

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TOMA DE MUESTRAS DE ADN PARA LA OBTENCIÓN DE UNA PRUEBA DE ADN EFICAZ

Joaquín Sarrión Esteve

*Departamento de Derecho Administrativo y Procesal.
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Manuel ARENILLA SÁEZ, don Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, don Federico Andrés LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, don Javier MANCHADO DE ARMAS y don Alberto PALOMAR OLMEDA.

EXTRACTO

La prueba de ADN constituye una herramienta esencial en la investigación criminal, más aún en un contexto de criminalidad globalizada como el que vivimos hoy en día. El objetivo de la utilización de los perfiles de ADN debe ser la obtención de una prueba válida, que goce de eficacia en un proceso penal (en general un proceso nacional), lo que exige que sea lo más fiable posible, y que su obtención respete los derechos fundamentales (y los requisitos legalmente establecidos). Estas notas deben darse en las distintas fases que integran lo que se ha llamado «uso forense de la tecnología del ADN»: obtención de la muestra, extracción del perfil y su tratamiento en la base de datos.

El objetivo de este trabajo es aproximarnos a las exigencias derivadas del respeto de los derechos fundamentales en la fase de la obtención de la muestra de ADN, a nivel interno, así como tratar de identificar los problemas existentes en este ámbito teniendo en consideración la participación de nuestro país en el proceso de integración europea.

Palabras claves: derechos fundamentales, toma de muestras de ADN y tecnología de ADN.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014

THE FUNDAMENTAL RIGHTS GUARANTEE IN THE COLLECTION OF DNA SAMPLES TO OBTAIN EFFECTIVE DNA EVIDENCE

Joaquín Sarrión Esteve

ABSTRACT

DNA evidence is an essential tool in criminal investigation, particularly in the globalized crime context in which we live today. The goal of using DNA profiles is to obtain a valid evidence for a criminal proceeding (in general, we can speak about a national criminal proceeding). And to do it, the DNA evidence must be obtained with the maximum respect to fundamental rights and legal guarantees in the three stages of the so called DNA technology forensic use: the sample collection, the extraction of DNA profile and its treatment in criminal databases.

The aim of this work is to identify the fundamental rights guarantees involved in the first stage at national level, and try to identify the problems in this area taking into consideration the participation of our country in the European integration process.

Keywords: fundamental rights, DNA sample collection and DNA technology.

Sumario

I. Motivación

II. La obtención de la muestra de ADN

1. Concepto de muestras de ADN
2. La toma o recogida de muestras de ADN
 - 2.1. Forma de obtención de la muestra
 - 2.2. Identificación de las muestras de ADN
 - 2.3. Lugar geográfico de toma o recogida de las muestras de ADN. La obtención de muestras de ADN a nivel interno
3. El respeto de los derechos fundamentales en la obtención de muestras de ADN como garantía de una prueba lícita

III. Conclusiones

Bibliografía

NOTA: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado «Intercambio y protección de datos personales en la UE: la prueba pericial de ADN y su eficacia procesal en España», financiado por el Plan Nacional de I+D+I (2009-2014), DER 2009-08071, MICINN, España.

joaquin.sarrion@uv.es

I. MOTIVACIÓN

Desde que JEFFREYS implementó el uso del material genético para la identificación humana en 1985 a través de lo que denominó *DNA fingerprinting* (huella digital de ADN)¹, este se ha convertido en un instrumento esencial al servicio de la investigación criminal², fundamentalmente gracias a las características especiales de la información genética que se obtiene de la extracción del perfil de ADN de una muestra biológica en el laboratorio, y que ha asumido el rol de un nuevo *language of truth*³ y de *gold standard*⁴.

Forma parte de las nuevas tecnologías biométricas que representan un reto para los sistemas de seguridad del mundo actual para poder luchar contra el crimen globalizado⁵. Ahora bien, para una utilización eficiente de la información genética es muy importante su tratamiento automatizado en bases de datos.

Las bases de datos, en sentido estricto, están compuestas por un soporte informático que acumula datos alfanuméricos, esto es, números y letras asociados a un código de identificación, a los que se puede acceder de forma automática; diferenciándose así de los «archivos de ADN», que contienen muestras de ADN⁶.

