía, policía); en el inglés, en cambio, la necesidad de que el laboratorio designado esté en posesión del correspondiente certificado de homologación.

CAPITULO III

DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS Y EFICACIA DE LOS ANÁLISIS DE ADN.

1. Derechos fundamentales afectados.

Como ha indicado al examinar la naturaleza jurídica de los análisis de ADN y su aplicación forense, prima sobre otras consideraciones la circunstancia de que mediante su práctica se incide en una serie de derechos merecedores de una tutela reforzada por su condición de fundamentales. Esta nota característica es de tal envergadura y otras cuestiones de no menor trascendencia quedan subordinadas a la misma: la necesaria reserva jurisdiccional, la previsión legal de los presupuestos y limitaciones que condicionan su legitimidad, de la imprescindible observación del principio de proporcionalidad, etcétera. Ahora bien, hemos intentado insistir igualmente en que dicha injerencia en la esfera jurídica más próximo al ciudadano se produce como consecuencia de los análisis de ADN autónomamente considerados, es decir, desvinculados de las intervenciones corporales. Frecuentemente serán precisas estas últimas para la obtención del material celular necesario para hacer efectivo el análisis de ADN y aquellas tienen la suficiente entidad pareciera que, mediante su práctica, se lesionan, también, derechos fundamentales: la libertad ambulatoria, la integridad física, la intimidad corporal, el derecho a uno inclinarse, etcétera. Con esta consideración se traía de dos licencias separadas una de la otra, a menudo instrumenta la primera respecto a la segunda, pero distintas. Aún más suficientemente graves como para proponer por separado la aplicación de tal doctrina, consecuencia de su naturaleza de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, pero, insistimos, diferenciadas aún que complementarias.⁷⁷

⁷⁷ Quedado claro al examinar el elemento subjetivo, los análisis de ADN pueden recaer sobre vestigios biológicos ya separados de cuerpo de procedencia, ya sea este conocido o no. En estos casos resulta necesaria hoy posible la práctica de una previa intervención corporal pero no sé evitar la realización del análisis genético.

Se incurre frecuentemente en el error expuesto en el párrafo anterior cuando, con motivo del análisis de ADN, se realizó la relación de los derechos fundamentales afectados⁷⁸. Por ese motivo, sin ignorar la estrecha vinculación entre ambas licencias, vamos a centrar nuestro análisis de los derechos individuales que resultan en esencia afectados exclusivamente mediante los análisis de ADN. Centraremos básicamente nuestra atención en dos derechos con procedencia común pero que, como consecuencia de una evolución relacionada con el desarrollo técnico que un científico, han adquirido relevancia por sí mismos. No referimos al derecho a la intimidad genética el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática. Ambos parten un tronco común, el derecho a la intimidad o vida privada, pero puede estimarse que en la actualidad han adquirido autonomía propia y que cuentan con un contenido diferenciado.

1.1. El derecho a la intimidad genética

Cada molécula de ADN contiene código genético de la persona de quien procede. Los trascendentales e incesantes descubrimientos en la materia han de tener inevitablemente positivas repercusiones desde la óptica de la salud: a transmitirse de padres a hijos dicha herencia genética—existen grandes posibilidades de diagnosticar enfermedades que puedan en el futuro padecer los receptores—¹¹, igualmente eficaz resulta la investigación genética con fines terapéuticos, por ejemplo, la selección de sexo para .evitar enfermedades ligadas al cromosoma sexuales. Resulta también de gran utilidad, como se ha reflejado a lo largo del presente estudio, con fines forenses por su gran potencialidad identificadora: tanto el proceso civil en las demandas para determinar la flexión, como el proceso penal por la relación similar puede ser igualmente relevante o para la identificación y comparación de vestigios biológicos.

⁷⁸ Se estima una manifestación de lo señalado el análisis que acerca de la incidencia de la investigación genética en los derechos fundamentales realiza choclan Montalvo, hacer. Designar que la solución del problema viene en buena parte allanado por la doctrina del tribunal constitucional español, recaído aprobó cierto de la prueba de alcoholemia, pericia genética y procesos penal.

La clase dos ansias de hacer el análisis genético un someto valioso en el ámbito de la salud, con llevar un elevado potencial de situaciones abusivas que es preciso atajar adoptando un régimen satisfactorio de garantías y limitaciones. La inquietud que genera en la sociedad —el vertiginoso proceso de los descubrimientos genéticos ha provocado iniciativas legislativas y pronunciamiento sobre la materia en diversos países del mundo. Destaca en el plano internacional la firma del convenio para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina: convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina, del conservador o, firmada el 4 de abril de 1997, y la no menos destacable declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, aprobada la conferencia general de la Unesco, el 11 de noviembre de 1997, a los que nos hemos referido.

Puede afirmarse, sin duda alguna, que en el ámbito de los análisis genéticos la intimidad del interesante marca interesante interesado puede verse afectada, en lo que se ha venido a denominar intimidad genética o manifestación cinética de la intimidad. La intimidad genética, junto al intimidad informática a la que no referiremos en el epígrafe siguiente, constituye una de las últimas proyecciones del derecho al intimidad en una sociedad que dispone de medios técnicos suficientemente desarrollados para conocer el ámbito más reservado a las personas. En palabras de CHOCLAN, de identificación a través de las características genéticas es un claro atributo de la personalidad. En efecto, el estudio del genoma humano posibilita, y más aún en el futuro, el descubrimiento de características propias de la personalidad como sus aptitudes intelectuales y manuales, su temperamento, inclinaciones sexuales, etcétera., se trata de una "información exhaustiva, hasta lo más profundo de nuestra esencia y hasta lo más lejano, del horizonte de la propia existencia, que hace de cada uno de nosotros un licenciado Vidriera (quebradizo), con el cuerpo de cristal". Como acertadamente indica malem seña, "las investigaciones de ADN establecer un verdadero perfil genético, capaz de mostrar las enfermeras actuales y las posibilidades físicas y asas psíquicas de un individuo. La información genética es,

en ese sentido, altamente sensibles".

Si bien es cierto el análisis del ADN puede, como ha quedado patente en el párrafo anterior, desembocar en inferencias en lo más íntimo y sensible de la personalidad del individuo, la cuestión fundamental radique determinar si la huella genética como instrumento para identificar las personas supone un interés en el derecho a la intimidad al que no referimos. Al aclarar que previamente que la huella genética verdaderamente relevante en el uso forense, y hasta efectos de determinar la paternidad o el presunto autor de un ilícito penal, no revela aspectos de la personalidad, y enfermedades, y demás información sensible del sujeto de quienes proceden. A lo sumo, el médico científico ideado permite plasmar los resultados del análisis en una especie de " código de barras" semejante a las huellas dactilares y, por lo tanto, únicas para cada individuo pero que no incide en aspectos relacionados con intimidad o personalidad del individuo. Ello se debe básicamente a que la ADN útil a efectos forenses resulta ser el ámbito no codifica que por su hipervariabilidad. Mientras que la ADN con incitante, y contiene una mayor cantidad de información acerca de la persona, o al menos así se considera conforme al grado actual de conocimiento científico, no resulta de gran valor forense debido a su escaso polimorfismo.

En consideración de Herrero guión tejedor los dos ámbitos están perfectamente diferenciados. El análisis del genoma humano permite "la determinación de los caracteres hereditarios de la persona, obtenidos del estudio de sus genes, yo hoy en día permite la configuración de un mapa genético singular de cada individuo. A través del mismo puede detectarse determinadas enfermedades hereditarias e incluso predisposiciones patológicas hacia trastornos como el síndrome de inmunodeficiencia, alteraciones del sistema nervioso central y otras patologías renales y neurológicas"; en cambio, "la huella genética no incluye los convenios de toda las informaciones incorporadas al mapa genético, si no sólo las correspondientes a determinados segmentos de ADN, que se toman en cuenta exclusivamente en lo relativo a la longitud de sus secuencias repetitiva de la

frecuencia de la misma". En todo caso, concluye el autor que "tanto el mapa genético como la huella genética resultan así medios identificativo de primera magnitud. Pero mientras la segunda encierra datos similares en cuanto a su similar a la huella dactilar, el primer incluye otras informaciones mucho más susceptibles de invadir la intimidad de la persona, en cuanto escribe rasgos de la personalidad que quizá ni en el mismo afectado conoce".

Al abordar la trascendencia del principio de proporcionalidad y referimos a la extensión con que resultan admisibles en el ámbito forense en los análisis genéticos, sea insistido en la preferencia de aquellas aplicaciones del mismo que resultan menores y más desde la perspectiva de los derechos fundamentales del individuo. Se trata de una consecuencia lógica de su principio de necesidad se ha determinado una mayor inclinación hacia la admisibilidad del análisis limitando al ámbito no codifica ante del ADN de un rechazo en cuatro escenas de dicho objetivo, con la finalidad de identificación resulte alcanzable con cualquiera de ellos, pero uno resulta mucho menos lesivo para e individuo afectado que el otro. Ésa fue la orientación seguida por el BVerfG alemán con anterioridad a que le expresa regulación al efecto despejará algunas dudas existentes acerca del extensión con que resultaban admisibles. En un auto de fecha 18 de septiembre terminó en 195 se insiste, efectivamente, en que los análisis del ámbito no codifica ante del ADN afectan a secuencias que no son portadoras de información acerca de las características hereditarias de la persona, no resulta, afectado, en definitiva, en "intangibile ámbito nuclear de la vida privada".

Ahora bien, que mediante el análisis limitado al ámbito no codifica que no se me afectado el núcleo esencial del derecho al intimidad, ¿significa que el contenido de este derecho se mantenga incólume? El BVerfG sostiene en alguna ocasión que el análisis genético respetuoso con los límites que venimos señalando (no codifica) aportan información del sujeto que permite identificar de pero no distinta a la resultante de una huella dactilar o de la característica hematológica. En todo caso, reconoce el tribunal alemán que esta afirmación estaba condicionada al estado

conocimiento científico al pronunciarse en el sentido de que "conforma actual estado de conocimiento científico no parece que mediante esta modalidad investigación se descubra las características de la personalidad".

La matización indicada por el BVerfG alemán en el párrafo anterior constituye, al otro juicio, fundamento suficiente para sostener e incluso el análisis limitado al ámbito no codifica ante incide en la manifestación genética de la intimidad aún que, evidentemente, en mucha menor medida e intensidad que el que se extiende al ámbito codificante. Coincidiendo igualmente con esta orientación señalan XXX I. no puede excluirse en un futuro la posible lectura del información genética contenido de las bandas de ADN. El 16 seis, también en este sentido, afirma qué código de barras contiene una cantidad enorme de datos personales que van resultando cada vez más accesibles en la medida en que los genetistas continúan refinando su comprensión de la entera secuencia del ADN humano. Lorente Acosta reconoce también que "en un futuro, gran parte del ADN ni que actualmente se califica de no opción codifica ante, podrá ser calificado de "codifica antiguo expresivo", toda vez que se conozcan las secuencias completas de todo el genoma humano".

Antes de concluir el examen de la posible afectación en el derecho al intimidad genética parece conveniente reiterar, nuevamente, que los análisis genéticos, cualquiera que sea su extensión, se ejecutan sobre el mismo material celular. La molécula de ADN puede ser considerada como mayor o menor amplitud y la circunstancia de que sea deseable desde la perspectiva de la intimidad del individuo la menor injerencia posible no excluye los riesgos de la posibilidad de abusos y excesos. Además,, quedado ya señalado, no parece posible establecer la separación rigurosa entre el ámbito codifica que el ADN y el que no lo es y se admite, en definitiva, el ámbito no codifica ante contiene información perteneciente a la esfera de la personalidad merecedora de tutela.

2.1 El derecho a la autodeterminación informativa (creación de ficheros de ADN)

El recurso a las novedosas tecnologías de análisis genético o de ADN e investigación criminal ha dejado un campo abierto a la discusión motivado por su imbricación en lo que resulta más esencial de la intimidad humana (predisposiciones enfermedades, etc.) y por el carácter inconcluso de las propias investigaciones científicas, de tal modo que resulte imposible en la actualidad un catálogo cerrado de conducta rechazares. Junto a la utilización terapéutica que cabe hacerse en los descubrimientos en materia genética, son también innumerables las situaciones en que se alimentan riesgos de conductas abusivas que producen como afectó ía reducción del ser humano a mero objeto de conocimiento de que pueden poner al descubierto circunstancias que pertenecen a lo más íntimo del individuo, desconocidas incluso en ocasiones por el propio sujeto. No se agotan allí las únicas y las más graves amenazas que acechan a portador lateral genético. La manejabilidad de la información genética requiera menudo a el sometimiento a tratamientos que permitan una mayor celeridad en el acceso y el cruzamiento de datos. Esta combinación entre genética e informática, a la vez que facilita la labor investigadora con finalidad médica, incrementa notablemente el nivel de posibilidades marcan posibilidades posibles arbitrariedades pues multiplica el aspecto más frágil de la información genética: lo reservado o privado. En cuestión de segundos, es técnicamente posible acceder a los datos genético-personales de un archivo o transmitirlos a otro archivo que se encuentra a miles de kilómetros, con independencia de los propósitos que impulsan dichos comportamientos.

Las posibilidades de injerencia en intimidad genética del individuo, ya de por sí preocupantes, se acentúan significativamente con la combinación del tratamiento automatizado de los datos obtenidos. Asistimos en la actualidad al fenómeno de creación de bases de datos genéticos, donde se almacenan y cruzan informáticamente datos sensibles relativos a individuos, con un riesgo permanente de que las legítimas finalidades iniciales (como pudiera ser la creación de bancos de

ADN relativos a graves delitos contra la libertad sexual con un elevado índice de reincidencia) pueden ser burladas al no existir garantía plena de que no serán transmitidas dichas informaciones para objetivos menos confesables (en materia laboral o de seguros, por ejemplo).

La aplicación de la informática a los datos de carácter cinético descubren nuevas parcelas a la investigación científica, pero puede provocar igualmente innumerables conflictos jurídicos que han de ser abordados desde el plano del derecho. No quiere esto decir que la aplicación informática sea posible exclusivamente respecto de los datos genéticos, en gran medida este predicable también en relación con todos los datos numéricos inexorablemente relacionados con las intervenciones corporales. La práctica en los países europeos viene a confirmar, sin embargo, de la creación de bases de datos o archivos afecta en mayor medida a los datos de ADN.

A. Su configuración como derecho fundamental

En ninguna de las constituciones modernas en ningún momento se refieren dentro de su catálogo al derecho a la autodeterminación informativa, como derecho fundamental, derecho humano o garantía individual o cualquier otro nombre que reciba; al menos no expresamente. Resulta esencial determinar previamente su naturaleza, pues en cada caso de que merezca la calificación de derecho fundamental esa circunstancia, condicionará la entera construcción de los presupuestos que se han de observar para que sea legítima una intromisión en su contenido.

Anticipamos que el origen de la expresión "a autodeterminación informática" se encuentra en la sentencia del tribunal constitucional alemán de fecha 15 de diciembre de 1983, donde se hace derivar (no existe un reconocimiento explícito de la intimidad) de derecho general al libre desarrollo de la personalidad garantizado por

el artículo dos (uno) GG y que se encuentra, a su vez, en una posición de garante respecto de la dignidad humana del artículo primero (uno) GG. El derecho a la personalidad comprende la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuando y dentro de y límites proceder revela situaciones referentes a la propia vida. Esta facultad refiere en las condiciones actuales y futuras de elaboración automática de los datos una medida excepcional y especial de protección. Ésa información puede-especialmente con el montaje de sistemas integrados de información-refundirse con otras conexiones de datos en un perfil de personalidad y puede influir en la autodeterminación del individuo y en su libertad de decisión. De lo que ha que se le concluye el tribunal lo siguiente: "la libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos la protección del individuo contra la recogida, de almacenamiento, la utilización y la transmisión y limitadas de los datos concernientes a la persona, (...) El derecho fundamental garantiza, en efecto, la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales".

En el caso de la constitución española, desconoce el reconocimiento expreso del derecho a la autodeterminación informativa. No obstante dicho texto constitucional hace presión del riesgo que para la vida privada las personas puede derivar del uso de la informática y, consciente del mismo, recoge en su artículo 18.4 un mandato dirigido al legislador: "la ley le indicará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". La leña que se refiere el constituyente en la actualidad se encuentra en discusión, existiendo a la fecha la ley LO 5/1992, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD). Se debate en la doctrina si resulta suficiente el mecanismo del derecho a la intimidad para comprender dentro del mismo una de la adecuada frente a posibles intromisiones derivadas del uso del informática o si, por el contrario, cabe hablar de la necesidad de un nuevo derecho ante posibles insuficiencias y lagunas del derecho a la

intimidad. No obstante, quienes mantienen la segunda posición parte en el derecho de intimidad como fundamento de su construcción.

En favor de la categorización autónoma del derecho a la protección de datos se argumenta la policía final del mencionado artículo 18. Cuatro constitucional de España, esto es, la limitación de la informática no tiene por objeto garantizar exclusivamente el honor y la intimidad, si no el pleno ejercicio de cualquier derecho. Párrafo nuevo por otra parte, si la pretensión es considerar el bien jurídico que se pretende tutelar en intimidad, de seguir ese concepto estricto de la misma, esta sería su virtualidad, pues como indica Lucas Murillo de la Cueva, "lo que habría de resguardar el peligro informático sería bastante poco" ya que normalmente no serán los datos personal hicimos o sensibles los que sean objeto de tratamiento automatizado; pero si se maneja el derecho de intimidad en un sentido amplio, existe el peligro de desnaturalizar el derecho que tutela y de mermar su nivel de protección. La LORTAD, ni en su exposición de motivos ni a lo largo de su articulado hace referencia al derecho a la autodeterminación informativa como derecho tutelado por la citada ley, más bien, se requiera la existencia de un nuevo derecho a la privacidad, eso sí, de contenido distinto y más amplio que le intimidad. Sin perjuicio de las objeciones planteadas por determinado sector doctrinal al empleo de dicho barbarismo procedente inglés *privacy*, se entiende que con dicho término se pretende referir a una realidad análoga, si no idéntica, a la expresada por la autodeterminación informativa por el rojo caso más amplia que la manifestada por lamer intimidad.

Como hemos apuntado al principio esa posición no se pacifica entre la doctrina, y un importante sector de la misma mantiene que tratamiento automatizado los datos de carácter personal constituye una intromisión en el derecho fundamental a la intimidad. Se ha la desde ese sector que el concepto intimidad utilizado por quienes proclaman el surgimiento un nuevo derecho fundamental es un concepto intimidad de tipo excluyente ya superado. En ese sentido reconoce el Dr. Orti Vallejo que "el atentado contra el intimidad por el uso del informática puede provenir, no sólo

de la recogida y almacenamiento de datos pertenecientes a la esfera de la intimidad en sí, si no de la capacidad de almacenamiento y de las relaciones (tratamiento) susceptibles de realizarse entre las más diversas informaciones o datos íntimos o de otros, inocuos o triviales y las conclusiones a que pueden llegar los ordenadores una vez tratados el conjunto de los mismos" o dicho en términos más contundentes por el propio autor: "en materia informática no tiene caso distinguir entre informaciones íntimas y las que no lo son, porque esta tecnología posee la capacidad de transformar estas últimas en informaciones íntimas". Es la denominada "teoría del mosaico" a que se ha referido, entre otros, SIMITIS, esto es, datos en principio y relevantes que sometidos a tratamiento automatizado dejan de serlo para convertirse en comprometedores para la vida privada al afectado.

Como argumento esta corriente contraria a la configuración un nuevo derecho fundamental a la autodeterminación informativa o libertad informática se aduce, igualmente, la amplia concepción del derecho a la intimidad garantizado en el artículo 18 de la citada constitución española, superadora de las tradicionales libertades de la esfera privada entendidas como libertad negativa. Evolución que atribuye Morales Prats a la recepción de la cultura anglosajona que configura la *privacy* "como un bien jurídico positivo, proyectado socialmente, del que derivan facultades de control sobre los datos e informaciones del individuo en la sociedad tecnológica. Esta evolución permite la actualidad que el derecho a la intimidad se considerara como un bien jurídico presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales" porque, como consecuencia dicho precepto constitucionaliza el *habeas data* o faceta informática de la intimidad. No menos importante resulta, en consideración de Luis Miguel, la Cruz pues el tribunal constitucional de autores división en el reconocimiento derechos fundamentales, de modo que sólo los que cuentan con plasmación expresa puede ser considerados como tales.

Se ha debatido igualmente entre ambas posiciones aunque en último término parece descansar en favor de reconocer una nueva dimensión al derecho de intimidad, y que por vía jurisprudencia de la constitución española incorporó esa

nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma a la amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueran originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un Instituto que es, en si mismo, un derecho a libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona proviniendo el tratamiento mecanizado de datos, lo que la constitución llama la informática". Si el párrafo anterior hace presagiar un pronunciamiento en el sentido de quienes propugnan el nacimiento nuevo derecho, la expectativa se desvanece en el siguiente fundamento jurídico a señalar que "la garantía de la intimidad adopta o hoy un contenido positivo, en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia personalidad.". "Libertar informática", y más adelante continúa: "... impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas de exclusión". Las facultades precisan para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una administración pública, donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por dicho artículo, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte con detenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes del estado".

De esa discusión nos interesa destacar que tanto para los partidarios de nacimiento nuevo derecho, como para que les propugnan una nueva dimensión positivo del control para el derecho en intimidad, nos hallamos frente a un derecho de naturaleza fundamental. Si tenemos que se ha producido una extensión en el contenido del derecho al intimidad, no cabe duda que el mismo seguir haciendo merecedor de la tutela propia de los derechos fundamentales. Pero incluso quienes manifiestan su preferencia por la catalogación de la protección de datos o de la autodeterminación informativa como un derecho de nueva configuración, la atribuyen incuestionablemente el carácter fundamental.

Del análisis de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ciertas disposiciones de la LORTAD se llegue igualmente a la conclusión de que los recurrentes tampoco cuestionó la naturaleza fundamental del derecho regulado por dicha ley. Se ha argumentado por ejemplo alegando la permisión de la creación o modificación de los ficheros de las administraciones públicas mediante normas de rango reglamentario y mediante normas de idéntico rango puede autorizarse la sesión de datos de una administración a otra sin el consentimiento de las personas concernidas. En consideración del mismo, se trata en definitiva, de la posibilidad de imponer limitantes a un derecho fundamental mediante normas de rango reglamentario y dicha posibilidad vulnera los principios constitucionales al no respetar la reserva de ley que para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales se contiene.

Del mismo modo, por otro recurso interpuesto se refiere a la consagración por un nuevo derecho fundamental: el derecho a la autodeterminación informática. Derecho fundamental que se encuentran fase de formación, es decir de elaboración; todavía enumerado con una doble vertiente: por un lado, la vertiente tradicional esencialmente negativa que tiene la intimidad como un derecho que configura un ámbito de no invasión o no interferencia; pero por otro, y un contenido abiertamente positivo, se trata también de un derecho activo de control sobre el flujo de información a referentes a uno mismo. "La intimidad se manifiesta así como un derecho o facultad la autodeterminación informativa".

En relación a la LORTAD el parlamento catalán argumentó los recursos anteriormente enunciados, añadiendo que la limitación de una actividad para garantizar un derecho fundamental constituye, al mismo tiempo, un desarrollo de ese derecho (...). Por ello el tribunal constitucional en su pronunciamiento acerca de la posible vulneración del derecho que nos ocupa se ha destacado en un derecho de naturaleza fundamental.

De la configuración de la autodeterminación informativa como derecho fundamental, se han de extraer importantes consecuencias en la a las restricciones que se imponen a sus garantías cuando la investigación delictiva se trata. Tal como hemos insistido más arriba, los derechos fundamentales no son absolutos y su contenido puede experimentar también recortes como consecuencia de la fusión de investigación y búsqueda de las fuentes de prueba.

B. Decaimiento de las garantías previstas para la protección de los datos personales en el ámbito de la investigación penal en la LORTAD española.

Como señala Jiménez Escobar, el derecho a la protección de los datos personales o el derecho a la autodeterminación informativa, constituye un derecho de naturaleza preventiva, esto es, en la que anticipada de los restantes derechos, a la vida, a la integridad física, la libertad, la intimidad, etcétera. A tal efecto se prevé a lo largo del articulado de la LORTAD, y básicamente en sus títulos II y III, una serie de principios y derechos tendentes claramente a evitar hipotéticas situaciones abusivas, de las que destacaremos aquellos que inciden directamente en el asunto que nos concierne. Todo este conjunto de garantías y presiones excremento importante restricciones cuando la investigación de persecución ilícitos penales se trata. En todo caso, es preciso "llegar a un equilibrio entre el derecho a la autodeterminación del individuo acerca de sus datos y las exigencias de la investigación policial"; dicho de otra forma la necesidad de conciliar, por una parte, el interés para la sociedad de la prevención y represión de las infracciones penales y en mantenimiento del orden público y, por otra parte los intereses del individuo y el derecho al respeto de su vida privada".