¹ En este sentido, la prueba del ADN se utilizó por primera vez en Inglaterra, en 1985, por parte de Alec JEFFREYS, que llevó a exculpar al primer sospechoso que había confesado al no existir correspondencia en la prueba de ADN, el 21 de noviembre de 1986 en el Crown Court de Leicester. Finalmente se condenó al culpable tras la prueba de ADN. Vid. FOURNEY, R. M.: «Forensic reality and the practical experience of DNA typing update», <http://www.isrcl.org/Papers/Fourney.pdf>, págs. 2-3.

² LEE, H. C. y TIRNADY, F.: *Blood evidence: How DNA is revolutionizing the way we solve crimes*, Cambridge: Perseus Publishing, 2003, pág. 6.

³ HINDMAN, R. y PRAINSACK, B. (ed.): *Genetic suspects. Global governance of forensic DNA profiling and databasing*, Cambridge, University Press, 2010, pág. 1

⁴ COLLE, S. A. y LYNCH, M.: «DNA profiling versus fingerprint evidence: More of the same?», en HINDMAN, R. y PRAINSACK, B. (ed.), *Genetic Suspects*, cit., pág. 123.

⁵ SARRIÓN ESTEVE, J. y BENLLOCH DOMÈNECH, C.: «Biometric technologies trends in relation to fundamental rights protection in European Union security policy: With a particular approach to DNA technology», disponible en SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2542512>; SARRIÓN ESTEVE, J.: «DNA data exchange between EU member States and fundamental rights protection», *Amicus Curiae*, 2015 (en prensa).

⁶ Es decir, «ya extraído del núcleo celular y de las mitocondrias, disuelto para ser analizado»; y de los archivos de muestras biológicas, que serían los almacenes de muestras biológicas. Vid. LORENTE ACOSTA, J. A., «Identificación genética criminal: Importancia médico legal de las bases de datos del ADN», en ROMEO CASABONA, C. M. (ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao-Granada: Comares, 2002, págs. 4 y 5.

Siendo conscientes de esta relevancia, en el ámbito de la Unión Europea se han aprobado una serie de normas que regulan las bases de datos policiales de ADN⁷: la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, conocida como «Decisión Prüm», y la Decisión 2008/616/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, relativa a la ejecución de la anterior⁸.

Pero para que un intercambio de perfiles de ADN sea realmente eficaz es necesario que dicho intercambio facilite la obtención de una prueba pericial de ADN que finalmente sea admisible en un proceso penal, y que, a su vez, esta sea lo más fiable posible⁹.

Una prueba, por tanto, que se haya obtenido de la forma más fiable, esto es, conforme a los métodos científicos y tecnológicos adecuados; y lícitamente, es decir, con el máximo respeto de los derechos fundamentales y de los requisitos legales.

Y esto se debería dar en las distintas fases que integran el llamado «uso forense de la tecnología del ADN»: obtención de muestras, extracción del perfil en el laboratorio, y el tratamiento del perfil en las bases de datos¹⁰; siendo esencial garantizar la cadena de custodia a lo largo de todo el proceso¹¹.

⁷ Bases que están formadas por un soporte informático con datos alfanuméricos: números y letras asociados a un código de identificación, a los que se puede acceder de forma automática. *Vid.* LORENTE ACOSTA, J. A.: «Identificación genética criminal: Importancia médico legal de las bases de datos del ADN», en ROMEO CASABONA, C. M. (ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao-Granada: Comares, 2002, págs. 4 y 5.

⁸ Ello debido a que supone la inserción dentro del acervo comunitario del conocido Tratado de Prüm, Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria *relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal*, firmado en Prüm el 27 de mayo de 2005.

⁹ CABEZUDO BAJO, M. J.: «Valoración del sistema de protección del dato de ADN en el ámbito europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 25, 2011, pág. 2. Pero como advierte esta autora, la exigencia de fiabilidad no implica infalibilidad, considerando «errónea la creencia de que el uso forense del ADN y sus bases de datos policiales permiten, en la actualidad, la obtención de una prueba científica infalible». *Vid.*, CABEZUDO BAJO, M. J.: «La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de las "búsquedas (del ADN) de familiares"», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 40, 2011, pág. 737.