Así bajo la rúbrica "principios de la protección de datos", se señala que sólo podrán ser recogidos datos de carácter personal para su tratamiento automatizado "cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido" (artículo 4. 1) en lo

que se ha venido a denominar principio de pertinencia. Resulta también fundamental pues incide directamente en una de las controversias apuntadas, lo dispuesto en el artículo 4. 2 de la LORTAD: "los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos". En relación también con la finalidad, y con el 5, del mismo precepto que "los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubiera sido recabados y registrados". Los afectados habrán de ser, además, informados en un momento en que sean requeridos para manifestar ciertos datos de carácter personal: del éxito y el fichero automatizado de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de estos y los destinatarios de información; el carácter obligatorio o facultativo de su respuesta, etcétera.

Numerosas en el tal es el principio del consentimiento reconocido por el artículo seis de la ley en comento o de autodeterminación como también lo denomina la ley en su exposición de motivos y que "otorga la persona la posibilidad de determinar el nivel de protección de datos haya referentes".

No obstante, la mayoría de los principios y derechos de acabamos de mencionar fecal en colon largos y tratamiento automatizado de los datos de carácter personal se produce en el marco de la iniciación criminal. Más latente es la merma de las garantías indicadas cuando proceden la LORTAD a regular los ficheros policiales. Eso articuló 20 distingue un régimen jurídico para cada una de las dos modalidades posibles de ficheros policiales. Por un lado, se refiere a los ficheros automatizados creados por las fuerzas y cuerpos de seguridad, donde se recogen datos de carácter personal con fines administrativos y que de ser objeto de registro permanente. Por disposición del artículo 20. 1 de la ley multicitada, estos ficheros están sujetos al régimen general de la ley. Se diferencia diametralmente el régimen jurídico establecido para los ficheros creados por las fuerzas y cuerpos de seguridad con fines policiales.

Como juntábamos al titular del epígrafe, las garantías y derechos, en aras de prevenir los riesgos que para la personalidad puedan suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos, experimentar o la mengua considerable cuando el investigación de infracciones penales se trata. En cierta manera parece lógico que las garantías señaladas sean objeto de ciertas modulaciones cuando el derecho del afectado colisiones con otros intereses o derechos generales, cual podría ser de investigación y persecución de las infracciones penales.

Reiterada jurisprudencia constitucional española, a la que referimos, ha mantenido en este punto el carácter no absoluto de los derechos fundamentales. En concreto sobre el derecho de autodeterminación, dispuso la citadísima sentencia del BVerfG en su famosa sentencia sobre la ley del censo y tras señalar que no se garantice el derecho a la autodeterminación informativa sin límites. El individuo no tiene ningún derecho sobre sus datos en el sentido de la soberanía E. y R. C. visible, sino que es más bien una personalidad que se desenvuelve dentro de la comunidad social y que ésta ha llamada a comunicarse. El individuo tiene, pues, de aceptar el principio determinadas limitaciones de su derecho a la autodeterminación informativa en aras del interés preponderante de la colectividad". Ahora bien, al igual que al orillarse una concepción absoluta de los derechos fundamentales, las excepciones o diferencias tampoco han de ser absolutas, y se observa que las modulaciones restrictivas de la garantía y derechos nos acompañan de garantías complementarias de distintos signos tendientes a armonizar los intereses y derechos en conflicto para, de este modo, evitar la supremacía absoluta de uno en detrimento de la total eficacia del otro.

Ya nos hemos referido al decisivo papel que desempeña el principio de previsión legal en relación con las medidas restrictivas del derecho fundamental. Ninguna indicación de los supuestos delictivos en que tiene cabida, del principio de proporcionalidad o de la reserva jurisdiccional en ciertos casos.

C. Situaciones conflictivas en relación con los ficheros de ADN.

La creación de ficheros ADN mediante el acopio de los resultados que arrojan los test genéticos a partir de los vestigios biológicos obtenidos una intervención corporal, origina numerosas situaciones de colisión entre derechos e intereses contrapuestos. Por un lado, los del individuo que percibe como datos relativos a su persona son almacenados informáticamente con la consiguiente eventualidad de que sean tratados automatizadamente o transmitidos a personas u órganos extraños a los que practicaron la recopilación; por otro, el interés público en aprovechar las ventajas que refiere el uso de las tecnologías informáticas en la labor de esclarecimiento de hechos delictivos.

Son numerosas las interrogantes que plantea y exige el punto de vista jurídico relacionados en su mayoría con el principio de proporcionalidad de la injerencia. Por un lado, cabe plantear cuál es el límite de la información que sea de registrar, la huella genética exclusivamente, u otras informaciones de mayor calado. Tampoco escapan de las dudas de legitimidad otras cuestiones inherentes al tipo de delitos y al momento procesal en que se encuentra el inculpado: ¿es extensible esta posibilidad a los delitos graves únicamente?, o limitando aún más dicha facultad, ¿sólo a los que tienen una relación directa con los delitos contra la libertad sexual por su elevada posibilidad de reincidencia?; o cabe entender, por el contrario, no resulta conveniente fluir otras modalidades delictivas pese a su escasa gravedad o su alejamiento respecto de las infracciones en cuyo esclarecimiento tenga el análisis de ADN esa virtualidad, por otro lado, cabe preguntarse si la eventualidad del almacenamiento informático de los datos relacionados con el ADN queda condicionada a que el individuo el de quien proceden resulte efectivamente condenado o si es suficiente con que se vea inmerso en un proceso penal independientemente de su resultado, o, desde una postura más extrema cifra vez, la legitimidad de crear bases de datos de ADN de la totalidad de la población sin exclusión alguna. También puede cuestionarse acerca de la justificación de la conducta consistente en transmitir datos servidos voluntariamente por el inculpado

previamente con una finalidad distinta a la de investigación criminal; se puede eludir esta manera el recurso de la problemática práctica de extracción de muestras corporales, cuando resultado que se pretende se encuentra almacenado en otro fichero creado con la finalidad médica terapéutica, por ejemplo (o gracias a donaciones voluntarias de plasma o de otros fluidos u órgano realizadas con anterioridad al inicio del proceso en el que se ve incurso como inculpaado).

Pese al silencio de algunas leyes, y al escaso trabajo legislativo en la materia, resulta conveniente que la tarea de creación de ficheros automatizados de ADN se canalice dentro de los límites para evitar una injerencia desproporcionada en el derecho a la autodeterminación informativa del afectado, máxime tras la atribución a ese el carácter del derecho fundamental. En primer término, en consonancia con lo señalado hasta ahora, acerca de la suficiencia del análisis del ámbito no codificante con finalidad forense, parece oportuno ficheros automatizados donde se recojan los resultados de los análisis de ADN se limite a las bandas o códigos de barras en si el principio la admisibilidad del análisis de ADN no codifica ante esta justificada por el carácter neutral información, el tratamiento informático de la misma tiene la virtualidad de atribuir una nueva dimensión a los datos que se procesan. Conforme a la definición legal contenida en la ley Federal alemana de protección de datos el 20 de diciembre de 1990, son datos de carácter personal "las indicaciones al finalizar las sobre circunstancias personales o materiales de una persona natural determinada o determinable". En opinión de xxx bajo esta definición han de comprenderse también los códigos de barras obtenido a través del análisis de rehenes. No existe impedimento ninguno para incluir esta modalidad de tratos bajo la categoría de datos personales tal como definida en la LORTAD. Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Se ajustan igualmente a los principios reconocidos por dicha ley ya en la recogida de datos de carácter personal para su tratamiento automatizado está condicionada a que los datos sean no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se haya obtenido.

D. Naturaleza y gravedad de los hechos punibles incorporables a los ficheros deADN

Al referirnos al principio de proporcionalidad hemos afirmado como consecuencia inmediata del mismo la practica de análisis de ADN, en cuanto medida que incide en los derechos mas básicos del individuo ha de limitarse al esclarecimiento de aquellas infracciones penales que desde el punto de vista de su incidencia social, supongan cierta entidad. Para resolver a cerca de la pertinencia del recurso a estas técnicas genéticas se ha mencionado, no sólo la gravedad punitiva que tienen aparejada dichas infracciones, sino también la naturaleza o modo de comisión de las mismas en cuanto a la generación o producción de vestigios biológicos será igualmente determinante para que ellas adquieran sentido.

Ahora bien, ¿son trasladables estos criterios sin limitación alguna al posterior almacenamiento informático de los datos así obtenidos? La respuesta que se adopte estará condicionada, entre otros extremos, por la amplitud con la que se admitan las intervenciones corporales previas y necesarias para la obtención de las muestras corporales previas y necesarias para la obtención de las muestras corporales sobre las que practicar los análisis de ADN. Dicho en otras palabras cuanto mas amplio sea el abanico de delitos que puedan ser investigados mediante la obtención de muestras corporales y posterior análisis genético, más amplia será la extensión de los ficheros relativos al ADN. A la inversa, si se limita extraordinariamente el ámbito de los delitos que justifican la obtención de las muestras corporales y posterior análisis genético sobre las mismas, más reducida será la extensión de dichos ficheros.

La recomendación N.º R (92) 1 del Consejo de Europa sobre la utilización de los análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal prevé con generosa amplitud la admisibilidad de los análisis genéticos en dicho ámbito sin que se impongan limitaciones por la gravedad (la recomendación 5ª dispone que el recurso a los análisis de ADN debe ser autorizado en todos los casos en que resulten

apropiados "cualquiera que se el grado en todos los caso de la infracción"). Hemos indicado, sin embargo, el sentido con que ha de ser interpretada dicha recomendación 77, esto es, desde la perspectiva del derecho de defensa. La misma Recomendación del Consejo de Europa es más restrictiva en la previsión de incorporar los resultados obtenidos mediante los análisis genéticos a ficheros automatizados 78. No cualquier modalidad delictiva, con independencia de su gravedad o naturaleza, puede ocasionar el almacenamiento de los resultados genéticos obtenidos con motivo de su esclarecimiento en un fichero automatizado. Como se ha adelantado, se aprecian en la Recomendación dos sensibilidades distintas en cuanto a la admisibilidad de estas técnicas: amplia y generosa si se pretende solamente la aplicación de los análisis de ADN; más restrictiva y rigurosa si lo que se pretende es el almacenamiento de los resultados así obtenidos en un fichero autorizado.

En efecto, la incorporación de los resultados obtenidos a ficheros automatizados está determinada, acertadamente a nuestro juicio, en la Recomendación del Consejo de Europa por dos criterios: el de gravedad del tipo delictivo y el de especialidad del mismo. Por un lado, reconoce el principio 8º que los resultados de análisis de ADN podrán ser conservados cuando el "interesado haya sido reconocido culpable de delitos graves". Por otro lado, además del criterio de la gravedad recomienda el criterio de la naturaleza de la infracción al disponer que los delitos graves han de ser relativos al "atentado contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas" 79. Corresponde a cada Estado miembro, conforme al memorando explicativo, determinar el significado de la expresión delitos graves contra la vida, integridad y seguridad de las personas, y como una manifestación más del principio de proporcionalidad, se añade que la intención de los elaboradores de la Recomendación no es otra que los ficheros de ADN se limiten exclusivamente a aquellos casos que sean merecedores de almacenamiento 80. Detengámonos, pues, en el análisis de las previsiones contenidas en el Derecho interno de algunos de los países que integran el Consejo de Europa.

- La amplitud de las previsiones de la PACE británica. El régimen jurídico vigente en Inglaterra y Gales en lo concerniente a los análisis genéticos es, quizás, el que más se ajena de las Recomendaciones del Comité de Ministros en el punto que nos ocupa. También en esta materia el objetivo de eliminar el mayor número de trabas posibles para la plena eficacia de las diligencias de análisis de ADN en el ámbito de la justicia penal ha impulsado a incorporar en la redacción originaria de la PACE trascendentales modificaciones mediante la CJPO de 1994. con anterioridad a la reforma de 1994 las disposiciones vigentes en la PACE comprendían dentro de márgenes muy estrictos, en cuanto a la gravedad de la pena, la diligencia de extracción de muestras corporales necesaria para la práctica de los análisis de ADN (entonces carece de regulación). Ya nos hemos referido a la evolución de la categoría de las serious arrestable offences a las más leves recordable offences con la finalidad confesa de "facilitar además la utilización de una base de datos de ADN".

La PACE, en su redacción originaria subordinaba la extracción de muestras corporales a la concurrencia de razonables motivos para sospechar la implicación de la persona de la cual se obtenían aquéllas en una serious arrestable offense. Las arrestable offences son las que comportan una pena de reclusión no inferior a 5 años, mientras que las non arrestables son todas las demás 82. pero la autorización del oficial de policía con rango de superintendente [section 62 (1) (a) PACE] requería además, entre otros presupuestos, que estas arrestables offences fueran graves (serious) [section 62 (2) (2) PACE] 83. la Criminal Justice and Public Order Act (CJPO) de 1994 ha reformado algunos, aspectos de la regulación contenida en la PACE acerca de la extracción de muestras corporales, reforma que ha tenido trascendentales repercusiones en la practica de los análisis de ADN a partir de las muestras así obtenidas y consiguiente almacenamiento en ficheros automatizados de los resultados generados por aquéllos. En los que ahora nos interesa, conviene destacar que se han modificado algunas premisas relativas a la gravedad del hecho criminal justificativo de las extracciones de muestras corporales (body samples). Las sections 54 (3) (b) y 55 (3) CJPO trastocan la originaria redacción de la PACE y donde antes se exigía como criterio habilitante la concurrencia de un hecho criminal

perteneciente a la categoría de las serious arrestable offence ahora es suficiente perteneciente con que merezcan el calificativo de recordable offence.

La extensión reflejada en el párrafo anterior es considerable. En la Lista f Recordable Offences contenida en la Schedule of Offence Recordable at the National Identification Bureau se recogen aproximadamente 64 modalidades de infracciones penales que merecen esas calificaciones repartidas en numerosas disposiciones de muy diversa naturaleza 84 sin que pueda, por lo tanto, sentarse un criterio único a la hora de la determinación de una gravedad punitiva concreta. Esta nueva catalogación incluye todos los delitos que tienen señalada una pena de privación de libertad (imprisonment) pero comprende, a su vez, otros que no son sancionables con esta pena. Esta modificación responde a una Recomendación formulada por la Royal Comisión on Criminal Justice de julio de 1993 85 que sugería una reclasificación de ciertos delitos, a saber, el delito de robo con violencia física (assault) o robo con entrada en domicilio (burglary) como serious arrestable offences a los efectos de la extracción de muestras corporales de las sections 62 y 63 PACE. La intención de la Comisión no era la de extender a todas las posibilidades de practicar las extracciones de muestras corporales a todas las infracciones punibles sin limitación alguna 86, pero como ha dejado sentado MIERS, sin ir tan lejos, la nueva regulación excede a la recomendación sugerida por la Comisión 87. Además, al no establecer los nuevos preceptos incorporados mediante la CJPO de 1994 ningún tipo de limitación al respecto, la categoría denominada recordable offence será la que determine los delitos que legítimamente „pueden ser incorporados a los ficheros o bancos automatizados.

Tampoco existe limitación en la Circular 16/1995 del Home Office acerca del posterior almacenamiento de los resultados obtenidos en los ficheros de la Nacional DNA Database. Conforme a la section 40 de dicha Circular las nuevas disposiciones de la PACE permiten la toma de muestras en todos los delitos penales; añadiendo que los jefes de policía han acordado que se realicen perfiles de ADN de todos los infractores que cometan delitos, pero, en primera instancia, la policía han acordado

que se realicen perfiles de ADN de todos los infractores que cometan delitos, pero, en primera instancia, la policía únicamente debe tomar muestras de aquellos infractores encuadrados en las siguientes categorías: i) delitos contra las personas; ii) delitos sexuales; y iii) robos con allanamiento de morada. El mismo precepto aclara, en párrafo seguido, que "sin embargo, esto no excluye la toma de muestras por las fuerzas de seguridad en los casos de otros delitos penales a fin de incluirlas en la base de datos, ni obliga a dichas fuerzas a tomar muestras en los casos de todas las categorías mencionadas o en todos los casos en categorías concretas".

El término recordable offence comprende, en consideración de STEVENTON, un amplio abanico de delitos y resulta razonable preguntarse si las nuevas disposiciones legales resultan excesivamente amplias. Menciona el autor el informe de la Royal Comisión on Criminal Justice (de julio de 1993), inductor de la reforma posterior, en la que se recogen indicaciones de la Policía acerca de "la frecuencia con que las personas arrestadas por delitos contra la libertad sexual han sido previamente condenadas por cometer otros tipos delictivos graves". Considera STEVENTON que las nuevas disposiciones permiten conservar información de personas condenadas por cualquier recordable offence, lo que excede de lo consiguiente, como una injustificable injerencia en la privacidad del individuo. Esto significa, en su opinión, que la mera creación de una base de datos de ADN con fines de investigación vulnera el art. 8 del CEDH, las dudas pueden surgir acerca de la amplitud de la base de datos y las circunstancias relativas al individuo que pueden ser recopiladas en ella 89. Señala en este sentido que "las nuevas disposiciones permiten potencialmente una extensa base de datos investigativa y se puede argumentar que se ha excedido" de las indicaciones de la recomendación .

- La situación normativa en Alemania tras la aprobación de la Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz) de 7 de septiembre de 1998. con anterioridad a la reforma indicada, los análisis de ADN se incorporan a la normativa procesal penal alemana mediante la Strafverfahrensänderungsgesetz-DNA-Analyse ("Genetischer Fingerabdruck")- de 17

de marzo de 1997. Ninguna mención se hacía en ella a la gravedad o naturaleza de las infracciones delictivas que justificaban la práctica de los análisis genéticos y, mucho menos, a la posterior incorporación de los resultados obtenidos en ficheros automatizados. No obstante, hacíamos otorgada por los distintos Tribunales de aquel país al principio de proporcionalidad a la hora de enjuiciar la admisibilidad de las diligencias a que nos referimos, así como de las previas intervenciones corporales.

En efecto, el Landgericht de Berlín, en resolución de 14 de diciembre de 1998, se pronunciaba a favor de la admisibilidad de la huella genética como medio de prueba limitada al ámbito no codificante y con apoyo en el principio de proporcionalidad exigía la ponderación de la gravedad del hecho punible y que semejante "injerencia en el derecho a la personalidad se admitía sólo como ultima ratio". El Tribunal Supremo Federal (BGH) confirmó en su sentencia de 21 de agosto de 1990 dicha orientación al declarar la proporcionalidad de la investigación consistente en la huella genética al tratarse de un delito grave como el asesinato y al quedar limitado el análisis al ámbito no codificante. Definitivamente el Tribunal Constitucional alemán (BverfG), en su auto de 18 de agosto de 1995, dispone, en primer término, que la idea de una justicia penal eficaz exige la satisfacción del interés procesal en la investigación de la verdad y que el esclarecimiento de los hechos punibles graves constituye una misión especial del Estado de Derecho. Añade a continuación que la práctica de la huella genética supone una injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales y exige, por consiguiente, la observación del principio de proporcionalidad. Este principio requiere que "la medida sea indispensable y se encuentre en una relación proporcionada a la gravedad del hecho" y añade que ante un delito sexual de la clase que se cuestiona se garantiza la necesaria proporción sangre así como en el derecho a la autodeterminación informativa. Idénticas limitaciones cabe inferir desde la perspectiva de las intervenciones corporales (Körperliche Untersuchungen) que de ordinario cuando la infracción punible a esclarecer representa cierta entidad.

Por este motivo, limitar la admisibilidad de la creación de ficheros de ADN a los delitos verdaderamente graves y que responden a determinadas modalidades en su ejecución adquiere pleno sentido dentro del contexto más amplio de las intervenciones corporales y de los análisis de ADN practicables sobre las muestras así obtenidas. SCHNEIDER/RITTNER enmarcan esta restricción dentro de una tendencia más amplia que se va generalizando en diversos países de nuestro entorno cultural. En opinión de los citados autores, resulta imprescindible aclarar que la mera existencia de bancos o ficheros de ADN no constituye a priori ninguna garantía de que se pueda evitar la comisión de nuevos delitos por el mismo autor. En todo caso, sí posibilita una más rápida identificación del infractor reincidente y, en la medida en que la localización y aprehensión de éste sean practicables, obstaculizar terceras y sucesivas conductas ilícitas. Sin son, los autores más arriba citados, partidarios de introducir mayores restricciones que las señaladas en la práctica británica de la Nacional DNS Database. Las opciones que manejan son variadas: una relación o catálogo cerrado de delitos; el establecimiento de una pena que actúa como umbral; pero el criterio que verdaderamente adquiere sentido es el que hace depender la admisibilidad del registro de los análisis genéticos con la naturaleza o modalidad delictiva, es decir, aquellas infracciones delictivas que dejan huellas o vestigios biológicos como los delitos sexuales o los cometidos mediante violencia.

Las meras suposiciones a que se refieren los párrafos anteriores se concretan tras la reforma que supone la Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz) de 7 de septiembre de 1998. dicha ley incorpora a la StPO un nuevo § 81 g que prevé la posibilidad de extraer células corporales e investigar genéticamente las mismas con el objetivo de determinar la identidad del inculcado en futuros procesos penales (zum Zwecke der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren). No se menciona en ningún momento de forma expresa que el fin perseguido sea la creación de bases de datos de ADN, pero este resultado se deduce de la circunstancia de que dicho precepto obedece a la necesidad de facilitar la identificación de la persona merecedora de la condición de inculpada en un proceso y que puede verse aplicada en futuras causas; objetivo que no puede

satisfacerse sino mediante la conservación en los correspondientes ficheros los datos obtenidos en relación con los análisis de ADN, pero en todo caso conviene precisar que existe en virtud de una orden de creación de 17 de abril de 1998 un fichero central de análisis de ADN zentrale DNA-Analyse-Datei) ubicado en el Bundeskriminalamt. con anterioridad a la existencia de cualquier regulación expresa sobre la materia, el Comisionado Federal para la Protección de Datos (Bundesdatenschutzbeauftragte) recomendó en un informe de 12 de febrero de 1996 la no incorporación de los resultados de las investigaciones genéticas al Registro Federal Central o a otros registros o bases de datos. Siguiendo esta misma orientación estimó el LG Mainz en un auto de 29 de mayo de 1998 la imposibilidad de comparar los resultados genéticos obtenidos con los existentes en una base de datos policial hasta que no se procediera a la creación mediante ley de una base de datos de ADN de carácter nacional.

Dejando al margen la constatación de que existe en Alemania un fichero central de ADN, procede a continuación concretar los resultados genéticos de qué modalidades delictivas podrán ser almacenados en el mismo. El legislador alemán, más acertadamente a nuestro juicio que el británico, ha optado por incorporar considerables limitaciones en este sentido. Conforme al §81 g (1) StPO ha de tratarse, en principio, de hechos penales de relevante significado (Straftat von erheblicher Bedeutung) aunque no precise qué ha de entenderse por tales 104. Tras esta concreción inicial relaciona una serie de infracciones penales en las que "especialmente" (insbesondere), por lo tanto ha de entenderse que no constituyen un catálogo cerrado o agotado de hechos punibles, se dan estas circunstancias. La distracción literal del precepto hace referencia a que puede tratarse de delitos graves (Verbrechen) o delitos menos graves (Bergehen), entre estos últimos se mencionan los delitos contra autodeterminación sexual. Se mencionan expresamente las siguientes infracciones penales: lesiones corporales (Körperverletzung) graves, robo (Diebstahl) en casos especialmente graves o extorsión (Erpressung).

Pero el hecho de que se haya cometido un delito grave no constituye por sí mismo un presupuesto suficiente para la aplicación sin más del precepto a que nos referimos; ha de tratarse, en opinión de LEMKE de delitos susceptibles de servir a la determinación de la identidad del individuo mediante las técnicas de ADN. en coincidencia con esta orientación, entiende VOLK que la creación del fichero de ADN tiene por objeto perfeccionar el esclarecimiento de "hechos punibles graves, especialmente delitos sexuales". Con anterioridad, incluso, a que se materializara la reforma a que nos referimos el LG Mainz se cuestionaba en un auto de 29 de mayo de 1998 si el hecho punible enjuiciado (robo con fuerza en las cosas con perjuicios por valor de 500 marcos alemanes) pertenece a la categoría de "delitos de relevante significado" recogida en lo que, aquel momento todavía, constituía un proyecto de ley. Puede ocurrir también que las iniciales sospechas acerca de la existencia de un hecho punible de relevante significado de reduzcan durante la tramitación de la causa a sospechas correspondientes a hechos punibles de menor relevancia (Straftat minderer Bedeutung), en estos casos defiende SENGE la improcedencia de la aplicación de la diligencia previa en el § 81 g StPO.

- La Ley francesa núm. 98-468, de 17 de junio de 1998, sobre la prevención y represión de infracciones sexuales. Dicha Ley que reforma el Code de Procédure Pénale/eincorpora a este cuerpo normativo un nuevo precepto, el art. 706-53 CPPf, donde se reconoce expresamente el objeto de constituir un fichero nacional automatizado donde se almacenarán .no sólo las huellas genéticas de los condenados, sino también los resultados genéticos correspondientes a los vestigios corporales descubiertos aunque no pueda determinarse a quién corresponden. Acerca de la naturaleza de las infracciones punibles que pueden justificar la incorporación de los datos genéticos a dicho fichero, el precepto indicado no puede ser más explícito. Por un lado, se afirma que la creación del fichero responde a la finalidad de "facilitar la identificación y la búsqueda de autores de infracciones sexuales". No conforme con esto, añade, por otro lado, que ha de tratarse de alguna de las infracciones recogidas en el art. 706-47 CPPf a las que nos hemos

referido al analizar la incidencia del principio de proporcionalidad en la exigencia de una determinada gravedad en los delitos a investigar mediante las técnicas de ADN.