¹⁰ Seguimos en este sentido el enfoque metodológico planteado por CABEZUDO BAJO, M. J.: «Valoración del sistema de protección del dato de ADN en el ámbito europeo», *cit.*, págs. 2 y 22; y «La regulación del "uso forense de la tecnología del ADN" en España y en la UE: Identificación de cinco nuevas cuestiones controvertidas», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 26, 2012, págs. 4-5.

¹¹ En este sentido, ROMEO CASABONA subraya la importancia de asegurar «la identidad y la adecuada recogida, conservación, manejo y custodia del vestigio o muestra biológica a lo largo de todos sus avatares técnicos y procesales», *vid.* ROMEO CASABONA, V.: *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Granada: Comares, 2002, págs. 255 y 256.

Nuestro objetivo en este trabajo¹² va a ser delimitar las exigencias derivadas del respeto de los derechos fundamentales en la primera fase, la obtención de la muestra de ADN, en particular en su obtención a nivel interno (la obtención de la muestra de ADN se puede llevar a cabo a nivel interno y transfronterizo, en este último caso tanto a nivel UE como internacional)¹³; y en relación con los eventuales derechos fundamentales que puedan verse afectados (derechos a la intimidad, la integridad física y la inviolabilidad del domicilio) en un Estado como el español en pleno proceso de transformación por la integración europea en la que participa.

II. LA OBTENCIÓN DE LA MUESTRA DE ADN

Como hemos comentado, el «uso forense de la tecnología del ADN» implica tres fases: la obtención de la muestra, la extracción del perfil de ADN en el laboratorio y su tratamiento en la base de datos¹⁴.

La primera fase, la obtención de la muestra de ADN, consiste fundamentalmente en la recogida de una muestra biológica y su traslado al laboratorio para la extracción del perfil de ADN¹⁵.

Las moléculas de ADN (ácido desoxirribonucleico) contienen una información que revisite una gran importancia por sus especiales características puesto que exceptuando el caso de los gemelos univitelinos, cada individuo posee un ADN distinto, único e irrepetible.

Es curioso el caso de los univitelinos, también llamados monocigóticos, puesto que se produce porque un embrión de forma accidental se divide en las primeras fases del embarazo, esto es, cuando los gemelos proceden de la fecundación y posterior división de un solo óvulo. Se diferencian de los dicigóticos o bivitelinos cuando derivan de la fecundación de dos óvulos por espermatozoides distintos.

¹² Nos hemos ocupado de este tema en dos trabajos previos, en los que nos basamos: SARRIÓN ESTEVE, J.: «Derechos fundamentales afectados en la toma de muestras biológicas para la obtención de medios de prueba de ADN válidos y eficaces, desde el punto de vista del Derecho interno y del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º extra 1, 2014; y SARRIÓN ESTEVE, J.: «Nuevos criterios de interpretación en relación a respeto de los derechos fundamentales para la obtención de una prueba de ADN eficaz en un proceso español dentro del sistema multinivel europeo» en GIMENO SENDRA, V. y REGUEIRO GARCÍA, M. T. (dirs.): *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Universitas, págs. 669-683.

¹³ Por motivos de espacio y tiempo, en este trabajo nos vamos a ceñir al estudio de la obtención a nivel interno, sin perjuicio de señalar la existencia de la obtención transfronteriza de las muestras de ADN.

¹⁴ *Vid.* CABEZUDO BAJO, M. J.: «Valoración del sistema de protección del dato de ADN en el ámbito europeo», cit., págs. 2 y 22; y CABEZUDO BAJO, M. J.: «La regulación del "uso forense de la tecnología del ADN" en España y en la UE: Identificación de cinco nuevas cuestiones controvertidas», cit., págs. 4-5.

¹⁵ CABEZUDO BAJO, M. J.: «La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El Problema de las "Búsquedas (del ADN) de familiares"», cit., pág. 744.