2. EFICACIA PROBATORIA DE LOS ANÁLISIS DE ADN

El estudio sobre la aplicación forense de las investigaciones genéticas se ha centrado hasta ahora en el examen de los presupuestos básicos que se han de observar para que esta diligencia de investigación científica pueda ser calificada de legítima. La labor hasta ahora desarrollada ha estado subordinada por la naturaleza altamente invasiva que se atribuye a las medidas en cuestión. No cabe ignorar que la finalidad última de los análisis de ADN tiene por objeto servir de medio de prueba para fundamentar, en su caso, la convicción condenatoria del órgano judicial decisor. La eficacia probatoria de los análisis e ADN está rodeada, sin embargo, de una particular problemática que abordaremos desde una doble perspectiva. Por un lado, a tendiendo a la incidencia en derechos merecedores de la condición de fundamentales, nos encontramos ante una materia en la que la posibilidad de incurrir en ilicitudes probatorias adquiere plena virtualidad. Por otro lado, el carácter altamente científico del método que rodea la realización de los análisis de ADN suscita no pocas cuestiones acerca de los organismos capacitados para llevarlos a cabo y del propio método científico empleado, así como de la valoración de los resultados obtenidos.

2.1.- Análisis de ADN e ilicitud probatoria

Como se ha indicado en el párrafo anterior, la determinación de los presupuestos que se han de observar en la aplicaron forense de los análisis de ADN está subordinada, en gran medida, por la naturaleza fundamental de los derechos que resultan afectados. Se ha insistido, básicamente, en los derechos a la intimidad genética y a la autodeterminación informativa en el supuesto, nada infrecuente

atendido a la experiencia del Derecho comparado, de que los resultados derivados del análisis genético sean objetivo de un posterior tratamiento automatizado. Tampoco cabe olvidar que las investigaciones a que nos referimos están, generalmente, vinculadas con las intervenciones corporales necesarias para obtener el material preciso que sirva de base a aquellas. La afcción a los derechos fundamentales en este último caso resulta igualmente innegable. En el análisis que a continuación se aborda adquiere vital importancia el art. 11.1 LOPJ al disponer que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

De la lectura del precepto indicado resulta la ineficacia probatoria de las diligencias que en su práctica hayan ocasionado una lesión de los derechos o libertades fundamentales. Ahora bien, tampoco extraña que se hayan manifestado ciertas objeciones a la exclusión de eficacia probatoria en diligencias consideradas como es el caso del ADN, objetivamente determinantes de la identidad de las personas. En efecto, apuntaba BIRCH que "al pesar del teórico potencial de la section 78, los tribunales, tal como ocurre en el common law, son reacios a excluir las pruebas científicas que claramente demuestran que una persona acusada ha cometido en delito grave como una violación".

En todo caso, pese a las reticencias que plantea el carácter científico de los análisis de ADN, si nos encontramos ante vulnerables de derechos fundamentales la consecuencia que ha de hacerse derivar de ellas es evidente conforme al art. 11.1 LOPJ: la ineficacia y nulidad absoluta de las resoluciones judiciales que se fundamenten en dichas pruebas. Por el contrario, las pruebas irregularmente admitidas, esto es, con infracción de disposiciones procedimentales reguladas de la práctica reguladas de la práctica de diligencias que prueba, resultan, en principio, susceptibles de ser admitidas y valoradas si bien la adecuada ponderación de los intereses en juego (la verdad material por un lado, la tutela de la norma jurídica por otro) puede determinar en el juzgador la decisión de dar preeminencia al debido respeto procedimental en detrimento de la verdad material. Esta tesis intermedia por

un amplio sector doctrinal. También el TS parece haber acogido esta corriente y se muestra partidario de no estimar absolutamente irrelevantes las infracciones infraconstitucionales ocasionadas con motivo de la obtención de las fuentes de prueba. LA STS de 29 de marzo de 1990 (RJA 2647) estimaba de este modo: "cuando la ilicitud sea de rango inferior (a la violación de un derecho fundamental), en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debido hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia".

La tensión existente en la materia relativa a la prueba ilícita entre, por un lado, la eficiencia probatoria (sobre todo en las diligencias científicas de elevada objetividad como es la relacionada con el ADN) y, por otro lado, las exigencias derivadas del proceso con todas las garantías y respetuoso, a su vez, con los derechos fundamentales, se refleja igualmente en otros ordenamientos. Es el supuesto, por ejemplo, de la doctrina y la jurisprudencia alemanas donde se plantean serias dudas acerca de la extensión que ha de atribuirse a las prohibiciones de aprovechamiento probatorio (Beweisverwertungsverbote) derivadas de las prohibiciones probatorias (Beweisverbote). No existe en el ordenamiento jurídico alemán un precepto claro y de validez general equiparable al art. 11.1 LOPJ, sino que las exclusiones probatorias se hacen derivar de la propia StPO bien expresa o tácitamente) o bien de la Norma Fundamental. En ausencia de criterios generalmente válidos, se ha de partir del análisis concreto del ordenamiento procesal en busca de expresas prohibiciones de valoración probatoria. En todo caso, PETERS hace una primera distinción entre las Beweisverbote y la infracción de meras normas reguladora de la actividad (Beweisregelungen). Estas últimas deben conducir a la fluidez del procedimiento probatorio, sin que ello signifique la exclusión de la prueba. En la StPO existen algunas escasas manifestaciones de prohibiciones expresas que, indudablemente, no plantearán problema alguno: cabe mencionar el supuesto clásico de las prohibiciones de métodos de interrogatorio del § 136 a StPO y que deriva en una prohibición de aprovechamiento, o el incorporado más recientemente en el § 100b aprovechabilidad de las informaciones obtenidas como consecuencia de

la diligencia de control de las telecomunicaciones en un proceso distinto al que motiva dicha diligencia.

De lo hasta ahora apuntado cabe destacar que las medidas de análisis genético de los vestigios corporales hallados u obtenidos del inculpado o de terceros constituyen diligencias propicias para que en su desarrollo puedan verse lesionados los derechos fundamentales afectados en su práctica. Como acertadamente manifestaba el Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Genomanalyse", el Estado, en su función de lucha contra las nuevas modalidades y manifestaciones de la criminalidad, no sólo está facultado, sino que ésta obligado a servirse del auxilio de las modernas técnicas así como de los nuevos conocimiento y métodos de las ciencia, ya que no existe ninguna objeción procedente del Estado de Derecho para su empleo. Pero en conexión con esto-añade recogido el famoso aforismo- hay que observar con especial atención que el descubrimiento de la verdad en el proceso penal no se puede obtener a cualquier precio, sino que está limitado por el derecho general a la personalidad garantizado en el art. 2 (1) en relación con el art. 1 (1) de la GG (dignidad humana).

A. Algunas manifestaciones de ilicitud probatoria en materia de análisis de ADN

Pero si la consecuencia derivada de dicha infracción, esto es, que la vulneración de derechos fundamentales equivale a una exclusión de la eficacia probatoria de las diligencias que provocan aquella, es clara, no resulta siempre sencillo determinar cuando se ha producido dicha vulneración. Los supuestos que a continuación se relacionan no agotan las manifestaciones que con ocasión de la práctica de un análisis de ADN puede derivar en una ilicitud probatoria, pero son indicadores de la relevancia de actuar correctamente en la aplicación de aquéllas si se pretende evitar que se les prive totalmente de eficacia.

Muchos, por no decir todos, de los supuestos que se han de enumerar son consecuencias de la inobservancia del principio de proporcionalidad en sus más diversas manifestaciones. Conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, dicha observancia se erige en una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (SSTC 37/1989, de 15 e febrero, f.j. 8º 1/1994, de 17 de enero, f.j. 3º, 207/1996, de 16 de diciembre, f.j. 4º E; 49/1999, de 5 de abril, f.j, 7º).

f) La falta de previsión legal de los análisis de ADN

El primer presupuesto al que nos hemos referido al analizar los requisitos de legitimidad de la diligencia examinada ha sido la importancia de que las diligencias que inciden en los derechos fundamentales del individuo se encuentren previstas por el legislador. Dicha previsión constituye una garantía del ciudadano que se ve sometido a un proceso penal y no una mera formalidad. El destinatario en el proceso penal de las diligencias de investigación genética podrá de esta manera conocer en que supuestos y en que circunstancias puede verse sometido a ellas y, consiguientemente, controlar y, en su caso, impugnar la proporcionalidad y regularidad de las mismas.

Si de anteriores resoluciones del TC pudiera deducirse, tal como se ha deducido, que la ausencia de previsión, legislativa impide la admisibilidad de la diligencia en cuestión, la reciente STC 49/1999, de 5 de abril, supone un nuevo punto de inflexión al respecto. Tras proclamar que la insuficiencia de la ley "constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental" afirma, acerca de los efectos de las misma, "que si los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 CE se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales

dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas" (f.j. 5o). Tal como ha quedado indicado en su momento, compartimos la postura reflejada en el voto particular del Magistrado CRUZ VILLALÓN en el sentido de que la vulneración que supone la ausencia de previsión legal no puede ser "neutralizada" por medio de una actuación judicial respetuosa con el principio de proporcionalidad.

De todo lo indicado estimamos que la seguridad jurídica, entendida como manifestación del Estado de Derecho, exige que los análisis de ADN no pueden ser practicados en el proceso penal hasta que exista una regulación legal suficiente al respecto (entendido el término "ley" en sentido amplio comprensivo, tal como se deduce de la jurisprudencia del TEDH, de la labor interpretadora e integradora llevada a cabo por los tribunales).

g) La omisión de la intervención judicial

Al examinar lo presupuestos que rodean las diligencias de investigación genética ha quedado clara, igualmente, la convicción de que la misma quede reservada, en cuanto a su ordenación, a la autoridad judicial.

Dicha reserva judicial encuentra su justificación en la naturaleza fundamental de los derechos afectados pese a que, a diferencia de lo que ocurre con otras diligencias igualmente limitativas de derechos fundamentales como la entrada y registro en domicilio (art. 18.2 CE), no existe en el texto Constitucional idéntica reserva. Ésta es, también, la orientación seguida en las recientes reformas incorporadas sobre la materia en el Derecho comparado donde, incluso, se refuerza dicha reserva judicial al reducirse los supuestos en que por la urgencia pueda ponerse en peligro el éxito de la investigación.

La ausencia de intervención judicial en la aplicación procesal de los análisis de ADN ha de traducirse, en nuestra opinión, en la inadmisibilidad de los mismos al estimarse vulnerados aquellos derechos para cuya restricción se prevé la garantía judicial. La solución a adoptar no ha de diferir de la que se aplica en incumplimiento de este presupuesto en análogas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales: las interceptaciones telefónicas, las entradas y registros en domicilio o las propias investigaciones corporales, estrechamente vinculadas a los análisis de ADN. Como ha quedado expuesto en otro apartado, pese al silencio de la Norma Fundamenta, la resolución judicial ha de ser considerada a modo de presupuesto constitucional al objeto de estimar legítima la restricción en el derecho fundamental afectado. La ausencia de la solución judicial señalada derivará, por consiguiente, conforme al art. 11.1 LOPJ en la ineficacia de las pruebas obtenidas por vulneración del derecho fundamental a la intimidad genética.

La StPO alemana sí prevé expresamente en su § 81 f(1) que los análisis de ADN requieren exclusivamente de un mandato judicial para que puedan estimarse legítimos. EISENBERG es de la opinión de que, en ausencia de dicha orden judicial, los resultados obtenidos mediante el análisis genético no puede se utilizados en el proceso y en caso contrario puede fundamentarse un recurso de casación (Revisión) contra la resolución adoptada.

h) La ausencia i insuficiencia de la motivación de la resolución judicial

Del mismo modo que de la ausencia de resolución judicial en la ordenación de los análisis de ADN se infiere la ilicitud e inaprovechabilidad de los resultados obtenidos, las mismas consecuencias se han de derivar de la inexistencia o insuficiencia de motivación en aquélla, también en virtud del art. 11.1 LOPJ. La exigencia de la motivación no es una expresión formal (ATS de 18 de junio de 1992 - RJA 6106-) o una "elemental cortesía" (STC 85/1994, de 14 de marzo, f.j. 3º), sino que al tratarse de una resolución limitativa de derechos fundamentales, la motivación constituye una exigencia derivada de la proporcionalidad de la limitación.

Consecuentemente, el órgano jurisdiccional procede a plasmar en esta modalidad de resolución "el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida" (STC 207/1996, f.j. 4ºD).

La ausencia de motivación de la resolución por la que se ordenan las investigaciones genéticas ha de conducir irremediablemente a la ineficiencia de la diligencia misma, pues ha de interpretarse que se lesiona el derecho fundamental afectado por la medida en cuestión. Así lo estima el Tribunal Constitucional acerca de la diligencia de intervención telefónica al constatar que "la falta de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención, esto es, de las personas afectadas y del delito investigado así como la ausencia de una motivación específica y adecuada en el auto analizado, junto al carácter esencial de la misma para la adopción de tal resolución judicial habilitante de la intromisión en las comunicaciones, determina la infracción del artículo 18.3 CE" (SSTC 54/1996, de 26 de marzo, f.j. 8º, 49/1996, de 26 de marzo, f.j. 3º, 85/1994, de 14 de marzo, f.j. 3º, 49/1999, de 5 de abril f.j. 11.º). esta doctrina resulta, sin duda, plenamente aplicable a las diligencias de investigación genética y conduce forzosamente a la ineficacia de los resultados probatorios así obtenidos en virtud del art. 1.1 LOPJ.

i) La excesiva extensión de los análisis de ADN

Como ha quedado señalado a lo largo del presente estudio, el análisis de ADN con fines de esclarecimiento del hecho delictivo se caracteriza por recaer sobre un material que puede ser calificado de altamente sensible a la vista de la información que contiene. Por este motivo, se propugna la limitación del análisis al ámbito no codificante, pese a las dificultades que plantea la clara delimitación entre los diferentes ámbitos que puede constituir el contenido de un análisis de ADN. En definitiva, nos encontramos ante una nueva expresión del principio de proporcionalidad, más concretamente el subprincipio de necesidad, en el sentido de

que entre dos diligencias igualmente idóneas (aptitud de identificación) se ha de dar preferencia a la que limite en menor medida los derechos del ciudadano, a la menos lesiva.

Junto a los argumentos de carácter científico (el ADN no codificante resulta de mayor utilidad en el ámbito de la investigación criminal debido a su hipervariabilidad lo que le conviene en un instrumento apto para la identificación de los individuos) no puede ser ignorado el de la preferencia de la extensión menos lesiva: el ADN no codificante contiene información del portador del material; el ADN codificante permite desvelar una información que incide más intensamente en la esfera privada de la persona a quien corresponda el material.

El Tribunal Supremo Federal (BGH) y el Tribunal Constitucional (BverfG) alemanes han establecido con rotundidad un límite significativo entre ambas modalidades de análisis. Las injerencias en el derecho de la personalidad garantizado en el art. 2 (1) GG y las que operan en derechos que al no gozar de una consagración expresa se han hecho derivar del mismo (el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa), resultan proporcionadas sólo cuando se limita al ámbito no codificante señalado. Las distintas propuestas de reforma de la StPO ensayaron una labor de acoplamiento del ámbito de análisis genético, aunque sin emplear expresamente el término "no codificante". El nuevo § 81 e (1) incorporado definitivamente tras la reforma de la StPO, de 17 de marzo de 1997, dispone la inadmisibilidad expresa de las investigaciones que excedan de lo permitido en su frase primera, esto es, el recurso a las investigaciones de genética molecular necesarias para la determinación de la filiación o del hecho de que los vestigios proceden del inculgado o del herido. Como ha quedado señalado en su momento, la finalidad de esta limitación consiste en evitar que la investigación se extienda a las características genéticas y a otras características personales que suponen una injerencia en el núcleo absolutamente inviolable de la personalidad. ¿Qué consecuencias pueden derivarse de la práctica de una investigación excesiva?

En opinión de LEMKE resultan rechazables las determinaciones o constataciones relativas a estas informaciones adicionales; de haberse accedido a ellas no podrán ser divulgadas o incorporadas al proceso, por todo ello, "resulta inadmisibile su aprovechamiento en el proceso penal". EISENBERRG formula la misma propuesta de exclusión, con independencia de de que el conocimiento mediante el análisis genético de informaciones pertenecientes al ámbito reservado y absolutamente protegido de la personalidad haya tenido lugar de forma casual o inevitable (zufällig oder unvermeidbar). Haciendo nuestras las propuestas señaladas, entendemos que resultarán contrarios al derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa los análisis que excedan del ámbito no codificante.

El resultado que se pudiera derivar de esta injerencia es a nuestro juicio patente: la exclusión de toda eficacia probatoria a la información obtenida por desproporcionada en virtud del art. 11.1 LOPJ. Dicha propuesta supone la admisión de la doctrina elaborada por la jurisprudencia alemana (recientemente refleja en la StPO) y que se traduce en la configuración del ámbito codificante del ADN como un entorno protegido frente a toda posible injerencia. Admitimos plenamente dicha exégesis. Consideramos que la extensión del análisis genético al ámbito codificante implica una negación del principio de necesidad que se integra, a su vez, en el principio de proporcionalidad, pues existen otros medios menos lesivos en los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informativa -ámbito no codificante- que permiten alcanzar el mismo fin. Al resultar vulnerado el referido principio, incluso la resolución judicial que acuerde el análisis genético sería inválida. Consideremos oportuna una urgente regulación en el sentido más arriba indicado al objeto de evitar todo riesgo de extender las investigaciones genéticas más allá de lo que sea absolutamente imprescindible para la identificación del presunto culpable.

Puede estimarse también lesivo del principio de proporcionalidad, aunque no en su manifestación de necesidad, sino de la proporcionalidad en sentido estricto, la concesión de eficacia probatoria a los análisis de ADN practicados ante infracciones punibles carentes de la entidad suficiente como para justificar la injerencia que

supone el análisis genético. Como se ha indicado en su momento , la posibilidad de practicar conforme al ordenamiento además un análisis de ADN para el esclarecimiento de futuros hechos punibles que pudiera cometer el inculpado se subordinaba a la atribución a dichos delitos de la condición de hechos punibles de relevante significativo (Straftat von erheblicher Bedeutung). Si los perfiles de ADN se utilizan en perjuicio del afectado fuera de esta modalidad delictiva, considera EISENBERG que esta circunstancia es suficiente para fundamentar el correspondiente el correspondiente recurso de casación (Revisión).

j) Los análisis de ADN practicados sobre muestras obtenidas o conservadas subrepticamente

La finalidad última de los análisis de ADN consiste, por regla general, en contrastar los resultados correspondientes a los vestigios hallados en el lugar de comisión del hechos o en la víctima y los correspondientes a las muestras obtenidas directamente del imputado. En la medida en que la práctica de las intervenciones corporales, precisas en este último caso para la disposición del material biológico, genera no pocos inconvenientes en el supuesto del material biológico, genera no pocos inconvenientes en el supuesto de que la persona de la que han de extraerse las muestras manifieste su voluntad contraria, puede darse el caso de que se procesa subrepticamente a su obtención.

En la doctrina alemana, por ejemplo, mantiene EISENBERG la inadmisibilidad e inprovechabilidad de los análisis de ADN cuando las muestras o el material biológico necesario han sido obtenidos subrepticamente. En su opinión, dichas prohibiciones son aplicables cuando las muestras no han sido obtenidas del modo preceptuado por el § 81 e (1) StPO, esto es, mediante las intervenciones corporales del inculpado (§ 81 a StPO) o de quien no ostenta tal condición (§ 81 c StPO) rodeadas de las garantías correspondientes. Esta forma encubierta de obtener muestras corporales constituye una vulneración del principio constitucional de libre

autoincriminación (Selbstbelastungsfreiheit), ya que el inculpado contribuye a los medios de prueba involuntariamente o sin su conocimiento y se elude la reserva judicial legalmente exigida en la obtención de las sustancias corporales. La materialización de una investigación genética basada en sustancias biológicas obtenidas de esta manera inadmisibles entra plenamente en la consideración de prohibición de aprovechamiento (Verwertungsverbote). En España, FÁBREGA RUIZ no aprecia inconveniente a esta forma de obtención de material celular en caso de negativa de la persona afectada; señala que "si bien existe una importante oposición doctrinal, la jurisprudencia no ha cuestionado este tipo de investigación en que el inculpado de forma inconsciente aporta los medios de prueba.

Otra modalidad de obtención subrepticia puede darse cuando se pretenden aprovechar en el ámbito del proceso penal, y para la realización de análisis de ADN, muestras voluntariamente aportadas pero para finalidades diversas, por ejemplo, con finalidad médica. FÁBREGA RUIZ admite expresamente dicha posibilidad con referencia a los análisis de ADN. OCAÑA RODRÍGUEZ, aunque con ocasión de las pruebas de determinación de la filiación, se muestra igualmente partidario de utilizar en un proceso la información que permanece en posesión de un tercero al que el afectado sí ha aportado voluntariamente aquélla; considera dudoso que "el Juez, a instancia de parte o para mejor proveer, no pueda ordenar cualquier tercero que aporte estos datos al proceso ex artículo 8.1 de la LO 1/82 y 603 de la LEC: si el interés público autoriza la extracción de sangre (orden judicial siempre intimidativa, aunque no se le suponga coactiva), con mayor razón la aportación de estos datos en poder de terceros. HERRERO-TEJEDOR aborda la cuestión desde una perspectiva distinta, carente de desarrollo legislativo pese a la existencia de previsión constitucional específica al respecto y que padece de un defectuoso tratamiento en nuestras normas procesales. Nos referimos al secreto profesional y afirma al respecto el autor que "la intimidad del paciente es, pues, el bien jurídico protegido por el secreto médico. La intimidad debe ceder en casos concretos ante bienes que se consideran prioritarios". Como consecuencia, "si un Juez o Tribunal ordena razonadamente a un médico que declare en un proceso criminal acerca de datos

íntimos de su paciente que conoce por razón de su profesión, en principio el facultativo se encuentra obligado a responder".

Abiertamente en contra de esta posible utilización encubierta de las muestras o de la información obtenida con finalidad médica, se manifiesta RIVERO HERNÁNDEZ. Estima que "estos datos, muestras o elementos de prueba no se pueden obtener ni emplear sin el consentimiento de la persona a que pertenecen; en otro caso estaremos ante la llamada prueba prohibida o ilícitamente obtenida, y no podrá ser tomada en consideración por el Tribunal: será procesalmente ineficaz". El criterio que se ha de tomar en consideración es si ha habido o no vulneración de derechos o libertades fundamentales conforme al art. 11.1 LOPJ, y distingue al efecto dos situaciones: a) si ha habido revelación de datos conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela, "se habrá producido una intromisión ilegítima contra la intimidad (art. 7.4 LO de 5 de mayo de 1982), lo que constituye lesión de ese derecho fundamental: la prueba será ilícita con todas sus consecuencias"; y b) si no se produce tal revelación (llegan al proceso por azar o por intervención de persona ajena a la actividad profesional) ni la actuación correspondiente puede ser tipificada en ningún otro supuesto del art. 7 LO 1/1982, "no habrá intromisión ilegítima en la intimidad ni lesión de este derecho. La prueba biológica practicada con aquellos datos no habrán sido ilícitamente obtenida ni será ineficaz, a los efectos del art. 11.1 LOPJ".

La obtención subrepticia de muestras e informaciones procedentes del ámbito sanitario para su aplicación concreta como fundamento de los análisis genéticos, ha merecido la consideración de la Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Europa. Más concretamente en el párrafo segundo de su recomendación 8ª se dispone que "las muestras obtenidas de personas vivas para realizar análisis de ADN con fines médicos, y las informaciones obtenidas de las investigaciones y persecuciones penales, salvo en el caso de que esté expresamente previsto por el Derecho interno". De la lectura del memorando explicativo que acompaña a dicha Recomendación cabe complementar que las salvedades a este principio pueden ser aquellas en las que el paciente presta su consentimiento o en las que el secreto

médico ha de ceder en casos graves conforme al Derecho nacional.

La proposición de Ley presenta por el Grupo Parlamentario Popular (21 de febrero de 1995) constituye claramente una traslación de la Recomendación del Consejo de Europa mencionada en el párrafo anterior. Como consecuencia, contiene una previsión análoga a la indicada en el principio 8°. En concreto, dispone su art. 3, tras pronunciar que las muestras obtenidas para el análisis de ADN no podrá ser destinadas a fines distintos de los establecidos en la Proposición salvo consentimiento informado del afectado, que si "podrán utilizarse como prueba para investigar la autoría de delitos cuando así lo acuerde en el correspondiente procedimiento penal el juez competente conforme a lo que dispone el artículo 4º de esta Ley". Parece que dicha mención pretende ser la norma habilitante en el Derecho interno a que se refiere el principio 8° de la Recomendación.

También puede disponerse subrepticamente de muestras corporales simplemente porque no se han destruido dándose los presupuestos necesarios para ello. Se ha citado con anterioridad el caso R. v. Cooke en el que no se estimó adecuada la aplicación de la section 78 PACE que dispone la exclusión de las pruebas obtenidas indebidamente. Ello permitió que se utilizara la huella genética obtenida del acusado en un caso concreto, que no prosperó y por tanto debería haberse sido destruida, en el esclarecimiento de un caso de violación previo que permanecía sin resolver. En otro caso similar (R. v. Nathaniel), acaecido también en Gran Bretaña, se considero sin embargo oportuna la aplicación de la section 78 PACE y la consecuente exclusión de la prueba así obtenida. T fue víctima en octubre de 1989 de un robo acompañado de violación y describió al autor como una persona afro-caribeña con un lunar en medio de la frente. Dos años mas tarde fue detenido Nathaniel como sospechoso de la violación de dos estudiantes danesas y se sometió voluntariamente a una extracción de sangre conforme a la section 62 PACE. Pese a que el tribunal secreto la exculpación de Nathaniel en esta doble

violación no se procedió a destruir su perfil de ADN y se incorporó al fichero de la Policía Metropolitana donde se confirmó la coincidencia de la huella genética del sospechoso exculpado y la recogida en la violación no esclarecida hasta ese momento de T. se obtuvo una nueva muestra corporal del sospechoso y éste fue condenado en primera instancia por la violación, y robo de T. el Tribunal de Apelación (Court of Appeal), sin embargo, dejó sin efecto la sentencia condenatoria dictada en primera instancia por aplicación de la section 78 PACE.

En la doctrina alemana, estima igualmente EISENBERG que en los supuestos en que se conservan muestras corporales de un proceso penal, que deberían haber sido destruidas, en un posterior proceso penal resulta aplicable una Verwertungverbot. Especialmente rechazable consiste la consideración de muestras corporales como vestigios biológicos hallados o asegurados cuando se conoce la persona de quien proceden. En este último supuesto las muestras habrían de ser destruidas cuando, siguiendo el principio general, no resulten necesarias en el. Proceso en que fueron obtenidas o en otro proceso pendiente. Cuando merecen la consideración de vestigios hallados y asegurados pueden, en cambio, conservarse conforme al § 81 e (2) StPO. En España defiende CHOCLÁN MONTALVO que en ausencia de ley reguladora al respecto "aquellos datos analíticos obtenidos de muestras facilitadas por el acusado no podrán ser utilizados con finalidad distinta, ni siquiera en otro proceso penal, (...) no es posible la cesión entre órganos judiciales de la información genética que se encuentre a disposición en algunos de ellos con la finalidad de ser utilizada para la averiguación de casos no resueltos.

En su caso. Deberá recabarse nuevamente el consentimiento del acusado en el proceso en el que se pretenda practicarse la pericia.

D. Las huellas genéticas derivadas de una intervención corporal nula (el efecto reflejo de la ilicitud probatoria)

Las investigaciones genéticas constituyen, por regla general, actuaciones posteriores a la intervención corporal consistente en la extracción de sangre, semen, cabellos u otros tejidos de contenido celular. Puede ocurrir que en la práctica de las intervenciones corporales previas realizadas para la obtención del material biológico necesario se haya lesionado alguno de los varios derechos fundamentales que resultan afectados en la ejecución de aquellas. Como consecuencia de la aplicación del art. 11.1 LOPJ las intervenciones corporales carecerían de toda eficacia probatoria, pero en cuanto ahora nos interesa ¿se extendería dicha ineficacia a los posteriores análisis de ADN? De admitir la doctrina que propugna la teoría de los efectos reflejos o indirectos o de los frutos del árbol envenenado (fruits of the poisonous tree doctrine) la huella genética obtenida a partir de una intervención corporal vulneradora de derechos fundamentales resultaría igualmente viciada y carecería, del mismo modo, de toda eficacia.

Esta interpretación parece la adecuada atendiendo al empleo por el art. 11.1 LOPJ de la expresión "directa o indirectamente". La doctrina mayoritaria ha considerado que la utilización por el art. 11.1 LOPJ del término "indirectamente" permite fundamentar legalmente la recepción en España de la doctrina de los frutos del árbol envenenado procedente de la jurisprudencia de los EE. UU. , esto es, la exclusión de las pruebas obtenidas legítimamente (no hay una vulneración directa) pero que traen su causa de otras en las que sí se ha producido dicha vulneración (vulneración indirecta) siempre, claro está, "que exista una relación causa-efecto, o no que al primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo de manera que pueda afirmarse clara y rotundamente que el segundo es consecuencia del primero.

Siendo mayoría la posición doctrinal arriba reseñada conviene matizar que la misma no es absolutamente pacífica. PASTOR BORGONÓN considera que los actos de investigación realizados conforme a la ley, aunque motivados por

informaciones conseguidas como consecuencia de una conducta inconstitucional, "no suponen una vulneración indirecta de un derecho o libertad fundamental, ya que no implican una restricción al mismo mediante actos interpuestos". Participa de la opinión de que la responsabilidad civil, administrativa y penal que puede derivarse de una actuación atentatoria contra derechos fundamentales es lo suficientemente grave como para desplegar todos sus efectos disuasorios; así como la relativa facilidad para provocar la nulidad de los actos de investigación induciendo al investigador a la comisión de actos vulneradores, lo que generaría situaciones totalmente injustas. Parece, en nuestra opinión, más acertada la interpretación sostenida por la mayoría de la doctrina. Los inconvenientes aducidos por quienes mantienen la posición crítica (hipotéticas situaciones injustas provocadas por las ilicitudes inducidas o restricciones al derecho a la prueba) resultan de menor entidad que los que ocasionarían la exclusión del efecto reflejo de las ilicitudes probatorias. Como acertadamente señala ASENSIO MELLADO, el "acogimiento de esta norma (se refiere al término indirectamente recogido en el art. 11.1 LOPJ) tiene su fundamento en evitar la reducción del precepto a la nada en tanto que, de no ser así, la sanción de los derechos fundamentales o sería únicamente formal, no real o material". De no existir la posibilidad de acoger la doctrina de los efectos reflejos o del fruto del árbol envenenado, quedarían absolutamente vacías de contenido las prohibiciones o exclusiones probatorias basadas en la vulnerabilidad del derecho fundamental, pues podrían éstas eludirse acudiendo a otras fuente de prueba que traen causa de la ilícita.

Esta es la posición mantenida también por el TS al indicar que la "prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido ilícitamente, rebasan, apoyan o derivan de la anterior ("directa o indirectamente"), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a

la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar y están (art. 11.1 de la LOPJ), jurídicamente contaminados". El TC se ha decantado igualmente por esta interpretación extensiva (SSTC 81/1998, de 2 de abril; 49/1999, de 5 de abril).

En definitiva, cuando se estime que la extracción u obtención del material celular necesario para la práctica de la huella genética ha vulnerado algún derecho fundamental (integridad física, intimidad, etc.), los posteriores análisis genéticos que se practiquen sobre dicho material quedarán igualmente viciados o contaminados y en virtud del art. 11.1 LOPJ resultarán ineficaces. Como fundamento de lo señalado puede traerse a colación la STS de 21 de junio de 1994 (RJA 5216) donde la nulidad de la intervención corporal previa provoca la ineficacia de la posterior prueba de ADN. La extracción hematológica previa es considerada por el TS vulneradora de los derechos fundamentales: teniendo en cuenta que resulta necesario el consentimiento del afectado para proceder a la extracción de sangre ante la imposibilidad de recurrir a la vis compulsiva, aquel resulta viciado como consecuencia del empleo por los requirentes (Oficial en funciones de Secretario del Juzgado de Instrucción) en el ofrecimiento realizado al imputado de la fórmula "con fines exculpatorios" que en consideración del TS constituye una fórmula cercana al dolo. Concluye el TS con que, "consecuentemente, por aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ tal prueba de ADN o DNS deba estimarse como inexistente y sin posible consideración por el juzgador.

3. La valoración como prueba de los resultados genéticos

Analizadas las cuestiones que pueden surgir en torno a la eficacia de las investigaciones genéticas como consecuencia de su ilicitud, esto es, de la vulneración de los derechos o libertades fundamentales del afectado, procede examinar las particularidades que su valoración como prueba puede plantear. Las principales cuestiones que abordaremos tienen en común o como punto de partida

el carácter altamente científico de las técnicas genéticas. De este elemento característico surgen, en primer lugar, las dudas relacionadas con el propio método científico y la capacitación de las personas o laboratorios que han de aplicarlos, pues se requiere un elevado grado de especialización desde la despectiva del personal y una gran disponibilidad de medios materiales. En relación con el método, la inicial infalibilidad con que fueron considerados los análisis genéticos en su aplicación forense, derivó en posterior suspicacia tras constatarse la existencia de importantes deficiencias en algunas causas criminales acaecidas en los países anglosajones. Se han procurado solventar estas dificultades recurriendo a una estandarización del método empleado (incluso a nivel internacional) uniformizando los loci que se han de analizar, las sondas que se utilizan, etc. Todo ello permite un adecuado control de calidad, así como la evitación y corrección de posibles errores. En cuanto a los laboratorios capacitados para la realización de los análisis de ADN, se han aplicado análogos criterios de homologación de los mismos aunque han surgido otros problemas relacionados con la presunción de objetividad e imparcialidad que la más reciente jurisprudencia de nuestros Tribunales atribuye a las pericias practicadas organismos oficiales sin necesidad, en principio, de ratificación en el juicio oral.

Finalmente, el carácter científico de las técnicas de ADN incide en el principio de la libre valoración de las pruebas que, atendiendo a la innegable objetividad de aquéllas, podría pensarse reducen las facultades del órgano decisor en la valoración probatoria. Como tendremos ocasión de comprobar, no se produce tal menoscabo en las facultades del juzgador a la hora de valorar las pruebas, es más la labor de éste en el cálculo de probabilidades que le presentará el perito está lejos de ser considerada pasiva. Además, los resultados genéticos merecen en la mayoría de los casos la consideración de meros indicios que deberán ser apreciados por el juzgador conjuntamente con las restantes evidencias.

3.1 Los informes científicos de organismos oficiales

Las investigaciones que recaen sobre el ADN del individuo, fundamentalmente la elaboración de la huella genética, por sus particulares exigencias de medios técnicos especializados y de personal profesional igualmente especializado, se encomiendan regularmente a Institutos y Organismos oficiales. La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha consagrado una particular doctrina acerca de la eficacia probatoria que cabe otorgar a los informes elaborados por estos Organismos oficiales. La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha consagrado una particular doctrina acerca de la eficacia probatoria que cabe otorgar a los informes elaborados por estos Organismos especializados. El resultado último de dicha doctrina puede resumirse en la concesión prima facie de eficacia probatoria, sin necesidad de contradicción procesal a los informes y dictámenes emitidos por estos organismos. Tratándose de informes emitidos por organismos oficiales que satisfagan las características que a continuación señalaremos, se atribuyen, en principio, eficacia probatoria a dicho informe o dictamen sin necesidad de que las personas que lo elaboraron hayan de comparecer en juicio y someterse a la contradicción de las partes.

Las razones de que no sea precisa, en principio, la presencia y disposición de los intervinientes en los análisis encomendados para atribuir eficacia probatoria a sus informes, no radica tanto en la irrepitibilidad de los análisis, sino en razones de "operatividad del sistema procesal, o si se quiere en razones de "operatividad del sistema procesa, o si se quiere en razones de oportunidad o de practicidad, porque los funcionarios de dichos Institutos, Gabinetes y Laboratorios no podrían atender a su cometido si tuviera que acudir a Juzgados y Audiencias de todas la Nación a ratificar sus informes en los juicios orales.

Junto a las dificultades señaladas, ¿qué argumentos cabe esgrimir para otorgar una especial eficacia probatoria a dichos dictámenes sin necesidad, en principio, de su ratificación en juicio?. LA jurisprudencia de nuestros Tribunales ha destacado una

serie de notas características que concurren en los Organismos oficiales mencionados y que permiten atribuir una excepcional eficacia a su actividad. Por un lado, cabe resaltar unas notas técnico-materiales más próximas al hecho de la dificultad (que no imposibilidad) de reproducir la operación: los altos niveles de especialización tanto de los Organismos en si como del personal que forma parte de los mismos, la elaboración colegiada y no unipersonal de la actividad -el dictamen es frecuentemente el resultado de la colaboración de varios especialistas en fases diversas del método- y la adscripción a organismos dotados de los costosos medios que exigen las modernas técnicas de análisis criminalístico. Junto a éstos destacan otros rasgos característicos: objetividad, imparcialidad e independencia de que gozan los organismos oficiales. Mientras que en los procedimientos ordinarios se procura garantizar los rasgos anteriores mediante la reacusación de los peritos judicialmente designados, en los informes oficiales este objetivo se alcanza gracias a la permanencia e inamovilidad del funcionario público y al alejamiento respecto del caso concreto.

El hecho de que se reconozca eficacia probatoria al informe oficial sin necesidad de su ratificación en el juicio oral ha sido matizado desde un principio. Esta circunstancia no impide, tal como ha reconocido nuestra Jurisprudencia, que quienes se consideren perjudicados pueden impugnar los informes o negar sus conclusiones conservando incólumes sus posibilidades de contradicción en la fase de plenario. A estos efectos, el afectado puede impugnar la imparcialidad, objetividad del dictamen, ya que permanece abierta la posibilidad, objetividad del dictamen, ya que permanece abierta la posibilidad de reacusación, o la competencia profesional del técnico, así como someterlo a contradicción si conviniere a su derecho, quedando de este modo garantizado su derecho a la defensa (poniendo en duda el contenido del mismo, la veracidad y autenticidad del objeto sobre el que habría de recaer la pericia, su valoración, la validez, pureza y transparencia de la pericia en sí, etc.). En caso de disconformidad con los resultados del dictamen oficial, las partes interesadas podrían asumir cualquier iniciativa tanto en la fase de instrucción como en la de juicio oral (escritos de calificación provisional y de acusación y defensa)

solicitando aclaraciones o instando la comparecencia de alguno de sus funcionarios especialistas, así como proponiendo prueba pericial al respecto. De no ser así, si no se impugna el contenido del dictamen, ni la falta de imparcialidad de los peritos, su incorporación al proceso tendrá lugar como prueba preconstituida documentada, que no documental como ha venido ha precisar el TC en la sentencia 24 /1991 (f.j. 3º) aunque, al respecto, sean numerosas las resoluciones que se refieren al informe pericial oficial practicado en la instrucción como prueba documental.

La prerrogativa concedida a los informes periciales practicados por organismos oficiales es objeto de crítica por ciertos autores. Así, aduce PEDRAZ PENALVA que "se falsea lo que es la prueba preconstituida pero, sobre todo, se desconoce, al menos aparentemente, lo que significa la exigencia normativa de ratificación en juicio oral del perito y, de esta manera también el verdadero sentido del art. 741 LECr. No se trata solamente, vía ratificación, de facilitar al inculpado una oportunidad de contradecir lo hecho y/o dicho por el perito, sino básica y esencialmente de posibilitar la inmediación: es decir, que el Tribunal pueda ponderar de un modo directo, por sí mismo, el material probatorio que ha de servir para fundar su convicción". Pero no es la merma de la contradicción y la inmediación el único argumento obstativo alegado por dicho autor, se produce, también en su opinión, una intervención de la carga de la prueba "en la medida en que corresponde al imputado no sólo reclamar la presencia personal de los autores en el juicio oral sino destruir la afirmación contenida en los mismo si no quiere ser condenado". Sumándose a las críticas, aprecia MARCHENA GÓMEZ una ignorancia de las previsiones de la LECrim. en materia de prueba pericial que "refleja un sistemática preocupación legislativa por garantizar, desde la fase inicial de investigación, las exigencias inherentes a los principios de contradicción y defensa".

Consideramos también que relegar la efectividad del contradictorio al momento del juicio oral puede no ser la solución mas adecuada. La defensa del imputado perseguirá como objetivo cuestionar la calificación personal de los técnicos o el resultado de los análisis de ADN, pero al carecer de los conocimientos precisos para

apreciar cualquier posible error o insuficiencia en la elaboración del dictamen, retrasar al juicio oral la oportunidad de interrogar al perito que haya participado en la elaboración del dictamen, no sólo es excesivamente tardía como señala DAHS, sino que resulta además insuficiente. Teniendo en cuenta el excepcional valor que se atribuye en la praxis judicial a los dictámenes de este tipo, el acusado ha de poder defenderse en cada momento procesal de la mejor manera posible para conseguir la igualdad de armas (*Waffengleichheit*), a que se refiere SARSTEDT, en la práctica de tan importante medio de prueba como el informe técnico-criminal. La igualdad sería más fácilmente alcanzable si el imputado y su defensor pudieran acceder y examinar inmediatamente después de practicada la pericia los resultados de la misma para proponer en su caso una contrapericia o cuando menos disponer de la posibilidad del procedimiento científico y los resultados obtenidos.

El Consejo de Europa ha sido igualable consciente de esta limitación y en su Recomendación N° R (92) 1 sobre el uso del ADN se refiere con la expresión *equality of arms* a que "los Estados deberían asegurar que el análisis de ADN en tanto que medio específico de prueba sea accesible al mismo modo de defensa, ya por decisión de una autoridad judicial, ya por intermediación de un experto independiente. Cuando la cantidad de materia disponible para el análisis es limitada, habrá que velar para que los derechos de la defensa no sean menoscabados". Aclarar en su Explanatory memorando que la Recomendación obedece a que los códigos de procedimiento penal son diferentes en los Estados miembros y, en particular, a que "el sistema de investigación y acusación es diferente en los Estados que aplican el sistema acusatorio (*adversarial system*) y aquéllos en que se aplica el sistema inquisitorial".

La incorporación al juicio del informe o dictamen relativo a la huella genética ha experimentado idéntica evolución en el Derecho alemán. Ab initio rige el principio de *numerus clausus* cuando se trata de la constatación de las circunstancias relevantes respecto a la comisión del hecho, a la culpabilidad del autor y a la gravedad de la pena. En estos casos sólo puede recurrirse a los medios de prueba legalmente

establecidos, pero como han señalado los autores que se han ocupado del tema, la huella genética (genetischer Fingerabdruck) no puede ser comprendida de forma inequívoca y excluyente en uno de los cinco medios de prueba mencionados, sino como resultado de la combinación de varios de ellos aunque siempre con preeminencia de la pericial. Su incorporación al juicio oral puede también materializarse o simplemente complementarse con otros medios probatorios. Así, señala GÓSSEL la posibilidad de proceder a la lectura del informe como prueba documental conforme al § 256 (1) StPO -donde se hace expresa mención a los dictámenes de los médicos del Servicio Médico-Forense, sobre cantidad de alcohol en sangre, de carácter hematológico, etc. - . Puede resultar también necesario examinar como testigo funcionario encargado de recoger y trasladar los vestigios biológicos para determinar la existencia de posibles alteraciones o disminución de la calidad probatoria de las muestras. Por último, puede resultar también posible que el Tribunal intente una inspección ocular judicial para convencerse de la identidad de las huellas genéticas correspondientes a los vestigios hallados en el lugar del delito o en la víctima y a las muestras extraídas del inculpado.

La incorporación de la huella genética como medio de prueba se realiza también en Gran Bretaña en la forma de una prueba pericial (excepcionalmente acompañada de inspección ocular o reconocimiento judicial), en la que se entremezclan las dos modalidades en que se dividen las pericias: por un lado una dimensión de test científico, evidente en los análisis de ADN; por otro lado la valoración que corresponde hacer de los resultados (la denominada opinión evidence).

Nos parece oportuno detenernos en una de las notas características que han de concurrir en los Organismos señalados al objeto de atribuir eficacia probatoria a sus dictámenes, en principio, sin necesidad de ratificación. Se les presupone por la jurisprudencia española una situación de neutralidad que garantiza, salvo que las partes estimen lo contrario, la objetividad, independencia e imparcialidad en los dictámenes que hayan de emitir. Se hace referencia en ocasiones al alejamiento respecto del asunto en cuestión y en otras a la permanencia e inamovilidad del

funcionario encargado de la pericia. Los Organismos a los que se viene encomendando la práctica de esta modalidad de análisis en España, siendo en su gran mayoría de carácter público, gozan de naturaleza muy diversa: junto al Instituto Nacional de Toxicología, son mayoría las Cátedras e Institutos universitarios. Algunos se configuran por su estatuto jurídico como auténticos auxiliares de la Autoridad Judicial en su labor de indagar el hecho delictivo, por ejemplo, el Instituto Nacional de Toxicología o los Institutos de Medicina Legal (art. 505 y 506 LOPJ). Pero existen también Organismos dependientes de los distintos cuerpos policiales. No existen motivos fundados para dudar de la imparcialidad de ninguno de ellos, pero la proximidad de los laboratorios policiales respecto de los órganos encargados de la investigación y persecución de los delitos puede originar ciertas dudas acerca de la imparcialidad y neutralidad de sus informes.

Mayores reticencias se han planteado en algún país (Alemania fundamentalmente) acerca de los Organismos dependientes de los cuerpos policiales. No hay que olvidar que, a diferencia de otras modalidades periciales especializadas (balística, estupefacientes), los análisis de ADN recaen sobre muestras relacionadas con personas y que de ellas se puede obtener información no sólo neutral (no codificante), sino otra que puede incidir más intensamente en la personalidad por dejar al descubierto tanto a la represión como a la prevención del delito. Al corresponder a la policía la función preventiva del delito, puede existir motivo para pensar en la existencia de un interés en indagar más allá del simple ámbito no codificante o en crear bases de datos conteniendo más información o de naturaleza distinta a la admisible.

Advierte en este sentido LLEDÓ YAGÜE del riesgo de la ampliación de las medidas policiales de identificación y prevención hasta englobar la adquisición de características genéticas individuales. En vista de las posibilidades que ofrece el análisis de ADN ha de reconocerse el posible uso torticero mediante el empleo de los análisis genéticos como instrumento de control social y de segregación de capas enteras de la población.

3.2 La cuestionada fiabilidad de los análisis de ADN: problemas iniciales y recomendaciones para solucionarlos

El impacto que las modernas tecnologías, entre las que cabe incluir la genética forense, han causado en la tarea de esclarecimiento de la actividad delictiva puede ser considerado, sin ningún género de dudas de revolucionario. Pero también es cierto que la base científica que apoya los modernos métodos genéticos es susceptible de generar falsas expectativas en orden a su valoración probatoria si se deslinda absolutamente de la adopción de una serie de garantías que afectan a la regularidad con que ha de desarrollarse el procedimiento científico. La huella genética presenta alguna similitud con la huella dactilar; así como se ha indicado que es muy remota la posibilidad de que coincidan varias personas con idénticas crestas dactilares, se ha señalado igualmente que, salvo los gemelos univitelinos, resulta extremadamente difícil la existencia de dos personas con idéntico código genético. El análisis de los polimorfismos de ADN permite afirmar, al menos teóricamente, que los vestigios biológicos hallados en la secuencia del crimen o en la propia víctima, coinciden prácticamente con los obtenidos del inculpado siempre, claro está, que procedan de la misma persona. Las posibilidades de identificación de una persona mediante su ADN son superiores en grado superlativo a las permitidas por cualquier otra técnica existente en la actualidad. Los métodos científicos necesarios para que se materialice lo hasta ahora señalado han sido también desarrollados. Estas circunstancias han alimentado en los operadores jurídicos el mito de la infalibilidad y de la certeza absoluta de los análisis genéticos como instrumentos de identificación. Este entusiasmo se ha visto, en cambio, relativizado como consecuencia de los errores provocados por una precipitada introducción de esta modalidad pericial y sin la adecuada regulación ni seguridad.

De este modo, el extraordinario valor que se atribuía al ADN como prueba en la formación de la convicción de los Tribunales se ha visto tambalear. Sin perder la perspectiva jurídica caben varias apreciaciones que inciden en la futura valoración probatoria de los resultados obtenidos. Por un lado, las que hacen referencia al

método científico empleado en los análisis de ADN y que pueden reducirse a la cuestión de si la investigación genética, y más correctamente el análisis de los polimorfismos de ADN al objeto de la identificación de personas, ha alcanzado el grado de perfeccionamiento suficiente para atribuir a sus resultados un nivel admisible de incuestionabilidad. Superadas estas primeras deficiencias y admitió el recurso a las técnicas de ADN en las labores de identificación de personas, puede ocurrir que la aplicación de las mismas en el supuesto concreto resulte defectuosa bien porque el método no se ha aplicado correctamente, bien porque el objeto sobre el que ha de recaer el análisis (vestigios biológicos) no lo permite debido a múltiples circunstancias: el mal estado de conservación de la muestra, la insuficiencia de la misma, la contaminación, etc. Finalmente los resultados científicamente obtenidos han de ser "traducidos" al lenguaje jurídico al que están irremediabilmente destinados para su comprensión, no hay que olvidar que se trata de una materia altamente especializada de la que carecen tanto el órgano judicial como las partes del suficiente conocimiento.