Ahora bien, quitando este especial caso, y situaciones de adopción en la que los gemelos univitelinos o monocigóticos llegaran a desconocer la existencia del hermano gemelo, y se pudiera producir un problema en una investigación donde apareciera el ADN de uno de ellos; la exclusividad del ADN facilita su utilización tanto para la investigación de la paternidad, la identificación de desaparecidos y en la investigación criminal.

Para estas investigaciones resulta esencial la obtención del perfil genético o de ADN, que está integrado por datos genéticos o de ADN.

En el ámbito de la investigación criminal, para referirse al perfil genético de ADN o *huella digital de ADN*¹⁶, se prevé la utilización del ADN no codificante, entendiendo como tal aquel que aportando un código anónimo de carácter diferenciador, característico de cada individuo, es útil para identificar la identidad y el sexo del sujeto, pero no aporta información relativa a los rasgos físicos o fenotípicos del individuo (ADN codificante), dejando a salvo por tanto los datos más sensibles.

Por ello, se ha dicho que el ADN no codificante sería «como el código de barras que se usa para clasificar los productos en un supermercado, que nada nos dice sobre las características del producto pero nos sirve para identificarlos»¹⁷.

Ahora bien, en relación con la utilización del ADN codificante podemos encontrar diversos problemas:

En primer lugar, debemos preguntarnos si encontramos realmente una prohibición de la utilización del ADN codificante; y en segundo lugar, en qué medida el ADN no codificante goza de dicho carácter de «no codificante» de forma indefinida o no.

Respecto a la primera cuestión, como es sabido, la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN limita conforme a su artículo 4 la inscripción en la base de datos de ADN que regula únicamente a los datos que revelen la identidad de la persona y su sexo, disponiendo que:

«Solo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo»¹⁸.

¹⁶ El análisis del ácido desoxirribonucleico permite identificar a las personas, obtener la huella digital de ADN *DNA fingerprinting*, tal y como fue acuñada Jeffreys. *Vid.* JEFFREYS, A.; WILSON, V. y THEIN, S.: «Hypervariable "minisatellite" regions in human DNA», *Nature*, n.º 314, 1985, págs. 67-73; JEFFREYS, A.; WILSON, V. y THEIN, S.: «Individual-specific "fingerprints" of human DNA», *Nature*, n.º 316, 1985, págs. 76-79.

¹⁷ ALONSO ALONSO, A.: «Conceptos básicos del ADN forense», *Estudios Jurídicos*, 2004, pág. 1.867.

¹⁸ Artículo 4 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Pues bien, como se ha puesto de manifiesto, esto no impediría «la extracción de información genética de la identidad de la persona, mediante el análisis de la parte codificante del ADN» sin que se pudiera utilizar la prohibición del Preámbulo de la ley del análisis de la parte codificante del ADN al no encontrarse en el articulado; mientras que a nivel de la Unión la Decisión 2006/615/JAI, de 23 de junio de 2008, sí limitaría el análisis del perfil de ADN a la parte no codificante¹⁹.

El segundo problema que nos encontramos en relación con la utilización del ADN no codificante es que el hecho de que no se conozca actualmente su funcionalidad no implica que dicho desconocimiento tenga necesariamente un carácter indefinido²⁰.

De hecho, si tenemos en cuenta que a nivel de la Unión Europea se define el ADN no codificante como «las regiones cromosómicas sin expresión genética, es decir, aquellas de cuya capacidad para determinar alguna propiedad funcional del organismo no se tiene constancia», podemos deducir que en el mismo instante en que estemos ante regiones cromosómicas con expresión genética, es decir, que tengamos constancia de su capacidad para determinar alguna propiedad funcional del organismo, entonces estaremos ya ante ADN codificante, aunque hasta ese momento podamos haber hablado de ADN no codificante.

Y en cualquier caso, aunque asumiéramos dicha improbable premisa, es decir, que el ADN no codificante no aporta información genética sensible y no lo va a hacer con carácter indefinido, esto no nos permite afirmar de forma taxativa que no exista a la hora de la obtención de la huella digital de ADN una afectación de los derechos fundamentales²¹; sino que estaríamos ante una afectación que puede ser legítima, o en otras palabras, una legítima reducción de la tutela de dichos derechos fundamentales afectados²².