Acerca de la fiabilidad del método de análisis de ADN al objeto de la identificación -sin ninguna pretensión de ahondar en cuestiones científicas- parece oportuno traer a colación el caso *Castro v. New York State* en el que se rechazó el informe elaborado por los laboratorios privados Lifecode de los que resultaba una elevada coincidencia entre los patrones de ADN hallados en las víctimas y los procedentes del acusado señor Castro. En este y en otros casos análogos, todos ellos ocurridos en los EE. UU., los análisis de ADN no superaron los denominados Frye-Test que reciben la denominación del asunto *Frye v. United States*. En este caso había de resolverse acerca de la admisión o exclusión del detector de mentiras como prueba en un homicida y el criterio formulado por el Tribunal venía a condicionar la admisibilidad de un método científico nuevo a que se encontrara lo suficientemente consolidado como para ser aceptado por la comunidad científica la que pertenece {"...must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs"). Las Frye-Hearings han sido objeto de crítica en la doctrina Norteamérica en base, por un lado, a su carácter

excesivamente restrictivo y conservador, por un lado, a su carácter excesivamente restrictivo y conservador, pues induce a excluir pruebas fundadas en métodos y principio que puedan ser válidos pero que no están todavía generalmente admitidos por su novedad y originalidad; así como, por otro lado,, por su dudosa aplicabilidad tras la entrada en vigor el año 1975 de las Federal Rules of Evidence. Se destaca igualmente la imprecisa extensión de los Frye-Test, pues no resulta siempre suficientemente claro que aspectos del nuevo método han de ser analizados, es decir, los fundamentos más básicos o también su ejecución contados, es decir, los fundamentos más básicos o también su ejecución concreta. Estima REDMAYNE que la reciente decisión del Supreme Court en el caso Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals revisa esta doctrina y vuelve al enfoque de la relevancia de la prueba en el asunto en cuestión (relevancy approach). Insiste la resolución que la admisibilidad del método científico se decidirá conforme a la rule 702 de la Federal Rules Evidence donde se subordina el testimonio del experto a que el conocimiento científico, técnico o especializado pueda auxiliar al juez de los hechos a entender la evidencia o a determinar el hecho en cuestión.

El caso Castro y otros coincidentes han generado un debate que culmina en épocas recientes en una política de dediciones científicas consensuadas acerca de la idoneidad y regularidad de los métodos de ADN, no sólo a nivel nacional sino incluso internacional. La base de esta política descansa en la obligada estandarización del método. Apunta CARRACEDO ÁLVAREZ que son cientos los polimorfismos de ADN minisatélite descritos que pueden ser detectados con decenas de enzimas de restricción diferentes; si cada laboratorio empleara sus propias enzimas y sondas sería enormemente difícil constatar un resultado en otro laboratorio y se imposibilitaría la realización de contrapericias o segundas opiniones. Idéntico desvelo se deduce de la Recomendación N° R (2) 1 del Consejo de Europa sobre la utilización del ADN. La Recomendación 10^a acerca de las normas técnicas señala que "los Estados miembros deberían alentar la normalizaron de métodos de análisis de ADN, tanto a escala nacional como internacional. Esta normalización podría obligar a los distintos laboratorios a colaborar en materia de homologación de

los procesos de análisis o de control".

Este proceso de estandarización ha cuajado en la consolidación de asociaciones, frecuentemente de nivel supranacional, que persiguen como objeto la homologación de métodos y sistemas de análisis de ADN, así como la aplicación de adecuados controles de calidad. Se crearon de este modo el TWGDAM (Technical work group for DNA analysis and methods) en los EE. UU. y en Europa la EDENAP (European DNA profiling group) que se convirtió en grupo de trabajo de la ya existente ISFH (Internacional Society for Forensic Haemogenetics) a nivel europeo y que cuenta con un grupo español constituido en 1986. el proceso de estandarización ha pasado progresivamente por uniformizar las sondas y las enzimas de restricción empleadas y posteriormente las condiciones electroforéticas y de lectura de los resultados obtenidos. Gracias a las recomendaciones que sobre el empleo de polimorfismos genéticos en la práctica forense emite los organismos mencionados, será posible no sólo garantizar un mínimo de fiabilidad científica en la aplicación del método, sino básicamente evaluar a posteriori mediante los controles de calidad que posibilita la estandarización, la fiabilidad de los resultados obtenidos y, en su caso, solicitar la práctica de un nuevo análisis o contraexamen.

Este proceso de estandarización y el establecimiento de controles de calidad garantiza la fiabilidad del proceso. Hemos señalado supra que esta circunstancia constituye una preocupación prioritaria en la actualidad. Por este motivo, la Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Europa establece en su número 6o, partiendo igualmente de la complejidad del procedimiento científico de análisis de ADN, una serie de criterios a observar por los laboratorios que hayan de asumir la tarea entre los que destaca junto a un nivel elevado de conocimiento y de competencia profesional, el resultado a "procedimientos adecuados de control de calidad".

El Bund-Lander-Arbeitsgruppe " se hace eco también en su informe del hecho de que la práctica de los análisis de ADN requiere una formación profesional y técnica pero fundamentalmente unos medios técnicos que, por su carácter limitado y costoso, no son fácilmente disponibles. Será necesario, por consiguiente, delegar esta labor en laboratorios que cuenten con personal y los medios adecuados. Esta comisión considera deseable que se adopten las medidas necesarias para asegurar que se encomienda esta modalidad de investigación a entidades fiables y suficientemente dotadas.

Las Recomendaciones del Consejo de Europa recibieron como en la Proposición de la Ley presentada por el Grupo Parlamentario popular el 21 de febrero de 1995. Dicha Proposición condicionaba la atribución del análisis de ADN a la homologación del laboratorio atendiendo a su experiencia y acreditación, así como al sometimiento a controles de calidad periódicos. La mas reciente Proposición no de Ley presentada por el mismo Grupo Parlamentario (5 de mayo de 1998) insiste en su Exposición de Motivos que resulta necesario regular la acreditación de los laboratorios de análisis de ADN, "siendo el Ministerio de Sanidad de homologación y acreditación de las instalaciones sanitarias; aunque serán las Comunidades Autónomas que tengan transferidas las competencias quienes deban autorizar la apertura de centros y servicios, así como la inspección, y acreditación de los mismo dentro del ámbito de la Comunidad".

El fracaso de la Proposición de Ley indicada ha dejado huérfana de regularon una materia tan trascendental en el ordenamiento español. En Francia ha cuajado, por el contrario, una regulación detallada y precisa acerca de la identificación mediante la práctica de la huella genética. La reciente Ley núm. 94-653, de 29 de julio de 1994, incorpora al Código Civil francés en el Título I del Libro I un nuevo Capítulo (III) que lleva por rúbrica "Del estudio genético de las características de una persona y la identificación de una persona por sus huellas genéticas".

El nuevo art. 16-11 del Código Civil sirve como marco normativo al admitir expresamente la posibilidad de materializar la identificación de una persona por sus huellas genéticas en el ámbito de las diligencias de una investigación o instrucción dentro de un procedimiento judicial. La especificación de los organismos autorizados se hace en el art. 16-12 del Código Civil cuando dispone que "están solamente habilitadas para proceder las identificaciones mediante huellas genéticas las personas que hayan sido objeto de aprobación (agrément) en las condiciones fijadas por el decreto en Consejo de Estado". De este nuevo precepto se deduce que las personas físicas o jurídicas que procedan a la práctica de huellas genéticas al objeto de la identificación de una persona han de reunir una serie de requisitos que se preverán mediante Decreto y que suponen una especie de reconocimiento de aptitud.

El mismo precepto, art. 16-12 del Código Civil, se completa con una especial alusión cuando se trata de una actuación en el marco del procedimiento judicial. En este caso, "estas personas han de estar, además, inscritas en una lista de peritos experts) judiciales". Esta última referencia no constituye ninguna novedad en la medida en que el Code de Procédure Pénale ya viene señalado en su art. 157 que los peritos son elegidos de entre las personas físicas o jurídicas que figuran en la lista nacional establecida por la oficina de la Cour de cassation o en alguna de las listas remitidas por las diversas Tours d'appel. No obstante, el apartado 3º del art. 157 de la CPPf introduce una atenuación de la obligación señalada al disponer que "a título excepcional los jueces pueden por decisión motivada elegir a peritos que no figuren en ninguna de las listas.

Las referencias que hace la nueva Ley a la aprobación o habilitación (agrément) se encuentran en la actualidad reguladas por las disposiciones de un reciente Decreto núm. 97-109, de 6 de enero de 1997. En primer lugar se ocupa el Derecho de regular un órgano específico que será el encargado de prestar la aprobación a las personas habilitadas para efectuar misiones de identificación mediante huellas genéticas en el marco de los procedimientos judiciales (art. 1).

Las condiciones que van a permitir a la Comisión otorgar la aprobación para proceder a la identificación por las huellas genéticas en el marco de un procedimiento judicial son las siguientes: a) pueden serlo las personas físicas o jurídicas que cumpliendo las condiciones previstas en el Derecho obtengan el consentimiento de la Comisión, que se concede por un periodo de 5 años renovables (art. 3); b) que dichas personas físicas o morales justifiquen la inscripción en alguna de las listas instituidas en virtud del art. 2 de la Ley núm. 71-498, de 29 de junio de 1971, relativo a los peritos o expertos judiciales y del art. 15 del Code de Procédure Pénale (art. 4); c) la acreditación de unos consentimientos específicos relacionados con la materia; d) si el destinatario del consentimiento es una persona moral o jurídica, las personas físicas encargadas de asegurar en su seno y en su nombre las labores de identificación de las huellas genéticas han de contar ellas mismas con la correspondiente aprobación (art. 5); e) el disfrute de la aprobación así como su eventual renovación quedan subordinadas a la participación de los titulares de la aprobación en un control de calidad organizado por la Agencia del medicamento, conforme al art. L. 761-24 del Code de la santé publique; f) que el candidato a obtenerla designe un laboratorio en el que vaya a realizar las funciones de identificación por las huellas genéticas que le pudieran ser confiadas (art. 8) y que disponga de infraestructuras y de equipamientos adaptados a las técnicas de biología molecular, sobre todo a las técnicas de amplificación génica y que deberán ser utilizadas de tal manera que se garantice la ausencia de toda contaminación.

El control que sobre las personas y los laboratorios que pretenden realizar identificaciones mediante huellas genéticas supone el Derecho que analizamos se acompaña, además, por una sanción penal en caso de incumplimiento. Así, el art. 226-28 del Código Penal francés (en su redacción conforme a la Ley núm. 94—653, de 29 de julio de 1994) prevé una pena de un año de prisión y multa de 100.000 francos a quien proceda a la identificación de una persona por sus huellas genéticas sin ser titular de la aprobación (agrément) prevista en el art. L. 145-16 del Código de la Sanidad pública. El art. 226-29 también del Código Penal prevé la punibilidad de

la tentativa de la conducta. La responsabilidad penal alcanza incluso a las personas jurídicas cuando incurran en la citada conducta conforme al art. 226-30. Por último, el art. 226-32 del nuevo Código Penal dispone que las personas físicas culpables de las infracciones previstas en el art. 226-28 y de la tentativa, que tengan la condición de peritos judiciales, serán excluidos de la lista en la que estén inscritos.

Todo el régimen jurídico relativo a la práctica de la identificación mediante las huellas genéticas ha supuesto, en opinión de OLIVER, que "el principio de la libertad de elección del perito por el juez, no pueda ser mantenido en su plenitud respecto de las misiones de identificación de las personas por sus huellas genéticas en materia civil o penal". Ello no impide que este autor califique al texto legal como fundamental atendiendo al hecho de que nos encontramos "en un ámbito extremadamente puntiagudo, con un grado de tecnicismo elevado y donde todos los desarrollos no están todavía completamente dominados".

Aunque sin el detalle que acabamos de mencionar, existen igualmente referencias a la necesidad de homologación de los laboratorios en otros ordenamientos. La Ley holandesa 596/1993, de 8 de noviembre, anticipa que los peritos a quienes se encomienda la realización del análisis de ADN han de estar vinculados a un laboratorio designado conforme a las reglas generales de la Administración [ARTS. 151 A (3) y 1956 (1) Código de Enjuiciamiento Penal]. El Decreto 522/1994, de 4 de julio, por el que se desarrollan las previsiones de la Ley al respecto, contiene mayores concreciones. Nos hemos referido ya a los laboratorios que conforme a dicho Decreto pueden practicar los análisis de ADN y añade el art. 2 (2) del mismo que el encargo de realización de ADN "se confiará a un perito únicamente cuando el laboratorio disponga para la realización de tal investigación del ADN, de un certificado de homologación en vigor concedido por el Sterlab/Sterin". Esta formulación positiva del presupuesto de homologación se complementa con la prohibición señalada en el párrafo (3) del mismo precepto, esto es, que el perito queda obligado a rechazar un encargo de realización de una investigación del ADN si el laboratorio en que la misma fuera a llevarse a cabo no cuenta con un justificante

de homologación.

También la Circular 16/1995, de 31 de marzo, del Home Office británico sobre el DNA Nacional Datábase contiene algunas previsiones sobre la materia. Su section 35 prevé que los perfiles de ADN se llevarán a cabo por el Forensic Science Service o por otros organismos, correspondiendo la decisión a los cuerpos de policía. Esta facultad de decisión policial no obsta para que el precepto recuerde que "es imprescindible que se mantengan los niveles de calidad" y corresponde al Forensic Science Service garantizar el cumplimiento de dichos niveles de calidad que serían acordados con los jefes de policía y sometidos al refrendo del Ministerio del Interior. La section 36 establece, por su parte, que los organismos que provean perfiles genéticos emplearán un protocolo estándar en la realización de dichos perfiles y analizarán fragmentos específicos de ADN de la manera en que se acuerde entre los jefes de policía y el Forensic Science Service, dicho protocolo será refrendado por el Ministerio del Interior.

3.3 Deficiencias en la recogida y envío de muestras al laboratorio y su incidencia en la eficacia probatoria

Las fallas en que puede incurrir el procedimiento de análisis de ADN desde su inicio hasta su conclusión pueden venir determinadas, no sólo por una deficiente aplicación del método científico -detectable si se aplican las normas de estandarización y los debidos controles de calidad-, sino también por el defectuoso desarrollo de la fase que se sucede con anterioridad a la llegada de los vestigios o muestras al laboratorio. Señalan acertadamente LORENTE ACOSTA/LORNENTE ACOSTA que existe una tendencia a considerar que únicamente la fase final, esto es, la que consiste en la aplicación del método científico de análisis de ADN en el laboratorio, es la verdaderamente importante y la que determinará el resultado final de la investigación. Nada del resultado en definitiva- puede verse seriamente afectado si los vestigios no se recogen y no se trasladan adecuadamente al laboratorio; señalan estos autores que "el análisis se inicia sobre el indicio que se

recibe, no sobre el que se manda". Siguiendo básicamente a estos autores procedemos a indicar cuáles son los principales riesgos que pueden plantearse en la fase previa de recogida, conservación y envío de las muestras o vestigios al laboratorio y que pueden incidir, insistimos, en el resultado final y en la eficacia probatoria que pueden desplegar, con independencia, pues, de que se aplique posteriormente de una manera adecuada el método científico de análisis de ADN:

- Uno de los principales inconvenientes que presenta el método de análisis de ADN deriva de hechos de que las muestras o vestigios no se encuentran con frecuencia en el estado más idóneo para su posterior tratamiento en laboratorio. Este fenómeno es conocido como contaminación de las muestras o vestigios y puede obedecer a la presencia, junto con la muestra o vestigio de interés, de otros productos extraños de origen bioquímico o químico (contaminación química -tintes, colorantes, pinturas, carburantes, etc.-) o de vestigios biológicos procedentes de otras personas (contaminación biológica). Esta contaminación puede tener su origen en la existencia, con anterioridad al depósito de los vestigios de interés, de cualquiera de los productos señalados y que pueden incidir a confusión (contaminación previa), en definitiva, antes de la comisión de los hechos criminales que provocaron los vestigios directamente relacionados con la causa.

La contaminación puede ser también coetánea o paralela cuando se mezclan indicios procedentes de varias personas que hayan intervenido de alguna manera en los hechos criminales. El caso típico estaría constituido por la comisión de ciertos delitos violentos (contra la libertad sexual, por ejemplo) en los que se entremezclan fluidos o vestigios corporales tanto del agresor como de la víctima. Aunque en este caso la confusión de vestigios puede generar algún problema de tipo técnico, puede resultar extremadamente útil conocer este dato al objeto de la investigación y de la explicación del motivo de la contaminación.

Finalmente, la contaminación puede ser posterior al depósito de los vestigios de interés, bien porque se confundan accidentalmente con otros restos biológicos producto de su exposición a fenómenos naturales (insectos, otros animales, etc.), bien por la recogida o transporte que pueden incorporar sus propios vestigios, incluso por el comportamiento doloso de quienes pretenden entorpecer la investigación y proceden intencionalmente a cambiar, alterar o destruir los mismos. Por este motivo se insiste por los científicos en la importancia de mantener la denominada "cadena de custodia" haciendo constar las personas que hayan podido tener contacto con las muestras o vestigios durante la totalidad del proceso.

- Otro de los inconvenientes puede deberse a la calidad o cantidad de la muestra misma. Puede ocurrir que las muestras o vestigios a analizar sean minúsculos (pequeñas muestras de sangre, saliva, etc.) o que la cantidad de ADN que contienen no resulte suficiente (el pelo posee ADN en su raíz y no gran cantidad). Los inconvenientes pueden ocasionarse igualmente como consecuencia de la degradación de las muestras, bien por su antigüedad, bien por verse afectadas por un proceso de descomposición. En caso de putrefacción de un organismo vivo, el ADN de la sangre o de los músculos está igualmente degradado, por lo que será preciso obtener muestras de tejidos duros o resistentes (huesos, dientes, etc.). Igualmente, tratándose de vestigios húmedos, el ambiente puede originar la proliferación bacteriana y fúngica (procede en estos casos la conservación en frío o la congelación). Muchos de estos problemas pueden resultar solubles en la actualidad mediante la aplicación del método consistente en la "reacción en cadena de la polimerasa" (Polymerase Chain Reaction -PCR-) que permite amplificar un alelo de ADN de un locus determinado un número infinito de veces.

Así como FÁBREGA RUIZ destaca la ausencia de una normativa clara que regule estas cuestiones, puede encontrarse en el Derecho comparado algunas indicaciones del modo de proceder. El Derecho 522/1994 holandés, de desarrollo de las previsiones sobre el ADN en el Código de Enjuiciamiento Criminal, dedica un epígrafe específico (el 5º, arts. 18-21) a la materia ("Identificación, envío y envase

de material celular que se ha recogido el sospechoso"). Incluso para la propia fase previa de obtención de muestras se establecen una serie de expresas previsiones. Por ejemplo, que la toma de sangre, de mucosa bucal y de raíz del cabello se realizará en presencia de un agente de investigación hará llegar el material celular en envase precintado y en el plazo de 48 horas al Laboratorio Judicial (2) y que el precinto y envase serán revisados por el Laboratorio Judicial (3). De manera similar, la Circular 16/1995 del Home Office británico dispone en su section 42 que "al igual que sucede con toda la fundamentación jurídica forense, los procedimientos de obtención de muestras por la policía, su envío al laboratorio, los procesos internos de manipulación de muestras a fin de realizar perfiles (...) se ajustarán a las normas reguladoras de las pruebas penales. Todos los procedimientos deben poder cumplir tales normas y asegurar que las pruebas que relacionan a una persona concreta con rastros criminales son objeto de una garantía total".

3.4 La libre valoración de la prueba versus el predominio de los métodos científicos

El sistema procesal penal español consagra a los efectos de la valoración de la prueba el principio de "libre valoración". Este principio ha de ser entendido en contraposición al principio de "prueba legal o tasada" y se encuentra reflejado en el art. 741 LECrim. al disponer que "el Tribunal, apreciado según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, (...) dictará sentencia". Este principio viene a significar, según la STC 31/1981, de 28 de julio, "que los distintos elementos de prueba pueden ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de fallo contenido en la sentencia" (f.j. 3.º). Una incorrecta interpretación del principio puede inducir a pensar que no existe sujeción a criterio alguno, no sólo legalmente establecido, sino, ni siquiera, a los de un raciocinio lógico y correcto. Esta concepción de la libre valoración o intima convicción fue mantenida por COUTURE quien defendía que bajo la influencia de dicho principio no estaba el

Juez vinculado de ninguna manera a las pruebas practicadas, pudiendo incluso decidir en conciencia en contra del resultado de aquéllas. No significa esto que compartiera el autor la idoneidad del principio de libre valoración así entendido, sino que le sirve de excusa para argumentar a favor de las reglas de la sana crítica, apropiado freno contra la arbitrariedad inherente a la libre valoración y régimen intermedio entre ésta y la prueba tasada o legal. Esta interpretación ha sido utilizada con profusión también por el TS y calificada por VÁZQUEZ SOTELO como una situación "patológica", ya que es errónea la creencia de que este principio, "entendido con esa laxitud de poder "libérrimo y omnímodo" del Tribunal, sin más freno que su propia conciencia, es de esencia al sistema acusatorio", amén de resultar incompatible con el significado más genético de la potestad de juzgar (art. 117.3 CE) y contrario a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 10.3 CE). "Libre apreciación, en sentido estricto, no supone, como contrariamente pudiera creerse, el desconocimiento de la lógica, la psicología, ni las normas de experiencia, sino la valoración personal de las pruebas de acuerdo precisamente con ellas". El principio de libre valoración de las pruebas ha de ser, por consiguiente, complementado con el derecho a la presunción de inocencia que exige una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado.

La libre valoración de las pruebas resulta de aplicación igualmente en relación con las pruebas periciales. El problema[^] radica en la forma en que puede sustanciarse el examen judicial crítico en una materia que le es ajena al juez. El art. 632 LEC es claro al respecto: "Los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos". Este mismo criterio ha de ser válido en el proceso penal y en este sentido señala el Tribunal Constitucional que "los informes periciales no vinculan de modo absoluto al Juez, porque no son en sí mismos manifestación de una verdad incontrovertible" (auto 868/1986, de 29 de octubre, f.j. 2º), o en palabras de VÁZQUEZ SOTELO: "no puede quedar el Juez "obligado" a seguir el criterio del

informe pericial ya que entonces vendríamos a convertir al perito en juzgador en ese punto consultado". En similares términos, afirma ALONSO PÉREZ que los informes periciales, "cualquiera que sea la autoridad técnica de la persona u organismo que los emita, no gozan de la condición intrínseca de verdad incontrovertible, pues su contenido no revela más que una opinión científica o práctica, (...), pero siempre sometida a la apreciación valorativa del juzgador, conforme al principio de libre valoración de la prueba contenido en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", pues de vincular al representante del órgano jurisdiccional "se haría al perito realmente Juez, sustituyendo en su función a éste indebidamente".

A primera vista, lo señalado presenta una serie de inconvenientes cuando se trata en especial de la prueba de análisis de ADN. Mediante las diligencias de ADN, concretamente la huella genética, no se limita el experto a poner a disposición del órgano judicial conocimientos técnicos o científicos de los que éste carece sobre circunstancias importantes en la causa, sino que son capaces de manifestar con un elevado índice de probabilidad que los vestigios hallados en el lugar del crimen o en la víctima proceden de la persona imputada. Todo ello en base a un procedimiento científicamente contrastado que reduce al mínimo las apreciaciones subjetivas del perito (al contrario de lo que ocurre en una pericia psicológica). No cabe duda de que al referirse CABANAS GARCÍA a la obligación de consignar en la elaboración del informe pericial, "todas aquellas explicaciones que hagan posible su entendimiento en términos que sean manejables para éste Juez y las partes, siendo imprescindibles, de entrada, la claridad y la pedagogía en el lenguaje y razonamientos utilizados en el respectivo informe", está haciendo mención de las pericias que en la práctica forense dejan al experto cierto margen de apreciación subjetiva. No es nada infrecuente que se manifiesten en los juicios tantas opiniones de expertos como partes intervienen un método científico predomina sobre la interpretación que de los resultados haga el perito y el margen de maniobra de este último se ve considerablemente limitado, pues dicho resultado puede ser contrastado científicamente al objeto de determinar cualquier defecto en el proceso técnico de análisis.

Estas circunstancias han motivado, como señalan THOMPSON/FORD, que la huella de ADN haya sido considerada como una "panacea" en la lucha contra el crimen. Indica igualmente KLUMPE que en relación al valor probatorio de las huellas genéticas como medio probatorio científico, se ha producido una indeseable restricción de la libre apreciación probatoria judicial e igualmente pone de relieve FENNELL que al carecer los jueces y especialmente los jurados de la capacidad de entendimiento de una ciencia tan compleja, pueden verse "arrollados" por la prueba de huella genética. Existe además el riesgo, no sólo de que ante el elevado valor probatorio que se les atribuye en principio a estos medios el Tribunal pueda sentirse fácilmente vinculado a los mismos, sino de que se prescindiera de otras pruebas igualmente eficaces en el esclarecimiento de los hechos. El peligro de la posición dominante o anuladora respecto de los restantes medios de prueba resulta, pues, patente.