En este sentido, la toma de la muestra de ADN va a afectar necesariamente a una serie de derechos fundamentales que debemos identificar, pues como veremos pueden verse afectados:

¹⁹ En este sentido, CABEZUDO BAJO, M. J.: «La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de las "búsquedas (del ADN) de familiares"», cit., pág. 739.

²⁰ Estaríamos pues ante un problema de futuro. En este sentido, vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: «Los datos genéticos en el Tratado de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 7, 2007, pág. 154, nota a pie 33; y «La protección de los datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa», *DS: Derecho y Salud*, vol. 16, n.º extra 1, 2008, pág. 61.

²¹ De hecho, algún autor ha sostenido que estaríamos ante «una de las mayores invasiones de la intimidad personal». Vid. DAVIES, S.: «La privacidad en la encrucijada», *Novatica*, 2000, págs. 33 y ss. Disponible en <http://www.ati.es/novatica/2000/145/simdav-145.pdf>.

²² Sin embargo, para la Prof. GÓMEZ SÁNCHEZ aunque se está legitimando cierta reducción de la protección de los datos genéticos obtenidos a través del ADN no codificante por la limitada información que se obtiene, esto no estaría justificado, y deberían considerarse por su naturaleza como «datos sensibles». Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: «La protección de los datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa», cit., págs. 61-67.

- El derecho a la intimidad.
- La integridad física.
- La inviolabilidad del domicilio.
- El derecho de defensa.
- Protección de datos de carácter personal.

Así como las garantías que en relación con estos derechos fundamentales, junto con las exigencias legales en cada caso se puedan exigir.

Esto, lógicamente, se produce en las distintas fases que conforman «el uso forense de la tecnología del ADN» (como hemos comentado, se trata de la obtención de la muestra, la extracción del perfil de ADN en el laboratorio, y su tratamiento en la base de datos); si bien nosotros nos limitaremos a centrarnos en este trabajo en la primera de ellas, la de obtención de la muestra biológica.

Ahora bien, previamente debemos precisar el concepto de muestra de ADN y los términos que vamos a utilizar en este trabajo de investigación.

1. CONCEPTO DE MUESTRAS DE ADN

La técnica de extracción del ADN en el ámbito de una investigación policial fue utilizada por primera vez, como hemos anticipado, por parte de Alec Jeffreys en Inglaterra, en 1985. Así, gracias a esta técnica se exculpó al primer sospechoso que había confesado el crimen, al no existir correspondencia en la prueba de ADN, el 21 de noviembre de 1986 en el Crown Court de Leicester; y finalmente se condenaría al verdadero culpable gracias precisamente a la prueba de ADN²³.

Desde entonces, si bien con algunas mejoras, la secuenciación del ADN se basa en las técnicas desarrolladas por SANGER (1975)²⁴ siguiendo una metodología que consiste en:

- a) Obtención o toma de una muestra.
- b) Extracción del ADN de la muestra y cuantificación.

²³ Vid. FOURNEY, R. M.: cit., págs. 2-3.

²⁴ MESTRES NAVAL, F. y VIVES-REGO, J.: «La utilización forense de la huella genética (secuencia del ADN o ácido desoxirribonucleico): Aspectos científicos, periciales, procesales, sociales y éticos», *La Ley Penal*, n.º 61, 2009, www.laleydigital.es, pág. 2

- c) Copia de los marcadores de ADN a través de la amplificación.
- d) Catalogación del tamaño y significación de los marcadores.
- e) Comparación de secuencias y marcadores con otros²⁵.

Como es bien sabido, las células contienen en su núcleo²⁶ el material genético que integran las moléculas de ADN, o sencillamente el llamado ADN²⁷.

La prueba de ADN se realiza, precisamente, mediante el análisis de secuencias del genoma variables que permiten diferenciar al individuo de otro, así como establecer posibles relaciones biológicas de parentesco²⁸; y que se encuentran en células humanas que integran muestras biológicas o material genético.