Los inconvenientes señalados no han de suponer una relajación del principio de libre valoración de la prueba cuando se trata del análisis de ADN. Por muy elevadas que sean las probabilidades de servir como instrumento de identificación personal, por muy especializados que sean los conocimientos exigidos en la práctica del señalado método, corresponde al juez adoptar la decisión. Señala GOLLWITZER que conforme al principio de libre valoración de la prueba (*Freie Bewerwürdigung*), recogido también expresamente en el § 261 StPO, todas las circunstancias decisivas para el proceso deben conducir a la personal convicción del juez, y el principio de convencimiento y la certeza personal de éste ha de servir de fundamento a la sentencia y no el parecer de otra persona. Sólo tras una ponderación objetiva y racional puede el juez atribuir eficacia probatoria. Que la actividad y el informe pericial sean altamente especializados no constituye ninguna excepción a esta regla, aunque no se puede ignorar que la influencia que ejerzan en la decisión judicial será notable. En todo caso, señalan KUBE/DEINET/REIGER, debe excluirse la recepción acrítica de la interpretación de los informes periciales.

El Juez o Tribunal ha de estar en condiciones de examinar, por sí mismo o con el auxilio de otros peritos, la validez científica y la seguridad y fiabilidad del medio probatorio. Tal como hemos comprobado arriba, la fiabilidad de l método científico no envía la incorrecta aplicación del mismo en el caso concreto o puede verse disminuida su eficacia por motivo de una defectuosa conservación o contaminación de las muestras. La apreciación crítica de los informes periciales por el Juez se hace precisa al no haber quedado excluida la falibilidad humana y al ser inevitables las interpretaciones subjetivas. Para que el informe pueda ser examinado oportunamente será preciso que éste se extienda más allá de la mera expresión del resultado haciendo constar las sondas y enzimas de restricción empleadas, los alelos analizados, así como la descripción de las técnicas y métodos empleados, etc. En caso contrario, la capacidad del juez de examinar críticamente el informe, ya de por sí disminuida por la carencia de los suficientes conocimientos técnicos, se vería prácticamente anulada e incluso podría verse menoscabado el derecho a la defensa de las partes.

El criterio de la apreciación crítica de las pruebas de análisis de ADN ha sido definitivamente acogido por los Tribunales alemanes. Estima el BverfG en auto de 18 de septiembre de 1995 que "los resultados de un análisis de ADN han de ser apreciados siempre de forma crítica. Su enjuiciado no de ser considerado vinculante, sino sólo como indicio (Indiz) -más o menos importante en cada caso-". Añade el Tribunal Constitucional federal que el órgano judicial de instancia ha procedido acertadamente al valorar el resultado del análisis de ADN conjuntamente con los restantes resultados probatorios. Esta misma corriente es la seguida por el BGH que ha consolidado una doctrina basada en la relativización de la exagerada estimación de la prueba genética como medio seguro de la prueba de la autoría tal como fue concebida en sus inicios. En su sentencia de 21 de agosto de 1990 reconoce el Tribunal Supremo federal la circunstancia de que el valor probatorio del análisis de ADN ha sido juzgado científicamente de muy diversa manera, pero sólo se cuestiona en el caso si a los resultados obtenidos mediante el análisis de ADN se les ha de asignar un valor probatorio irrefutable. Resuelve el BGH que, en este supuesto, el

Juez de los hechos ha valorado el resultado obtenido mediante el análisis de ADN complementándolo con los restantes indicios probatorios (Beweisanzeichen) existentes antes de condenar al acusado.

En otras ocasiones, la relatividad con que el BGH aprecia los resultados del análisis de ADN viene motivada por la consideración del resultado que arroja dicho análisis como un mero dato estadístico o probabilístico. En las sentencias del BGH de 12 de agosto de 1992 y de 27 de julio de 1994 se indica que pese a la elevada probabilidad de coincidencia entre las huellas del lugar de los hechos y la procedente del autor, se hace necesaria la valoración en su conjunto de todas las pruebas practicadas, consagrando el aforismo de que "el análisis de ADN contiene sólo una afirmación estadística que no convierte en superflua la valoración de todas las circunstancias probatorias. Arguyendo la hasta hace poco abierta discusión científica y sobre todo la inseguridad del cálculo de probabilidades. BGH en la primera de las sentencias puso el acento en que el resultado del análisis de ADN constituye sólo "una abstracta declaración sobre la probabilidad incriminatoria que no puede ser comparada con el valor de una concreta incriminación" (konkrete Belastung).

No puede ser otra la interpretación correcta. Los resultados del análisis de ADN han de ser valorados conjuntamente con el resto de las pruebas practicadas en el juicio y ello básicamente por dos motivos: en primer término porque si bien la falta de coincidencia entre los polimorfismos de ADN de dos muestras permite afirmar con carácter prácticamente absoluto que no proceden de la misma persona, la coincidencia no supone una certeza absoluta en el sentido contrario, sino la mera atribución de un valor probabilístico -en ocasiones muy elevado-; en segundo lugar porque el resultado positivo (dentro de los límites de la probabilidad) permite exclusivamente una afirmación del siguiente tenor: el ADN hallado en el lugar de los hechos o en la víctima, coincide con el correspondiente a la muestra extraída al sospechoso o tercero, lo cual no significa la participación de este último en los hechos criminales.

Acerca de la segunda de las cuestiones indicadas en el párrafo anterior, aunque refiriéndose a las huellas dactilares, señala FOTH que la coincidencia entre las huellas halladas en el apartamento donde se ha cometido un crimen con las obtenidas de cierta persona, permiten deducir únicamente la presencia de la misma en el lugar de los hechos. Estos argumentos son absolutamente trasladables a la valoración de los resultados del análisis de ADN de tal modo que la coincidencia en un elevado índice de probabilidad entre la huella genética obtenida de los vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos y la resultante de analizar muestras extraídas al sospechoso o a un tercero, permite deducir única y exclusivamente la presencia de ese sujeto en el lugar de los hechos o la existencia de relaciones sexuales si los vestigios indican un posible delito contra la libertad sexual. En este sentido no parece gratuita la utilización por la jurisprudencia alemana del término "indicio" (Indiz, Beweisanzeichen) para referirse al valor que cabe atribuir a los resultados del análisis de ADN. Como tal indicio ha de ser considerado y, por lo tanto, valorado con las restantes pruebas practicadas.

3.5 La libre valoración de la prueba de ADN y el cálculo de probabilidades

Como ha quedado apuntado en el epígrafe anterior, la no coincidencia entre los marcadores genéticos del sujeto a quien se imputa un hecho delictivo y los derivados de los vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos, permite excluir con certeza la hipótesis de que ambas muestras procedan de la misma persona, el margen de error es mínimo y depende casi exclusivamente de la pericia con que se aplica en el laboratorio correspondiente en método de análisis de ADN. La coincidencia de los polimorfismos de ADN analizados en los vestigios y en las muestras no significa, por el contrario, que ambos procedan con igual grado de certeza de la misma persona. Una afirmación semejante ha de superar el tamiz de una valoración estadística o probabilística.

El desconocimiento por los operadores jurídicos de la complejidad científica de la técnica de ADN, especialmente cuando se trata de los órganos judiciales que han de valorar las pruebas, se traduce en las pretensión de éstos de solicitar del perito que ha intervenido en la operación un calculo estadístico acerca de la probabilidad de que los vestigios hallados pertenezcan al inculpado. Esta cuestión, que en principio se atisba no problemática, encierra, en cambio, algunas operaciones no exentas de dificultad y relacionadas con el cálculo matemático de las probabilidades. Analizados los marcadores genéticos de un vestigio biológico hallado en el lugar de los hechos o en la víctima del delito, la atribución probabilística de los mismos al inculpado o sospechoso, exige en primer término conocer con carácter previo la frecuencia con que esos marcadores genéticos están presentes en la población general. Resultan decisivos, por lo tanto, los estudios poblacionales en los que se establecen las frecuencias fenotípicas de los diferentes marcadores en numerosos grupos de población. No se agotan aquí las dificultades planteadas por el cálculo de probabilidades y la forma en que el mismo es expuesto por el perito al juez; cuestiones que inciden de modo directo y definitivo en la materia de la valoración de la prueba y que, además, exigen del juez una participación activa y decisiva a diferencia de lo que erróneamente pueda considerarse.

Una errónea interpretación de la prueba biológica puede conducir a la que se ha venido a denominar por THOMPSON/SCHMANN la falacia del Fiscal y la falacia de la defensa. Dicha falacia viene a significar que incluso la presentación por el perito de forma aparentemente aséptica de un índice de probabilidad (1%, por ejemplo) puede inducir a una interpretación igualmente incorrecta. La falacia del Fiscal consistirá en afirmar el elevado valor probatorio de la prueba pericial de ADN pues existe una probabilidad del 99% de que los vestigios hallados procedan de la persona imputada. La falacia del defensor consiste en afirmar que en una gran población (500.000 habitantes, por ejemplo) la posibilidad de que existan más personas en quienes coincidan los marcadores genéticos, se multiplica considerablemente (5.000 personas)

Para una correcta valoración de las posibilidades se hace preciso acudir al teorema de Bayes que es el empleado en los cálculos estadísticos de paternidad, así como en criminalística. Este teorema es una consecuencia inmediata de la ley de multiplicación que "sirve para conocer las probabilidades finales de un suceso a partir de las probabilidades iniciales, dada cierta información o informaciones adicionales obtenidas. El método proporciona una forma adecuada de incorporar información previa de un suceso además de permitir incorporar información posterior cuando ésta sea accesible". Es erróneo el proceder de algunos peritos que al ser requeridos para presentar un índice de probabilidades de que los vestigios hallados corresponden a la persona de quien se han extraído las muestras (inculpado), asignan automáticamente un valor 0'5 a la probabilidad a priori, es decir, otorgan a priori al acusado tantas probabilidades de ser culpable como de ser inocente. En este caso el perito está asumiendo la labor del juez, pero compete a este último determinar a priori si el acusado es más culpable que inocente, más inocente que culpable o tiene las mismas posibilidades de ser culpable o inocente. Conviene recordar el enunciado del teorema de Bayes y relacionarlo con lo indicado párrafos más arriba acerca de la participación activa del juez en la valoración de la prueba de ADN.

Aplicando el teorema Bayes, la probabilidad de que pertenezcan a una persona los vestigios hallados una vez analizados sus marcadores genéticos, resultaría de la aplicación de la presente fórmula:

$$P(C) = \frac{P_0 \times P(E/C)}{P_0 \times P(E/C) + (1 - P_0) \times P(E/I)}$$

donde P_0 corresponde a la probabilidad de culpabilidad una vez practicada la prueba científica, P_0 por la probabilidad a priori de culpabilidad, $P(E/C)$ la probabilidad de la prueba científica dada la culpabilidad y $P(E/I)$ la probabilidad de la prueba científica dada la inocencia. Si partimos, a modo de ejemplo, de que los marcadores genéticos analizados se repiten conforme al estudio poblacional en un 1% de personas y de

que el perito ha atribuido una probabilidad de culpabilidad de 50%, el resultado final sería el siguiente:

$$P(C) = \frac{0'5 \times 1}{(0'5 \times 1) + (0'5 \times 0'01)} = 0'909 = 90'9\%$$

El cálculo de probabilidades obtenido resulta, como se ha señalado, de atribuir una probabilidad a priori de culpabilidad de 50% (0'5). Este porcentaje que se atribuye a priori puede conducir a engaño, pues si bien es cierto que de existir dos posibilidades (positiva-negativa) aleatorias de resultado, es posible que ocurra tanto una como la otra. La aportación del teorema de Bayes permite afinar el cálculo de probabilidades incorporando información a priori, lo que supone un riesgo y la asunción por el Juez de dicha responsabilidad, pues a él corresponde ponderar los indicios y las restantes pruebas concurrentes y sustituir el 50% por una cifra progresivamente más elevada a medida que se incrementan los indicios o pruebas inculpatorias o rebajarla también progresivamente a medida que disminuyen dichos indicios.

La aportación del teorema bayesiano permite restablecer el principio de libre valoración de la prueba en toda su extensión cuando parecía que, precisamente, la aplicación de los métodos científicos reducía la capacidad judicial de apreciar críticamente los resultados probatorios. La exposición de los resultados derivados del análisis de ADN suscita serios inconvenientes: desde la perspectiva del perito, incluso las más loables pretensiones de presentarlos de forma aséptica, pueden conducir a la falacia del Fiscal y de la defensa y, desde el punto de vista judicial, impiden la apreciación y valoración crítica del resultado de los análisis. La aplicación y valoración crítica del resultado de los análisis. La aplicación del teorema de Bayes resuelve en gran medida alguno de estos inconvenientes, pero plantea otros nuevos desde la óptica procesal. Cabe mencionar los que se derivan de la preconstitución probatoria, en la que, en principio no se precisa que los dictámenes o informes de

los organismos oficiales sean siquiera ratificados en el plenario por las personas que los redactaron, salvo que las partes pretendan hacer uso íntegramente de su derecho a la contradicción. Si no se somete a debate en el plenario el informe pericial y la aplicación del teorema de Bayes atribuyendo una probabilidad de culpabilidad a priori ha sido realizada en la fase instructora, existe el riesgo de que la valoración de los indicios realizada por el Juez de Instrucción en la base a las diligencias de investigación se incorpore como prueba preconstituida al proceso. El órgano judicial decidor, en cambio, ha de valorar las pruebas practicadas en el juicio oral conforme al principio de inmediación base a las mismas, discriminando toda apreciación que haya podido practicar el Juez de Institución. Además, si en alguna materia puede tener significado factible y a la vez decisivo la contradicción de las partes, no es precisamente en la relativa al complicado método científico en si, sino es precisamente en estas cuestiones más subjetivas y relacionadas con los restantes extremos probatorios del proceso.

Puede cuestionarse igualmente la compatibilidad del método bayesiano de atribución a priori de un índice de probabilidad de culpabilidad con la presunción de inocencia garantizada en el art. 24.2 CE. Dicha compatibilidad resulta más que dudosa en el caso de que se materialice en el propio acto de deposición del perito en el juicio oral y antes de que se agote la práctica de todas las pruebas propuestas, ya que la presunción de no culpabilidad continua desplegando su eficacia. El momento procesal oportuno para atribuir la probabilidad de culpabilidad a priori parece ser lógicamente el inmediatamente posterior a la conclusión de juicio; en este momento, podrá el Tribunal, sin menoscabo de la presunción de inocencia y en vista del resultado más o menos incriminatorio o absoluto de las pruebas practicadas, determinar dicho valor, no antes. Ahora bien, si corresponde retardar en virtud de la presunción de inocencia la atribución de la probabilidad a priori, ¿cómo ha de presentar su informe el perito en el acto del juicio oral? Caben dos posibilidades: la primera consiste en que el perito exponga su cálculo de probabilidades como se ha indicado en el ejemplo anterior, es decir, atribuyendo de antemano el propio perito un valor del 50% de culpabilidad reservándose el Tribunal la potestad de alterarla

posteriormente. Esta opción presenta el inconveniente de presentar un resultado probabilístico con independencia del resto de indicios o pruebas que se hayan practicado en el juicio oral, desvirtuándolo en definitiva y generando una gran confusión (especialmente si se trata del Tribunal del Jurado). Además presupone que el juez está al corriente de los métodos matemáticos bayesianos de cálculo de probabilidades, junto con el papel judicial que indebidamente se arroga el perito. La segunda posibilidad consiste en que el perito presente no uno, sino varios cálculos posibles reprobabilidad en los que se reflejen diversos valores apriorísticos para que le Tribunal atendiendo al valor incriminatorio o exculpatario se decida por uno de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

ABBING, Roscam: "La información genética y los derechos de terceros. ¿Cómo encontrar el adecuado equilibrio?", Rev. Der. Gen. H. 1995, núm. 2, Pags. 35-54

ALMAGRO NOSETE, J: "Teoría general de la prueba en el proceso penal", cuadernos de Derechos Judicial, "La prueba en el proceso penal", CGPJ, Madrid, 1992, Pags. 17-48

ALMAGRO NOSETE, J: instituciones de Derecho Procesal. Procesal Penal, (con TOME PAULE, J.), Tomo III, Trivium, Madrid, 1993.

ALONSO GARCÍA, E.: La interpretación de la constitución, centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALONSO PÉREZ, F. : Seguridad ciudadana, La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, Marcial Pons, Madrid, 1994.

ALONSO PÉREZ F.: "Valor Probatorio de los informes péncales en el proceso penal, "La Ley, 1999, num. 4796, Pags. 15-16.

ALTMARK, Daniel Ricardo/Molina Quiroga, Eduardo: "Protección de datos personales y reforma constitucional", Informática y Derecho, 1996, nums. 9-10-11. Actas del segundo Congreso Internacional de informática y Derecho (vol. II). Pags. 1237-1260.

ALVAREZ CONDE, E. Curso de derecho Constitucional, Vol. I, 2. ed., Tecnos, Madrid, 1996.

ANDRÉS IBAÑEZ P.: "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, Doxa, 1992, núm. 12. pags. 257-299.

ANDRÉS IBAÑEZ, P.: "La función de las garantías en la actividad probatoria", Cuadernos de Derecho Judicial, "la restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", CGPJ, Madrid, 1993, XXIX, Pags. 215-242.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: derecho Procesal Penal, (con de la Oliva/Hinojosa/Muerza/Tome García), 3ª ed., centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.

ARANGUEÑA FANEGO, C: Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal español J.M. Bosch Barcelona, 1991.

ASENCIO MELLADO, J.M.: prueba Prohibida y prueba preconstituida, Trivium, Madrid, 1989.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PENAL.: « xv Congreso Internacional de Derecho penal. Resoluciones », Revue International de droit Penal, Vol. 66, 1995, 1a. y 2a trimestre, pags. 91-99.

BARNES VÁZQUEZ, J.: "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", cuadernos de derecho publico, 1998, num. 5, pags. 15-49.

BARONA VILAR, S.: Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial, Comares, Granada, 1995.

BAYARRI GARCÍA, CE.: "La prueba ilícita y sus efectos", cuadernos de Derecho Judicial, "La restricción de los Derechos Judicial, "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", CGPJ, Madrid, 1993, XXIX pags. 421-504.

BECCARIA, Cesare: De los delitos y de penas, (trad. F. TOMAS Y VALIENTE), Aguilar, Madrid, 1969.

BERMEJO VERA, J.: "Las fuentes de derecho en la constitución española de 1978", Estudios sobre la constitución española de 1978, pórtico Zaragoza, 1979, pags. 235-253.

BON, Pierre: "La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo", Revista del centro de estudios constitucionales, 1992, num. 11, ener-abril, pags. 43-81.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español, civitas, Madrid, 1992.

CABANAS GARCÍA J.C.: la valoración de las pruebas y su control en el proceso civil, Trivium, Madrid, 1992.

CADOUX, Louis.: "La experiencia francesa en la protección de datos personales en el ámbito de las bases de datos judiciales", Informática Judicial y protección de datos personales, jornadas celebradas en san Sebastián los días 7 y 8 de octubre de 1993, eusko jaurlaritz/Gobierno Vasco, Vitoria Gasteiz, 1994, pags. 141-155.

CARRACEDO ALVAREZ, A.: "la huella Genética", Genética humana, fundamentos para el estudio de los efectos sociales derivados de los avances en genética humana, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pags. 295-326.

CARRACEDO ALVAREZ, A./BARROS F.; "El calculo de la probabilidad en la prueba biológica de la paternidad", Rev. Der. Gen. H. 1995, NUM. 3, PAGS. 193- 208.

CARRACEDO ALVAREZ, A./BARROS, F/PESTONI, C: "La valoración de la prueba de ADN en criminalística", Recopilación de Ponencias y comunicaciones, Plan Provincial de formación de Santiago de Compostela, I, Penal, CGPJ, 1996, pág. 337-358.

CARRASCOSA LÓPEZ V.: "La LORTAD: una necesidad en el panorama Legislativo Español", Informática y Derecho 1994, núm. 6-7, pag. 11-81.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: "El sistema jurisdiccional europeo de protección de los derechos humanos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, PJ, 1989, Núm. Especial VI, págs. 247-264.

CASTELLANO ARROYO, M.: "Pruebas genéticas de investigación de la paternidad, Genética humana, Fundamentos para el estudio de los efectos sociales derivados de los avances en genética humana, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto,, Bilbao, 1995, págs. 269-294.

CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La limitación informática", Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, "De los derechos y deberes fundamentales", (Coord. Martín. Retortillo), Civitas, Madrid, 1991, págs. 907-941.

CASTELLS ARTECHE, J.M.: "Derecho a la privacidad y p'rocesos informáticos: análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre (LORTAD)" RVAP, 1994, NÚM. 39 PÁGS. 249-278.

CAVOUKIAN, Ann: "La confiden-cialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a " no saber" Rev. Der. Gen. H., 1995, núm. 2, págs. 55-69.

CHOCLAN MONTALVO, J.A.: "Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual" La Ley, 1994, Tomo 3, págs. 814-825.

CHOCLAN MONTALVO j.a.: "Pericia genética y proceso penal" Rev. Der.Gen H., num.9 págs. 59-90

CLIMENT DURAN, C. "Sobre el valor probatorio de la prueba pericial (comentario a la sentencia de 23 de febrero de 1989 del Tribunal Supremo), RGD, 1990, núm. 547 págs. 2121-2174

CLIMENT DURAN, C: "Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida" RGD, 1991, núm. 559, págs. 2547 - 2553

COBO DEL ROSAL, M. /VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

COMAS DE ARGEMIR CENDRA, M.: "La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia", Cuadernos de Derecho Judicial, "La instrucción del sumario y las diligencias previas", Escuela Judicial/CGPJ, Madrid, 1998, III, PÁGS. 63-112

CORBELLA I DUCH, J.: "El derecho fundamental a la intimidad personal en el ámbito penitenciario", La ley, 1999, núm. 4733, págs. 1-9.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal. Proceso Penal, (con ALMAGRO/GIMENO/MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 1993. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: Derecho Procesal Penal, (con Gimeno/Moreno), 2ª ed., Colex, Madrid, 1997.

COUTURE, EDUARDO J., Fundamentos del Derecho Procesal civil, 3 a. Ed., Desalma, Buenos aires, 1976.

CUERDA RIEZU, A.: "Límites juridicopenales de las nuevas técnicas genéticas" ADPCP, 1988, num. II, págs. 413-429.

DARÍO BERGEL, S.: "El proyecto de Declaración de la UNESCO sobre protección del Genoma Humano", Rev. Der. H., 1997, núm. 7, págs. 31-59

DARÍO BERGEL, s., "Derechos humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos" Rev. Der. Gen. H., 1998, núm. 9, págs. 37-57.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: "La Ley española de protección de datos (LORTAD): ¿una limitación del uso de la informática para garantizar la intimidad? (I)", Actualidad Jurídica Aranzadi, 1992, núm. 76, págs. 1-3

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: "La Ley española de protección de datos (LORTAD): ¿una limitación del uso de la informática para garantizar la intimidad? (y II)" Actualidad Jurídica Aranzadi, 1992, núm. 77, págs. 1-4

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: Derecho Informático, Aranzadi, Pamplona, 1993.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: Manual De Derecho Informático, Aranzadi, Pamplona, 1997.

De ESTEBAN, Jorge/GARCIA-TREVIJANO, J.: Curso De Derecho Constitucional, Vol. I, Serv. Public. Universidad Complutense, Madrid, 1992.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "Los llamados delitos de "manipulación genética" en el nuevo Código Penal español de 1995", Rev. Der. Gen. H., 1996, núm. 5, págs. 49-75.

DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R. "Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad", Rev. Der. Gen. H., 1995 núm. 2, págs. 25-28.

DENNINGER, ERCHARD: "El derecho a la autodeterminación informativa"(trad. A.E. PÉREZ LUÑO), Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica, Actas del Coloquio Internacional celebrado en Sevilla los días 5 y 6 de marzo de 1986 (Director PÉREZ LUÑO), t ECNOS-Fundación cultural E. LUÑO PEÑA, Madrid, 1987.

DE OTTO Y PARDO, I.:La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53-1 de la Constitución", Derechos fundamentales y Constitución, (con Martín-Retortillo), Civitas, Madrid, 1988

DE OTTO Y PARDO, I.,:Derecho constitucional. Sistema de fuentes, 2a. Ed., Ariel, Barcelona, 1988.

DE SOLA, CARLOS: "privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)", Rev. Der.Gen. H., 1994, núm. 1, pags. 179-190

DE SOLA, Carlos:"Privacidad y datos genéticos situaciones conflicto (ij), Rev. Der. Gen. H., 1995, núm. 2, pags. 157-166.

DÍAZ CABÁLE, J.A.: la admisión y practica de la prueba en el proceso penal, cuadernos del CGPJ, Madrid, 1992.

DÍAZ CABÁLE, J.A.: "Cacheos superficiales, intervención corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.) "Cuadernos de Derecho Judicial "Medidas restrictivas de derechos fundamentales", CGPJ, Madrid, 1996, XII, Pags 69-196.

DÍAZ CABÁLE, J.AV Martin Morales R. : « ¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?", La Ley, 1997, núm. 4445, pags. 1-4.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (y II), Rev. Der. Gen. H. 1995, núm. 3; Págs. 45-68.

ESCOBAR ROGA, G.: "Derechos fundamentales e intervención administrativa (Apropósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1998)", La Ley, 1999, num. 4803, pags. 1-3

ESCUSOL BARRA, E. Manual de derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 1993.

ESER, ALBÍN: "Genética humana desde la perspectiva del derecho alemán"., ADPCP, 1985.NÚM. 11 PAGS. 347-364.

ESTADELLA YUSTE, O.: La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales, Tecnos generalitat de Catalunya, (centre de investigacide la comunicació) Madrid 1995.

ETXEBERRIA GURIDI, J.F.: La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal, agencia de protección de datos, Premio protección de Datos personales 1998, Madrid, 1998.

FABREGA RUIZ, C.F.: Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la "huella genética" Y SU VALORACIÓN JUDICIAL, LA LEY 1999, NUM. 4721 PÁGS. 1-6

FAIREN GUILLEN , V.: "El Habeas data y su protección actual sugerida en la ley Española de Informática de 29 de octubre de 1992 (interdictos, Habeas corpus) (primera parte)", RDP, 1996, NUM. 3, PAGS. 523-557.

FALCAO DE OLIVEIRA, GUILHERME F.: "Implicaciones JURÍDICAS DEL CONOCIMIENTO DEL GENOMA (PARTE ij)". Rev. Der. Gen. H. 1997, num. 7, Págs. 61-104.

FASSBENDER, BARDO: "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal europeo de Derechos Humanos", Cuadernos de Derecho Publico, 1998, num. 5 Págs. 51-73.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.: Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales", cuadernos de política criminal, 1994, num. 52, Págs. 91-111.

FERNANDEZ COBOS, A.L.: "La policía científica y la prueba", cuadernos de Derecho Judicial, "La prueba en el proceso penal II, CGPJ, Madrid, 1996, IX, Págs. 595-608.

FERNANDEZ COBOS, A.L. "utilización de material genético en criminalística y pruebas de paternidad: aspectos éticos, técnicos y legales", Cuadernos de Derecho Judicial, "La prueba en el proceso penal II", CGPJ, Madrid, 1996, IX Págs. 609-623.

FERNANDEZ ENTRALGO, J.: "PRUEBA ILEGÍTIMAMENTE OBTENIDA", La Ley 1990, Tomo 1, Págs. 1180-1206.

FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C: "El convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la Biología y de la Medicina: Convención sobre derechos Humanos y Biomedicina", Rev. Der. Gen. H., 1997, num. 7, Págs. 105-120.

FIGUEROA YAÑEZ, G.: "El proyecto de Declaración Universal sobre el GENOMA Humano de la UNESCO", Rev. Der. GEN. H 1997 NUM. 7, PAGS. 121-129.

FLORIAN EUGENIO. De las pruebas penales, Tomos I y II, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, (trad. Jorge Guerrero del original Dalle prove penali, 3a. Ed., Istituto Editoriale Cisalpino, várese-Milano, 1961).

FORGADA JORDI, M.: "Las inspecciones o registros sobre la propia persona", la ley 1990, Tomo 4, Págs. 989-995.

FRIGAL FERNANDEZ-VILLAVARDE, L: la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. Montecorvo Madrid, 1981.

FRIGO, GIUSEPPE: "La consulta "salva" la libertas personales: il legislatore intervenga subito senza ambiguita", Guida al diritto, 1996, num. 30, Págs. 65-66, (Págs. 117, nota 230).

GALETTA, DIANA-URANIA: "El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario, cuadernos de derecho publico, 1998, num. 5 Págs. 75-118.

GAROFANO, LUCIANO/TESTI, ROBERTO: "Tecnología científica e provapenale", critica pénale, 1998, MI, pags. 73-84.

GIL HERNÁNDEZ, A.: Intervenciones corporales y derechos fundamentales, Colex, Madrid, 1995.

GIL HERNÁNDEZ, A. "Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales", RGD, 1996, núms. 622/623 ,Págs. 7949-8025

GIL HERNÁNDEZ, A.: "La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal", actualidad penal, 1996, núm. 44, Págs. 865-910.

GIMENO SENDRA, V.: derecho procesal penal, (con MORENO/CORTES), 2a. Ed., colex, Madrid , 1997.

GÓMEZ COLOMER, J.L.: el proceso penal español, (para Agentes de la Autoridad, Criminólogos y no juristas en general), 2a. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N.: proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ - CUELLAR SERRANO, N.: "Entrada y registro en el domicilio", cuadernos de Derecho Judicial, "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", C.G.P.J., 1993, xxix, PAGES. 115-130.

GONZÁLEZ - CUELLAR SERRANO, N.: "El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español", Cuadernos de Derecho Publico, 1998, núm. 5, pags. 191-215.

GONZÁLEZ MONTES, J.L.: "la prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el Derecho Constitucional ala prueba y sus limites)", RDP, 1990, num. 1, Págs. 29-44.

GONZÁLEZ MURUA, A.R.: "Comentario a la STC 254/1993 de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la constitución y la protección de los datos personales", RVAP, 1993, NÚM. 37,PAGS. 227-270.

GOÑI.F.M.: "Mas sobre los aspectos paracientíficos de la tecnología del DNA recombinante", Euguzhilore, 1993, num. 7, pags. 245-251.

GOSEL, KARL - HEINZ: "las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el procesopenal", Revista del Ministerio Fiscal, (traduc. Polaina navarrete), 1996, num. 3, Págs. 135-166.

GRIMALT SERVERA, P.: "El derecho a controlar los datos personales: algunas consideraciones jurídico-constitucionales". X años de encuentros sobre Informática y derecho 1996-1997, Universidad pontificia Comillas (Coord. DAVARA RODRÍGUEZ), Aranzadi, pamplona, 1997, Págs. 151-172.

GROS ESPIELL, H.: "El proyecto de declaración Universal sobre el Genoma humano y los Derechos de la Persona Humana de la UNESCO", Rev. Der. Gen. H. 1997, num. 7, Págs. 131-160.

GUERRA SAN MARTIN, J.: "La prueba pericial gratuita", la Ley, 1999, num. 4785,Págs.

GUILLEN VÁZQUEZ , M./PESTONI, CARMELA/CARRACEDO ALVAREZ A. : "Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales", Rev. Der. Gen. H., 1998, num. 8, Págs. 137-158.

GUTIÉRREZ CASRBONELL, M.: "Tratamiento procesal de la pericia medica en el procedimiento penal. Diligencias de instrucción y pruebas: Preconstituidas, anticipadas y plenarias", Cuadernos de derecho Judicial "Medicina Legal", CGPJ, Madrid, 1993, V, Págs. 9-43.

HERCE QUEMADA, V.: Derecho Procesal Penal (con GÓMEZ ORBANEJA), 9a. ED., MADRID 1981.

HEREDERO HIGUERAS, M.: "La protección de datos personales en manos de la policía: reflexiones sobre el convenio de SCHENGEN", la protección de los datos personales., regulación nacional e internacional de la seguridad informativa (coord. S. ripoli carulla), centre d' Investigació de la comunicació i Universitat Pompeu Fabra, generalitat de Catalunya, Monografies i Documents, 8 Barcelona, 1993, Págs. 29-47.

HEREDERO HIGUERAS, MANUEL: "La ley orgánica 5/ 1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", Informática judicial y protección de datos personales, jornadas celebradas en san Sebastian los días 7 y 8 de octubre de 1993, Eusko Jaurlaritza/Gobierno vasco, Vitoria Gasteiz, 1994, Págs. 43-76.

HEREDERO HIGUERAS, M.: "La Ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, comentarios y textos, tecnos, Madrid, 1996.

HEREDERO HIGUERAS, MANUEL: "La transposición de la directiva 95/46/CE en el derecho positivo español. Una segunda oportunidad", X años de encuentros sobre informática y derecho 1996-1997, Universidad pontificia Comillas (coord. Davara Rodríguez), Aranzadi, pamplona, 1997, Págs. 133-140.

HERRERO - TEJEDOR, F.: El tiempo no perdona (Notas acerca de la SCT 207/1996, de 16 de diciembre), "Tribunales de justicia, 1998, núm. 4, Págs. 411-418.

HERRERO - TEJEDOR, F.: La intimidad como derecho fundamental, colex-diputación de castelló , Madrid, 1998.

HIGUERA GUIMERA, J.F.: "El derecho ante el proyecto Genoma Humano: el encuentro internacional de Bilbao de 1993". Revista de derecho penal y criminología 1994, num. 4, pags. 1145-1156.

HIGUERA GUIMERA, J.F.: El derecho penal y la Genética, trivium, Madrid, 1995.

IBAÑEZ Y GARCÍA VELASCO, M.: Curso de Derecho Procesal Penal/universidad de Madrid, Madrid, 1969.

IGARTUA SALAVERRIA, J.: Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Tirant lo Blanch, 1995.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", REDC, 1987, num. 20, Págs. 35-82.

JIMÉNEZ ESCOBAR, R.: "informática y derecho a la intimidad: una concepción que debe arrumbarse", Jornadas abogacía e informática, viernes 7 y sábado 8 de mayo de 1993, Ilustre Col·legi d' Advocats de Barcelona, 1993, Págs. 85-88.

KAVENY, M. CATHLEEN: "La genética y el futuro del derecho y la política en Norteamérica", Concilium, 1998, num. 2, pags. 91-111.
KELSEN, HANS: Teoría general del estado, (trad. Luis Legaz Lacambra), 15a. Ed., Nacional México , 1979.

LACADENA CALERO, J.R.: "Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo código penal español: un comentario genético", Rev. Gen. Der. H., 1996, núm. 5, Págs. 207-216.

LLEDO YAGUE, F.: "Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad", La ley, 1986, Tomo 1, Págs. 1074-1081.

LLEDO YAGUE, F.: "La identificación de la persona: ética y genoma. El ADN como factor de identificación", 2a. Parte del trabajo "La identificación de la persona: ética y genoma. Problemas relacionados. La investigación de la paternidad y las pruebas genéticas. El ADN como factor de identificación: El derecho ante el proyecto genoma humano", (con Romeo Casabona), Cuadernos de derecho Judicial, "La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación", CGPJ, Madrid, 1994, III Págs. 401-488.

LLEDO YAGUE, F.: "La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del tribunal constitucional de 19 de enero de 1994", Rev. Der. Gen. H., 1994, num. 1, Págs. 203-312.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: las escuchas telefónicas y la prueba ¡legalmente obtenida, Akal/iure, Madrid, 1989.

LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T.: Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, colex, Madrid, 1991.

LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T.: "las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos graves, cuadernos de derecho judicial, "la restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", CGPJ, Madrid, 1993, XXIX, Págs. 79-114.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: "El principio de proporcionalidad en derecho administrativo", Cuadernos de derecho publico, 1998, num. 5, Págs. 143, 158.

APÉNDICE

LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL - LEY 5/1992

- TITULO I Disposiciones generales
- TITULO II Principios de la protección de datos
- TITULO III Derechos de las personas
- TITULO IV Disposiciones sectoriales
- TITULO V Movimiento internacional de datos
- TITULO VI Agencia de Protección de Datos
- TITULO VII Infracciones y sanciones
- DISPOSICIONES ADICIONALES
- DISPOSICIÓN DEROGATORIA
- DISPOSICIONES FINALES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución española, en su artículo 18.4, emplaza al legislador a limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos. La aún reciente aprobación de nuestra Constitución y, por tanto, su moderno carácter, le permitió expresamente la articulación de garantías contra la posible utilización torticera de ese fenómeno de la contemporaneidad que es la informática.

El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.

Ello es así porque, hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que

se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona. Uno y otro límite han desaparecido hoy: Las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos, o remotos que fueran éstos. Los más diversos -datos sobre la infancia, sobre la vida académica, profesional o laboral, sobre los hábitos de vida y consumo, sobre el uso del denominado «dinero plástico», sobre las relaciones personales o, incluso, sobre las creencias religiosas e ideologías, por poner sólo algunos ejemplos- relativos a las personas podrían ser, así, compilados y obtenidos sin dificultar. Ello permitiría a quien dispusiese de ellos acceder a un conocimiento cabal de actitudes, hechos o pautas de comportamiento que, sin duda, pertenecen a la esfera privada de las personas; a aquélla a la que sólo deben tener acceso el individuo y, quizás, quienes le son más próximos, o aquellos a los que él autorice. Aún más: El conocimiento ordenado de esos datos puede dibujar un determinado perfil de la persona, o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor; y este perfil, sin duda, puede resultar luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como pueden ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos.

Se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que, sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas. La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 18.4 de la Constitución, y al cumplimiento de ese objetivo responde la presente Ley.

Partiendo de que su finalidad es hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos, la Ley se nuclea en torno a los que convencionalmente se denominan «ficheros de datos»: Es la existencia de estos ficheros y la utilización que de ellos podría hacerse la que justifica la necesidad de la nueva frontera de la intimidad y del honor.

A tal efecto, la Ley introduce el concepto de tratamiento de datos, concibiendo los ficheros desde una perspectiva dinámica; dicho en otros términos, no los entiende sólo como un mero depósito de datos, sino también, y sobre todo, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles, si llegasen a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal al que antes se hizo referencia.

La Ley está animada por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de la privacidad que pudieran resultar del tratamiento de la información. A tal efecto se estructura en una parte general y otra especial. La primera atiende a recoger los principios en los que ha cristalizado una opinión iuris, generada a lo largo de dos décadas, y define derechos y garantías encaminados a asegurar la observancia de tales principios generales. Alimentan esta parte general, pues, preceptos delimitadores del ámbito de aplicación de la Ley, principios reguladores de la recogida, registro y uso de datos personales y, sobre todo, garantías de la persona.

El ámbito de aplicación se define por exclusión, quedando fuera de él, por ejemplo, los datos anónimos, que constituyen información de dominio público o recogen información, con la finalidad, precisamente, de darla a conocer al público en general - como pueden ser los registros de la propiedad o mercantiles-, así como, por último, los de uso estrictamente personal. De otro lado, parece conveniente la permanencia de las regulaciones especiales que contienen ya suficientes normas de protección y que se refieren a ámbitos que revisten tal singularidad en cuanto a sus funciones y sus mecanismos de puesta al día y rectificación que aconsejan el mantenimiento de su régimen específico. Así ocurre, por ejemplo, con las regulaciones de los ficheros electorales, del Registro Civil o del Registro Central de Penados y Rebeldes; así acontece, también, con los ficheros regulados por la Ley 12/1989, de 9 de mayo, sobre función estadística pública, si bien que, en este último caso, con sujeción a la Agencia de Protección de Datos. En fin, quedan también fuera del ámbito de la norma aquellos datos que, en virtud de intereses público prevalentes, no deben estar sometidos a su régimen cautelar.

Los principios generales, por su parte, definen las pautas a las que debe atenerse la recogida de datos de carácter personal, pautas encaminadas a garantizar tanto la veracidad de la información contenida en los datos almacenados cuanto la congruencia y la racionalidad de la utilización de los datos. Este principio, verdaderamente cardinal, de la congruencia y la racionalidad, garantiza que los datos no puedan ser usados sino cuando lo justifique la finalidad para la que han sido recabados; su observancia es, por ello, capital para evitar la difusión incontrolada de la información que, siguiendo el mandado constitucional, se pretende limitar. Por su parte, el principio de consentimiento, o de autodeterminación, otorga a la persona la posibilidad de determinar el nivel de protección de los datos a ella referentes. Su base está constituida por la exigencia del consentimiento consciente e informado del afectado para que la recogida de datos sea lícita; sus contornos, por otro lado, se refuerzan singularmente en los denominados «datos sensibles», como pueden ser, de una parte, la ideología o creencias religiosas -cuya privacidad está expresamente garantizada por la Constitución en su artículo 16.2- y, de otra parte, la raza, la salud y la vida sexual. La protección reforzada de estos datos viene determinada porque los primeros de entre los datos mencionados sólo serán disponibles con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, y los segundos sólo serán susceptibles de recopilación mediando dicho consentimiento o una habilitación legal expresa, habilitación que, según exigencia de la propia Ley Orgánica, ha de fundarse en razones de interés general; en todo caso, se establece la prohibición de los ficheros creados con la exclusiva finalidad

de almacenar datos personales que expresen las mencionadas características. En este punto, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución, se atienden las exigencias y previsiones que para estos datos se contienen en el Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos con carácter personal, de 1981, ratificado por España . Para la adecuada configuración, que esta Ley se propone, de la nueva garantía de la intimidad y del honor, resulta esencial la correcta regulación de la cesión de los datos almacenados. Es, en efecto, el cruce de los datos almacenados en diversas instancias o ficheros el que puede arrojar el repetidamente aludido perfil personal, cuya obtención transgrediría los límites de la privacidad. Para prevenir estos perturbadores efectos, la Ley completa el principio del consentimiento, exigiendo que, al procederse la recogida de los datos, el afectado sea debidamente informado del uso que se les puede dar, al objeto de que el consentimiento se preste con conocimiento cabal de su exacto alcance. Sólo las previsiones del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona - artículo 8.2- y del Convenio 108 del Consejo de Europa -artículo 9.2-, que se fundamentan en exigencias lógicas en toda sociedad democrática, constituyen excepciones a esta regla.

Las garantías de la persona son los nutrientes nucleares de la parte general, y se configuran jurídicamente como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los principios genéricos. Son, en efecto, los derechos de autodeterminación, de amparo, de rectificación y de cancelación los que otorgan virtualidad normativa y eficacia jurídica a los principios consagrados en la parte general, principios que, sin los derechos subjetivos ahora aludidos, no rebasarían un contenido meramente programático.

En concreto, los derechos de acceso a los datos, de rectificación y de cancelación, se constituyen como piezas centrales del sistema cautelar o preventivo instaurado por la Ley. El primero de ellos ha cobrado en nuestro país, incluso, plasmación constitucional en lo que se refiere a los datos que obran en poder de las Administraciones Públicas (artículo 105.b). En consonancia con ello queda recogido en la Ley en términos rotundos, no previéndose más excepciones que las derivadas de la puesta en peligro de bienes jurídicos en lo relativo al acceso a los datos policiales y a los precisos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias en lo referente a los datos de este carácter, excepciones ambas que pueden entenderse expresamente recogidas en el propio precepto constitucional antes citado, así como en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Fundamentales.

Para la articulación de los extremos concretos que han de regir los ficheros de datos, la parte especial de la Ley comienza distinguiendo, en su Título Cuarto, entre los distintos tipos de ficheros, según sea su titularidad pública o privada. Con la pretensión de evitar una perniciosa burocratización, la Ley ha desechado el establecimiento de supuestos como la autorización previa o la inscripción constitutiva en un registro.

Simultáneamente, ha establecido regímenes diferenciados para los ficheros en razón de su titularidad, toda vez que, con toda evidencia, resulta más problemático el control de los de titularidad privada que el de aquellos de titularidad pública. En efecto, en lo relativo a estos últimos, no basta la mera voluntad del responsable del fichero sino que es precisa norma habilitante, naturalmente pública y sometida al control jurisdiccional, para crearlos y explotarlos, siendo en estos supuestos el informe previo del órgano de tutela el cauce idóneo para controlar la adecuación de la explotación a las exigencias legales y recomendar, en su caso, las medidas pertinentes.

Otras disposiciones de la parte especial que procede destacar son las atinentes a la transmisión internacional de los datos. En este punto, la Ley traspone la norma del artículo 12 del Convenio 108 del Consejo de Europa, apuntando así una solución para lo que ha dado en llamarse flujo transfronterizo de datos. La protección de la integridad de la información personal se concilia, de esta suerte, con el libre flujo de los datos, que constituye una auténtica necesidad de la vida actual de la que las transferencias bancarias, las reservas de pasajes aéreos o el auxilio judicial internacional pueden ser simples botones de muestra. Se ha optado por exigir que el país de destino cuente en su ordenamiento con un sistema de protección equivalente al español, si bien permitiendo la autorización de la Agencia cuando tal sistema no exista pero se ofrezcan garantías suficientes. Con ello no sólo se cumple con una exigencia lógica, la de evitar un fallo que pueda producirse en el sistema de protección a través del flujo a países que no cuentan con garantías adecuadas, sino también con las previsiones de instrumentos internacionales como los Acuerdos de Schengen o las futuras normas comunitarias.

Para asegurar la máxima eficacia de sus disposiciones, la Ley encomienda el control de su aplicación a un órgano independiente, al que atribuye el estatuto de Ente público en los términos, del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria . A tal efecto la Ley configura un órgano especializado, denominado Agencia de Protección de Datos, a cuyo frente sitúa un Director.

La Agencia se caracteriza por la absoluta independencia de su Director en el ejercicio de sus funciones, independencia que trae causa, en primer lugar, de un expreso imperativo legal, pero que se garantiza, en todo caso, mediante el establecimiento de un mandato fijo que sólo puede ser acortado por un *numerus clausus* de causas de cese.

La Agencia dispondrá, además, de un órgano de apoyo definido por los caracteres de colegiación y representatividad, en el que obtendrán presencia las Cámaras que representan a la soberanía nacional, las Administraciones Públicas en cuanto titulares de ficheros objeto de la presente Ley, el sector privado, las organizaciones de usuarios y consumidores y otras personas relacionadas con las diversas funciones que cumplen los archivos informatizados.

El inevitable desfase que las normas de derecho positivo ofrecen respecto de las transformaciones sociales es, si cabe, más acusado en este terreno, cuya evolución tecnológica es especialmente, dinámica. Ello hace aconsejable, a la hora de normar estos campos, acudir a mecanismos jurídicos dotados de menor nivel de vinculación,

susceptibles de una elaboración o modificación más rápida de lo habitual y caracterizados por que es la voluntaria aceptación de sus destinatarios la que les otorga eficacia normativa. En esta línea la Ley recoge normas de autorregulación, compatibles con las recomendaciones de la Agencia, que evitan los inconvenientes derivados de la especial rigidez de la Ley Orgánica que, por su propia naturaleza, es inidónea para un acentuado casuismo. La propia experiencia de lo ocurrido con el Convenio del Consejo de Europa, que ha tenido que ser objeto de múltiples modificaciones al socaire de las distintas innovaciones tecnológicas, de las sucesivas y diferentes aplicaciones -estadística, Seguridad Social, relaciones de empleo, datos policiales, publicidad directa o tarjetas de crédito, entre otras- o de la ampliación de los campos de utilización -servicio telefónico o correo electrónico- aconseja recurrir a las citadas normas de autorregulación. De ahí que la Ley acuda a ellas para aplicar las previsiones legales a los distintos sectores de actividad. Tales normas serán elaboradas por iniciativa de las asociaciones y organizaciones pertinentes y serán aprobadas, sin valor reglamentario, por la Agencia, siendo precisamente la iniciativa y participación de las entidades afectadas la garantía de la virtualidad de las normas.

La Ley no consagra nuevos tipos delictivos, ni define supuestos de responsabilidad penal para la eventualidad de su incumplimiento. Ello obedece a que se entiende que la sede lógica para tales menesteres no es esta Ley, sino sólo el Código Penal. Sí se atribuye, sin embargo, a la Administración la potestad sancionadora que es lógico correlato de su función de inspección del uso de los ficheros, similar a las demás inspecciones administrativas, y que se configura de distinta forma según se proyecte sobre la utilización indebida de los ficheros públicos, en cuyo caso procederá la oportuna responsabilidad disciplinaria, o sobre los privados, para cuyo supuesto se prevén sanciones pecuniarias.

De acuerdo con la práctica usual, la Ley se limita a tipificar, de conformidad con lo requerido por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, unos supuestos genéricos de responsabilidad administrativa, recogiendo una gradación de infracciones que sigue la habitual distinción entre leves, graves y muy graves, y que toma como criterio básico el de los bienes jurídicos emanados. Las sanciones, a su vez, difieren según que los ficheros indebidamente utilizados sean públicos o privados: en el primero caso, procederá la responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la intervención del Defensor del Pueblo; para el segundo, se prevén sanciones pecuniarias; en todo caso, se articula la posibilidad en los supuestos, constitutivos de infracción muy grave, de cesión ilícita de datos o de cualquier otro atentado contra los derechos de los afectados que revista gravedad, de inmovilizar los ficheros.

Finalmente, la Ley estipula un período transitorio que se justifica por la necesidad de ajustar la utilización de los ficheros existentes a las disposiciones legales. Pasado este período transitorio, y una vez en vigor la Ley, podrá muy bien decirse, una vez más, que el desarrollo legislativo de un precepto constitucional se traduce en una protección reforzada de los derechos fundamentales del ciudadano. En este caso, al desarrollar legislativamente el mandato constitucional de limitar el uso de la informática, se está estableciendo un nuevo y más consistente derecho a la privacidad de las personas.

TITULO I Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto

La presente Ley Orgánica, en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos.

Artículo 2. Ambito de aplicación.

1. La presente Ley será de aplicación a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado.

2. El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley no será de aplicación: a) A los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general.

b) A los ficheros mantenidos por personas físicas con fines exclusivamente personales.

c) A los ficheros de información tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en boletines, diarios o repertorios oficiales.

d) A los ficheros de informática jurídica accesibles al público en la medida en que se limiten a reproducir disposiciones o resoluciones judiciales publicadas en periódicos o repertorios oficiales.

e) A los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos e iglesias, confesiones y comunidades religiosas en cuanto los datos se refieran a sus asociados o miembros y ex miembros, sin perjuicio de la cesión de los datos que queda sometida a lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley, salvo que resultara de aplicación el artículo 7 por tratarse de los datos personales en él contenidos.

3. Se regirán por sus disposiciones específicas: a) Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral.

b) Los sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.

c) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes.

d) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos y estén amparados por la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística pública, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36.

e) Los ficheros automatizados cuyo objeto sea el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales regulados en el artículo 68 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

Artículo 3. Definiciones

A los efectos de la presente Ley se entenderá por: a) Datos de carácter personal: Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Fichero automatizado: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

b) Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

c) Responsable del fichero: Persona física, jurídica de naturaleza pública o privada y órgano administrativo que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

d) Afectado: Persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.

e) Procedimiento de disociación: Todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o determinable.