Por ello, hablamos de «muestra de ADN», y podríamos delimitar y precisar el significado de dicho concepto, entendiendo como tal todo elemento del cuerpo humano útil para la obtención del perfil genético identificativo o perfil de ADN²⁹.

Así, habría que diferenciar la muestra biológica o genética de los datos genéticos o de ADN, ya que de la muestra se extraen los datos constitutivos del perfil; por lo que la obtención de la muestra constituye un *prius* a la extracción del perfil de la misma.

Ahora bien, utilizamos en sentido equivalente los términos muestras biológicas, muestras genéticas o muestras de ADN para identificar el material del que se extrae el perfil de ADN³⁰.

2. LA TOMA O RECOGIDA DE MUESTRAS DE ADN

Como hemos anticipado, la toma de una muestra biológica o de ADN con el objetivo de su análisis para extraer un perfil de ADN puede afectar a ciertos derechos fundamentales, cuya tutela se reduce en aras de la investigación criminal.

²⁵ Ídem.

²⁶ No todas, pues encontramos células que carecen de núcleo y que, por lo tanto, también carecen de ADN, como puede ser el caso de las hemáticas o de los glóbulos rojos.

²⁷ Este material genético o ADN se distribuye en 46 cromosomas que se agrupan en 23 pares. De estos pares, 22 pares están formados por cromosomas idénticos, uno derivado de la madre y otro del padre. En cambio, el par 23 es diferente, pues la mujer tiene dos cromosomas X, y el hombre está conformado por un cromosoma X y un cromosoma Y.

²⁸ Por ello a estas secuencias de genoma se las denomina marcadores genéticos o moleculares.

²⁹ Así, por ejemplo, sangre, cabello, semen, etc.

³⁰ Es relevante aclararlo, dado que la terminología puede ocasionar en muchas ocasiones confusión.

Ahora bien, esto no supone en ningún caso que no se respete su contenido esencial, y que la toma de muestras se deba realizar con todas las garantías. De otra forma, si la toma de muestras se realiza vulnerando los derechos fundamentales o las garantías establecidas legalmente, entonces quedaría afectada la licitud de prueba, esencial junto con la fiabilidad como elementos que sirvan para que la prueba sea valorable en un futuro proceso penal, para lo que se requiere su licitud. Por supuesto, entendiéndose por prueba lícita aquella que «ha sido obtenida con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados» y «según las garantías previstas en normas de rango legal, en particular, las incluidas en normas procesales sobre la obtención y práctica de la prueba»; y por prueba fiable aquella que se haya obtenido con la utilización de «los métodos científicos y tecnológicos adecuados», todo ello en las tres fases que conforman el uso forense de la tecnología del ADN³¹.

Ahora bien, ¿qué derechos fundamentales pueden verse afectados con la toma o recogida de muestras?

Los derechos fundamentales que pueden verse afectados son:

- El derecho a la intimidad.
- El derecho a la integridad física.
- El derecho a la inviolabilidad del domicilio.
- El derecho de defensa.
- La protección de datos de carácter personal.

Todo ello dependiendo del tipo de recogida o toma de muestra de la que hablemos (recogida de material biológico externo, bien en el lugar del delito o en el domicilio del sospechoso, detenido o imputado; intervención corporal, etc.).

En realidad, podríamos delimitar diferentes clasificaciones en relación con la recogida de muestras biológicas o de ADN:

- a) La primera de ellas es la que se refiere a la forma de obtención de la muestra, esto es, distinguiendo si se realiza mediante la recogida de material biológico o genético externo, o interno a través de inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales³².

³¹ CABEZUDO BAJO, M. J.: «La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de las "búsquedas (del ADN) de familiares"», cit., págs. 742 y 743.

³² Sobre esta diferenciación, entre obtención de muestras de material biológico externo e intervenciones corporales, más precisa y alejada de la clásica diferenciación entre obtención de muestras del lugar del delito y de intervenciones corporales, *vid.* GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 39, 2010, pág. 40.