TITULO II Principios de la protección de datos

Artículo 4. Calidad de los datos

1. Sólo se podrán recoger datos de carácter personal para su tratamiento automatizado, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido.

En su clasificación sólo podrán utilizarse criterios que no se presten a prácticas ilícitas.

2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

3. Dichos datos serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado.

4. Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 15.

5. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados y registrados.

No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos sus valores históricos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos.

6. Serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso por parte del afectado.

7. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

Artículo 5. Derecho de información en la recogida de datos.

1. Los afectados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación.
e) De la identidad y dirección del responsable del fichero.
2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.
3. No será necesaria la información a que se refiere el apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

Artículo 6. Consentimiento del afectado

1. El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.
2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación comercial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.
3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuya efectos retroactivos.

Artículo 7. Datos especialmente protegidos

1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.
2. Sólo con consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de un tratamiento automatizado los datos de carácter personal que revelen la ideología, religión y creencias.
3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente.

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual.

5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros automatizados de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.

Artículo 8. Datos relativos a la salud

Sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8, 10, 23 y 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; 85.5, 96 y 98 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública, y demás Leyes sanitarias.

Artículo 9. Seguridad de los datos

1. El responsable del fichero deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros automatizados que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas.

3. Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros automatizados y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta Ley.

Artículo 10. Deber de secreto

El responsable del fichero automatizado y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo.

Artículo 11. Cesión de datos

1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento automatizado sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

- a) Cuando una Ley prevea otra cosa.
- b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.
- c) Cuando el establecimiento del fichero automatizado responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho fichero con ficheros de terceros. En este caso la cesión sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.
- d) Cuando la cesión que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.
- e) Cuando la cesión se produzca entre las Administraciones Públicas en los supuestos previstos en el artículo 19.
- f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero automatizado o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en el artículo 8 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

3. Será nulo el consentimiento cuando no recaiga sobre un cesionario determinado o determinable, o si no constase con claridad la finalidad de la cesión que se consiente.

4. El consentimiento para la cesión de datos de carácter personal tiene también un carácter de revocable.

5. El cesionario de los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la cesión, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley.

6. Si la cesión se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores.

TITULO III Derechos de las personas

Artículo 12. Impugnación de valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados

El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad.

Artículo 13. Derecho de información

Cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del fichero. El Registro General será de consulta pública y gratuita.

Artículo 14. Derecho de acceso

1. El afectado tendrá derecho a solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal incluidos en los ficheros automatizados.

2. La información podrá consistir en la mera consulta de los ficheros por medio de su visualización, o en la comunicación de los datos pertinentes mediante escrito, copia,

telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos convencionales que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos.

3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el afectado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrá ejercitarlo antes.

Artículo 15. Derecho de rectificación y cancelación

1. Por vía reglamentaria se establecerá el plazo en que el responsable del fichero tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del afectado.

2. Los datos de carácter personal que resulten inexactos o incompletos serán rectificadas y cancelados en su caso.

3. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido cedidos previamente, el responsable del fichero deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada al cesionario.

4. La cancelación no procederá cuando pudiese causar un perjuicio a intereses legítimos del afectado o de terceros o cuando existiese una obligación de conservar los datos.

5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del fichero y el afectado.

Artículo 16. Procedimiento de acceso

1. El procedimiento para ejercitar el derecho de acceso, así como el de rectificación y cancelación será establecido reglamentariamente.

2. No se exigirá contraprestación alguna por la rectificación o cancelación de los datos de carácter personal inexactos.

Artículo 17. Tutela de los derechos y derecho de indemnización

1. Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los afectados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine.

2. Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos procederá recurso contencioso-administrativo.

3. Los afectados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable del fichero, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.

4. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

5. En el caso de los ficheros de titularidad privada la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

TITULO IV Disposiciones sectoriales

CAPITULO I Ficheros de titularidad pública

Artículo 18. Creación, modificación o supresión

1. La creación, modificación o supresión de los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial correspondiente.
2. Las disposiciones de creación o de modificación de los ficheros deberán indicar: a) La finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo.
b) Las personas o colectivos sobre los que se pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos.
c) El procedimiento de recogida de los datos de carácter personal.
d) La estructura básica del fichero automatizado y la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo.
e) Las cesiones de datos de carácter personal que, en su caso, se prevean.
f) Los órganos de la Administración responsables del fichero automatizado.
g) Los servicios o unidades ante los que pudiesen ejercitarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación.
3. En las disposiciones que se dicten para la supresión de los ficheros automatizados se establecerá el destino de los mismos o, en su caso, las previsiones que se adopten para su destrucción.

Artículo 19. Cesión de datos entre Administraciones Públicas

1. Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán cedidos a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la cesión hubiese sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso.
2. Podrán, en todo caso, ser objeto de cesión los datos de carácter personal que una Administración Pública obtenga o elabore con destino a otra.
3. No obstante lo establecido en el artículo 11.2.b) la cesión de datos recogidos de fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una Ley prevea otra cosa.

Artículo 20. Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

1. Los ficheros automatizados creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que contengan datos de carácter personal que, por haberse recogido para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente, estarán sujetos al régimen general de la presente Ley.
2. La recogida y tratamiento automatizado 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.

3. La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta.

4. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad.

Artículo 21. Excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación

1. Los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior podrán denegar el acceso, la rectificación o la cancelación en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

2. Los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública podrán, igualmente, denegar el ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado anterior cuando el mismo obstaculice las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras.

3. El afectado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados anteriores, podrá ponerlo en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o del Organismo competente de cada Comunidad Autónoma en el caso de ficheros automatizados mantenidos por Cuerpos de Policía propios de éstas, o por las Administraciones Tributarias Autonómicas, quien deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación.

Artículo 22. Otras excepciones a los derechos de los afectados

1. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte a la Defensa, Nacional, a la Seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas.

2. Lo dispuesto en el artículo 14 y en el apartado 1 del artículo 15 no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección. Si el órgano administrativo responsable del fichero automatizado invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas.

CAPITULO II Ficheros de titularidad privada

Artículo 23. Creación

Podrán crearse ficheros automatizados de titularidad privada que contengan datos de carácter personal cuando resulte necesario para el logro de la actividad u objeto legítimos de la persona, empresa o entidad titular y se respeten las garantías que esta Ley establece para la protección de las personas.

Artículo 24. Notificación e inscripción registral

1. Toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros automatizados de datos de carácter personal lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos.

2. Por vía reglamentaria se procederá a la regulación detallada de los distintos extremos que debe contener la notificación, entre los cuales figurarán necesariamente el responsable del fichero, la finalidad del mismo, su ubicación, el tipo de datos de carácter personal que contiene, las medidas de seguridad y las cesiones de datos de carácter personal que se prevean realizar.

3. Deberán comunicarse a la Agencia de Protección de Datos los cambios que se produzcan en la finalidad del fichero automatizado, en su responsable y en la dirección de su ubicación.

4. El Registro General de Protección de Datos inscribirá el fichero automatizado si la I notificación se ajusta a los requisitos exigibles.

En caso contrario podrá pedir que se completen los datos que falten o se proceda a su subsanación.

5. Transcurrido un mes desde la presentación de la solicitud de inscripción sin que la Agencia de Protección de Datos hubiera resuelto sobre la misma, se entenderá inscrito el fichero automatizado a todos los efectos.

Artículo 25. Comunicación de la cesión de datos

1. El responsable del fichero, en el momento en que se efectúe la primera cesión de datos, deberá informar de ello a los afectados, indicando asimismo la finalidad del fichero, la naturaleza de los datos que han sido cedidos y el nombre y dirección del cesionario.

2. La obligación establecida en el apartado anterior no existirá en el supuesto previsto en los apartados 2, letras c), d) y e), y 6 del artículo 11 ni cuando la cesión venga impuesta por Ley.

Artículo 26. Datos sobre abonados a servicios de telecomunicación

Los números de los teléfonos y demás servicios de telecomunicación, junto con otros datos complementarios, podrán figurar en los repertorios de abonados de acceso al público, pero el afectado podrá exigir su exclusión.

Artículo 27. Prestación de servicios de tratamiento automatizado de datos de carácter personal

1. Quienes, por cuenta de terceros, presten servicios de tratamiento automatizado de datos de carácter personal no podrán aplicar o utilizar los obtenidos con fin distinto al que figure en el contrato de servicios, ni cederlos, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

2. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal tratados deberán ser destruidos, salvo que medie autorización expresa de aquél por cuenta de quien se prestan tales servicios, porque razonablemente se presume la posibilidad de ulteriores encargos, en cuyo caso se podrán almacenar con las debidas condiciones de seguridad por un período de cinco años.

Artículo 28. Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito

1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar automatizadamente datos de carácter personal obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el afectado o con su consentimiento. Podrán tratarse, igualmente, datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los afectados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros automatizados, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley.

2. Cuando el afectado lo solicite, el responsable del fichero le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección del cesionario.

3. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los afectados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años.

Artículo 29. Ficheros con fines de publicidad

1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas, utilizarán listas tratadas automáticamente de nombres y direcciones u otros datos personales, cuando los mismos figuren en documentos accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios afectados u obtenidos con su consentimiento.

2. Los afectados tendrán derecho a conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como a ser dados de baja de forma inmediata del fichero automatizado, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud.

Artículo 30. Ficheros relativos a encuestas o investigaciones

1. Sólo se utilizarán de forma automatizada datos de carácter personal en las encuestas de opinión, trabajos de prospección de mercados, investigación científica o médica y actividades análogas, si el afectado hubiera prestado libremente su consentimiento a tal efecto.

2. Los datos de carácter personal tratados automáticamente con ocasión de tales actividades no podrán ser utilizados con finalidad distinta ni cedidos de forma que puedan ser puestos en relación con una persona concreta.

Artículo 31. Códigos tipo

1. Mediante acuerdos sectoriales o decisiones de empresa, los responsables de ficheros de titularidad privada podrán formular códigos tipo que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto de los principios y disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo.

Los citados códigos podrán contener o no reglas operacionales detalladas de cada sistema particular y estándares técnicos de aplicación.

En el supuesto de que tales reglas o estándares no se incorporaran directamente al código, las instrucciones u órdenes que los establecieran deberán respetar los principios fijados en aquél.

2. Los códigos tipo tendrán el carácter de códigos deontológicos o de buena práctica profesional, debiendo ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos, que podrá denegar la inscripción cuando considere que no se ajustan a las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, debiendo, en este caso, el Director de la Agencia de Protección de Datos requerir a los solicitantes para que efectúen las correcciones oportunas.

TITULO V Movimiento internacional de datos

Artículo 32. Norma general

No podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento automatizado o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas.

Artículo 33. Excepciones

Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación:

- a) Cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España.
- b) Cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional.
- c) Cuando la misma tenga por objeto el intercambio de datos de carácter médico entre facultativos o instituciones sanitarias y así lo exija el tratamiento del afectado, o la investigación epidemiológica de enfermedades o brotes epidémicos.
- d) Cuando se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.

TITULO VI Agencia de Protección de Datos

Artículo 34. Naturaleza y régimen jurídico

1. Se crea la Agencia de Protección de Datos.
2. La Agencia de Protección de Datos es un Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones. Se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en un Estatuto propio que será aprobado por el Gobierno, así como por aquellas disposiciones que le sean aplicables en virtud del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria.
3. En el ejercicio de sus funciones públicas, y en defecto de lo que dispongan la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, la Agencia de Protección de Datos actuará de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo. En sus adquisiciones patrimoniales y contratación estará sujeta al Derecho privado.
4. Los puestos de trabajo de los órganos y servicios que integren la Agencia de Protección de Datos serán desempeñados por funcionarios de las Administraciones Públicas y por personal contratado al efecto, según la naturaleza de las funciones asignadas a cada puesto de trabajo. Este personal está obligado a guardar secreto de los datos de carácter personal de que conozca en el desarrollo de su función.
5. La Agencia de Protección de Datos contará, para el cumplimiento de sus fines, con los siguientes bienes y medios económicos:
 - a) Las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.
 - b) Los bienes y valores que constituyan su patrimonio, así como los productos y rentas del mismo.
 - c) Cualesquiera otros que legalmente puedan serle atribuidos.
6. La Agencia de Protección de Datos elaborará y aprobará con carácter anual el correspondiente anteproyecto de presupuesto y lo remitirá al Gobierno para que sea integrado, con la debida independencia, en los Presupuestos Generales del Estado.

Artículo 35. El Director

1. El Director de la Agencia de Protección de Datos dirige la Agencia y ostenta su representación. Será nombrado, de entre quienes componen el Consejo Consultivo, mediante Real Decreto, por un período de cuatro años.
2. Ejercerá sus funciones con plena independencia y objetividad y no estará sujeto a instrucción alguna en el desempeño de aquéllas.
3. El Director de la Agencia de Protección de Datos sólo cesará antes de la expiración del período a que se refiere el apartado 1 a petición propia o por separación acordada por el Gobierno, previa instrucción de expediente, en el que necesariamente serán oídos los restantes miembros del Consejo Consultivo, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función, incompatibilidad o condena por delito doloso.
4. El Director de la Agencia de Protección de Datos tendrá la consideración de alto cargo.

Artículo 36. Funciones

Son funciones de la Agencia de Protección de Datos: a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de datos.

- b) Emitir las autorizaciones previstas en la Ley o en sus disposiciones reglamentarias.
- c) Dictar, en su caso y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la presente Ley.
- d) Atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas.
- e) Proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.
- f) Ordenar la cesación de los tratamientos de datos de carácter personal y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajusten a las disposiciones de la presente Ley.
- g) Ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos por el título VII de la presente Ley.
- h) Informar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen esta Ley.
- i) Recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria para el desempeño de sus funciones.
- j) Velar por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de datos con carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine.
- k) Redactar una memoria anual y remitirla al Ministerio de Justicia.
- l) Ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos, así como desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales.
- m) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que la Ley de la Función Estadística Pública establece respecto a la recogida de datos estadísticos y al secreto estadístico, así como dictar las instrucciones precisas, dictaminar sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos y ejercer la potestad a la que se refiere el artículo 45.
- n) Cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias.

Artículo 37. Consejo consultivo

El Director de la Agencia de Protección de Datos estará asesorado por un Consejo Consultivo compuesto por los siguientes miembros: Un Diputado, propuesto por el Congreso de los Diputados.

Un Senador, propuesto por la correspondiente Cámara.

Un representante de la Administración Central, designado por el Gobierno.

Un representante de la Administración Local, propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias.

Un miembro de la Real Academia de la Historia, propuesto por la misma.

Un experto en la materia, propuesto por el Consejo Superior de Universidades.

Un representante de los usuarios y consumidores, seleccionado del modo que se prevea reglamentariamente.

Un representante de las Comunidades Autónomas, cuya propuesta se realizará a través del procedimiento que se establezca en las disposiciones de desarrollo de esta Ley.

Un representante del sector de ficheros privados, para cuya propuesta se seguirá el procedimiento que se regule reglamentariamente.

El funcionamiento del Consejo Consultivo se regirá por las normas reglamentarias que al efecto se establezcan.

Artículo 38. El Registro General de Protección de Datos

1. Se crea el Registro General de Protección de Datos como órgano integrado en la Agencia de Protección de Datos.

2. Serán objeto de inscripción en el Registro General de Protección de Datos: a) Los ficheros automatizados de que sean titulares las Administraciones Públicas.

b) Los ficheros automatizados de titularidad privada.

c) Las autorizaciones a que se refiere la presente Ley.

d) Los códigos tipo a que se refiere el artículo 31 de la presente Ley.

e) Los datos relativos a los ficheros que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación.

3. Por vía reglamentaria se regulará el procedimiento de inscripción de los ficheros, tanto de titularidad pública como de titularidad privada, en el Registro General de Protección de Datos, el contenido de la inscripción, su modificación, cancelación, reclamaciones y recursos contra las resoluciones correspondientes y demás extremos pertinentes.

Artículo 39. Potestad de inspección

1. La Agencia de Protección de Datos podrá inspeccionar los ficheros a que hace referencia la presente Ley recabando cuantas informaciones precise para el cumplimiento de sus cometidos.

A tal efecto, podrá solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, así como inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos accediendo a los locales donde se hallen instalados.

2. Los funcionarios que ejerzan la inspección a que se refiere el apartado anterior, tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos. Estarán obligados a guardar secreto sobre las informaciones que conozcan en el ejercicio de las mencionadas funciones, incluso después de haber cesado en las mismas.

Artículo 40. Órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas

1. Las funciones de la Agencia de Protección de Datos reguladas en el artículo 36, a excepción de las mencionadas en los apartados j), k) y l) y en los apartados f) y g) en lo que se refiere a las transferencias internacionales de datos, así como en los artículos 45 y 48, en relación con sus específicas competencias, serán ejercidas, cuando afecten a ficheros automatizados de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, a los que se garantizará plena independencia y objetividad en el ejercicio de su cometido.

2. Las Comunidades Autónomas podrán crear y mantener sus propios registros de ficheros públicos para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los

mismos, respecto de los archivos informatizados de datos personales cuyos titulares sean los órganos de las respectivas Comunidades Autónomas o de sus Territorios Históricos.

3. El Director de la Agencia de Protección de Datos podrá convocar regularmente a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a efectos de cooperación institucional y coordinación de criterios o procedimientos de actuación. El Director de la Agencia de Protección de Datos y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas podrán solicitarse mutuamente la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 41. Ficheros de las Comunidades Autónomas en materias de su exclusiva competencia

1. Cuando el Director de la Agencia de Protección de Datos constate que el mantenimiento o uso de un determinado fichero automatizado de las Comunidades Autónomas contraviene algún precepto de esta Ley en materia de su exclusiva competencia, podrá requerir a la Administración correspondiente para que adopte las medidas correctoras que determine en el plazo que expresamente se fije en el requerimiento.

2. Si la Administración Pública correspondiente no cumpliera el requerimiento formulado, el Director de la Agencia de Protección de Datos podrá impugnar la resolución adoptada por aquella Administración.

TITULO VII Infracciones y sanciones

Artículo 42. Responsables

1. Los responsables de los ficheros estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley.

2. Cuando se trate de ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas se estará, en cuanto al procedimiento y a las sanciones, a lo dispuesto en el artículo 45, apartado 2.

Artículo 43. Tipos de infracciones

1. Las infracciones se calificarán como leves, graves o muy graves.

2. Son infracciones leves: a) No proceder, de oficio o a solicitud de las personas o instituciones legalmente habilitadas para ello, a la rectificación o cancelación de los errores, lagunas o inexactitudes de carácter formal de los ficheros.

b) No cumplir las instrucciones dictadas por el Director de la Agencia de Protección de Datos, o no proporcionar la información que éste solicite en relación a aspectos no sustantivos de la protección de datos.

c) No conservar actualizados los datos de carácter personal que se mantengan en ficheros automatizados.

d) Cualquiera otra que afecte a cuestiones meramente formales o documentales y que no constituya infracción grave o muy grave.

3. Son infracciones graves: a) Proceder a la creación de ficheros automatizados de titularidad pública o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los

mismos, sin autorización de disposición general, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial correspondiente.

- b) Proceder a la creación de ficheros automatizados de titularidad privada o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos con finalidades distintas de las que constituyen el objeto legítimo de la empresa o entidad.
- c) Proceder a la recogida de datos de carácter personal sin recabar el consentimiento expreso de las personas afectadas, en los casos en que éste sea exigible, o sin proporcionarles la información que señala el artículo 5 de la presente Ley.
- d) Tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidas en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave.
- e) El impedimento o la obstaculización del ejercicio del derecho de acceso y la negativa a facilitar la información que sea solicitada.
- f) Mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o \ cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas que la presente Ley ampara.
- g) La vulneración del deber de guardar secreto, cuando no constituya infracción muy grave.
- h) Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria, se determinen.
- i) No remitir a la Agencia de Protección de Datos las notificaciones previstas en esta Ley o en sus disposiciones de desarrollo, así como no proporcionar en plazo a la misma cuantos documentos e informaciones deba recibir o sean requeridos por aquél a tales efectos.
- j) La obstrucción al ejercicio de la función inspectora.

4. Son infracciones muy graves: a) La recogida de datos en forma engañosa y fraudulenta.

- b) La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas.
- c) Recabar y tratar de forma automatizada los datos de carácter personal a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 cuando no medie el consentimiento expreso del afectado; recabar y tratar de forma automatizada los datos referidos en el apartado 3 del artículo 7 cuando no lo disponga una Ley o el afectado no haya consentido expresamente o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7.
- d) No cesar en el uso ilegítimo de los tratamientos automatizados de datos de carácter personal cuando sea requerido para ello por el Director de la Agencia de Protección de Datos o por las personas titulares del derecho de acceso.
- e) La transferencia, temporal o definitiva, de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento automatizado o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento, con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable sin autorización del Director de la Agencia de Protección de Datos.

- f) Tratar de forma automatizada los datos de carácter personal de forma ilegítima o con menosprecio de los principios y garantías que les sean de aplicación, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales.
- g) La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7.

Artículo 44. Tipos de sanciones

1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa
2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa
3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa
4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad y a la reincidencia.
5. El Gobierno actualizará periódicamente la cuantía de las sanciones de acuerdo con las variaciones que experimenten los índices de precios.

Artículo 45. Infracciones de las Administraciones Públicas

1. Cuando las infracciones a que se refiere el artículo 43 fuesen cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas, el Director de la Agencia de Protección de Datos dictará una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción. Esta resolución se notificará al responsable del fichero, al órgano del que dependa jerárquicamente y a los afectados si los hubiera.
2. El Director de la Agencia podrá proponer también la iniciación de actuaciones disciplinarias, si procedieran. El procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones Públicas.
3. Se deberán comunicar a la Agencia las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones a que se refieren los apartados anteriores.
4. El Director de la Agencia comunicará al Defensor del Pueblo las actuaciones que efectúe y las resoluciones que dicte al amparo de los apartados anteriores.

Artículo 46. Prescripción

1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.
2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.
3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción sí el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses por causa no imputable al presunto infractor.
4. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.
5. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

6. La prescripción se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si el mismo está paralizado durante más de seis meses por causa no imputable al infractor.

Artículo 47. Procedimiento sancionador

1. Por vía reglamentaria se establecerá el procedimiento a seguir para la determinación de las infracciones y la imposición de las sanciones a que hace referencia el presente Título.

2. Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos, u órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, procederá recurso contencioso-administrativo.

Artículo 48. Potestad de inmovilización de ficheros

En los supuestos, constitutivos de infracción muy grave, de utilización o cesión ilícita de los datos de carácter personal en que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las leyes garantizan, el Director de la Agencia de Protección de Datos podrá, además de ejercer la potestad sancionadora, requerir a los responsables de ficheros automatizados de datos de carácter personal, tanto de titularidad pública como privada, la cesación en la utilización o cesión ilícita de los datos. Si el requerimiento fuera desatendido la Agencia de Protección de Datos podrá, mediante resolución motivada, inmovilizar tales ficheros automatizados a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.-Exclusión de la aplicación de los Títulos VI y VII.

Lo dispuesto en los Títulos VI y VII no es de aplicación a los ficheros automatizados de los que sean titulares las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Segunda.-Ficheros existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

1. Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica deberán ser comunicados a la Agencia de Protección de Datos los ficheros y tratamientos automatizados de datos de carácter personal existentes con anterioridad y comprendidos dentro de su ámbito de aplicación.

2. Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, las Administraciones Públicas responsables de ficheros automatizados ya existentes deberán adoptar una disposición de regulación del fichero o adaptar la que existiera.

Tercera.-Competencias del Defensor del Pueblo.

Lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se entiende sin perjuicio de las competencias del Defensor del Pueblo y de los órganos análogos de las Comunidades Autónomas.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única.-Adaptaciones complejas a lo establecido en la Ley.

Cuando la adaptación de los ficheros automatizados a los principios y derechos establecidos en la presente Ley requiera la adopción de medidas técnicas complejas o el tratamiento de un gran volumen de datos, tales adaptaciones y tratamientos deberán realizarse en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, sin perjuicio del cumplimiento, en todo lo demás, de las disposiciones de la misma.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única.-Derogación de la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/1982.

Queda derogada la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.-Habilitación de desarrollo reglamentario.

El Gobierno dictará las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente Ley, y para regular la estructura orgánica de la Agencia de Protección de Datos.

Segunda.-Extensión de la aplicación de la Ley a ficheros convencionales.

El Gobierno, previo informe del Director de la Agencia de Protección de Datos, podrá extender la aplicación de la presente Ley, con las modificaciones y adaptaciones que fuesen necesarias, a los ficheros que contengan datos almacenados en forma convencional y que no hayan sido sometidos todavía o no estén destinados a ser sometidos a tratamiento automatizado.

Tercera.-Preceptos con carácter de Ley ordinaria.

Los artículos 18, 19, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31, los Títulos VI y VII, las disposiciones adicionales primera y segunda y la disposición final primera tienen carácter de Ley ordinaria.