- b) En segundo lugar, podemos diferenciar entre el tipo de muestra que se toma, si es dubitada o indubitada.
- c) Y en tercer lugar, en función del lugar geográfico de recogida o toma de la muestra podemos hablar de obtención a nivel interno (dentro del territorio español), o transfronteriza (Estados miembros de la UE, o internacional fuera del ámbito UE).

Lo que ocurre es que es deberíamos realizar una aproximación transversal que permita delimitar las exigencias de respeto de los derechos fundamentales y las garantías legales establecidas para los diferentes tipos de recogida o toma de muestras (de material biológico externo o a través de intervenciones corporales) sean estas dubitadas o indubitadas, y atendiendo también al lugar de obtención de las mismas.

2.1. Forma de obtención de la muestra

En relación con la forma de obtención o toma de la muestra de ADN, como hemos comentado, podemos distinguir fundamentalmente entre recogida de material biológico o genético externo e intervenciones corporales³³.

Mientras que la inspección, reconocimiento o intervención corporal implica la intervención de un tercero sobre el cuerpo humano, la toma de material externo hay que entenderla sin intervención sobre el mismo³⁴.

La recogida de material biológico externo abarca a todo vestigio que se encuentre en el lugar del delito, en el domicilio del sospechoso, detenido o imputado, o incluso en el domicilio, en su caso, de la víctima, o quizá en otros lugares³⁵.

Cuando la recogida o toma de material biológico externo se realice en el domicilio entonces se verá afectado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Respecto a las intervenciones corporales, es necesario determinar si pueden afectar al sospechoso, denunciado, detenido, imputado, o incluso a un testigo o la víctima.

¿Qué derechos fundamentales entran en juego?

³³ Ídem.

³⁴ En este sentido, no constituiría una inspección corporal «la recogida de la policía de material genético externo del imputado (heces, orina, pelos y uñas cortadas, saliva, colillas o esputos) (...) nos encontramos ante meros actos de recogida por la policía de elementos del cuerpo del delito». Vid. GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», cit., págs. 45 y 46.

³⁵ Por ejemplo, en su caso, vestigios que haya dejado el sospechoso en la calle, comisaría o centro penitenciario.

Entendemos que, en todo caso, entraría en juego el derecho a la intimidad. En efecto, toda toma de una muestra biológica, con independencia de la forma en que se realice, afectará indudablemente al derecho a la intimidad, en la medida en que se realiza dicha toma para un posterior análisis y extracción del perfil de ADN que contendrá datos, que si bien no sensibles, afectan a la intimidad de la persona. Cosa distinta es que pueda o no entenderse que la toma de una muestra de material biológico externo constituye una limitación de dicho derecho fundamental³⁶.

En el caso de las inspecciones corporales, se produce no solo una limitación del derecho fundamental a la intimidad, sino también del derecho a la integridad física; mientras que la toma o recogida de material biológico externo no afecta a dicho derecho fundamental.

Por otro lado, el derecho de defensa entrará en juego cuando hablemos de inspecciones corporales, pues será necesaria la asistencia de abogado para el otorgamiento del consentimiento de la persona a la que se vaya a intervenir con objeto de la toma de muestra biológica.

2.2. Identificación de las muestras de ADN

La muestra que se recoge puede ser indubitada si está identificada (se recoge a través de intervenciones corporales de la víctima, sospechoso, detenido o imputado); o bien dubitada (se recoge de la escena del crimen, del domicilio, etc.).

Esto está vinculado con la toma de material genético externo o interno, puesto que de la toma de material genético externo pueden obtenerse muestras indubitadas o dubitadas, mientras que con la toma de material genético interno, a través de reconocimientos o intervenciones corporales, las muestras que se van a obtener son siempre muestras indubitadas.

Por otro lado, esta diferenciación es esencial puesto que precisamente con la prueba de ADN se persigue identificar a los culpables de determinados delitos para lo que es necesaria la comparativa de los perfiles de ADN de las muestras de ADN, que debe realizarse precisamente comparando entre muestras dubitadas e indubitadas para determinar, en su caso, la identificación.

2.3. Lugar geográfico de toma o recogida de las muestras de ADN. La obtención de muestras de ADN a nivel interno

Ciertamente, con independencia de que la obtención de la muestra se realice en territorio español, esto es, a nivel interno, como de forma transfronteriza, esto es, una obtención de fuera

³⁶ Así, GIMENO SENDRA considera que solo las inspecciones corporales implican afectación del derecho a la intimidad ya que la recogida de material genético externo no supondría acto «que limite derecho fundamental alguno» sino «meros actos de recogida por la policía de elementos del cuerpo del delito». *Vid.* GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», cit., págs. 45 y 46.

del territorio español, en otros Estados miembros de la Unión Europea, o en terceros Estados, a efectos de garantizar que se pueda disponer de la prueba valorable en un proceso penal, será necesario que la toma o recogida de muestras se realizase respetando los derechos fundamentales en juego, los requisitos legales, y por personal cualificado y con las técnicas adecuadas que garanticen su integridad y no contaminación, para que podamos llegar a conseguir una prueba que pueda llegar a ser lícita y lo más fiable posible.

En este sentido, y tal y como se ha apuntado, sería muy conveniente la adaptación de la Policía Científica de los diferentes Estados a los protocolos que a nivel internacional se han elaborado sobre recogida, traslado a laboratorio y cadena de custodia³⁷.

De hecho, en España se han aprobado de forma reciente los protocolos técnicos oficiales para la obtención de las muestras siguiendo estos estudios³⁸.

En cualquier caso, en este trabajo nos vamos a limitar a aproximarnos a la obtención de muestras de ADN a nivel interno³⁹.

Y en este nivel, la obtención de muestras de ADN está regulada en los artículos 326.3 y 363.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.) introducidos en la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2003⁴⁰; y en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN (en adelante, LO 10/2007).

En este sentido, el artículo 326.3 de la LECrim. prevé la recogida de huellas o vestigios biológicos para su análisis cuando pudiera contribuir al esclarecimiento de los hechos:

«Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adop-

³⁷ Y esto tanto por razón de su fiabilidad como porque el dato de ADN una vez extraído el perfil puede ser objeto de consultas y comparaciones automatizadas entre bases de distintos Estados, y la utilización de los mismos protocolos de actuación facilitaría la valoración de la prueba en el Estado correspondiente a la Jurisdicción competente. *Vid.* CABEZUDO BAJO, M. J.: «La regulación del "uso forense de la tecnología del ADN" en España y en la UE: Identificación de cinco nuevas cuestiones controvertidas», cit., pág. 9, donde nos remite a los estudios de la ISFG (International Society for Forensic Genetics) y el GEP_ISFG (Grupo de Habla Española y Portuguesa de la International Society for Forensics Genetics).

³⁸ CABEZUDO BAJO, M. J.: «La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de las "búsquedas (del ADN) de familiares"», cit., pág. 744.

³⁹ Sobre la obtención transfronteriza de la prueba de ADN de la que no nos podemos ocupar por razones de espacio y tiempo, nos remitimos a CABEZUDO BAJO, M. J., *vid. supra*.

⁴⁰ Con antelación toda toma de muestras debía basarse en el artículo 778.3 de la LECrim. que contempla 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 enviará el resultado en el plazo que se le señale».

tará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282»⁴¹.

Y por su parte, el artículo 363.2 contempla que cuando concurren acreditadas razones que lo justifiquen, cabrá la obtención de muestras biológicas del sospechoso «que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN»:

«Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad»⁴².

La LO 10/2007 regula en su disposición adicional tercera y bajo la rúbrica «Obtención de muestras biológicas» que:

«Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Además, una vez obtenidas las muestras biológicas para su análisis, conforme a lo previsto en el artículo 5.1 de la LO 10/2007 se remitirán a los laboratorios acreditados⁴³.

A la vista de la normativa expuesta se pueden apreciar dos fuentes legales: la LECrim., y la LO 10/2007. Mientras que la LECrim. regula en general la toma de muestras de ADN, la LO 10/2007 se refiere de forma exclusiva a la toma de muestras para la extracción de un perfil de ADN a tratar en la base de datos policial que regula y para los delitos previstos en la misma, estableciendo además la toma de muestras como una obligación, en la medida en que la disposición adicional tercera de la LO 10/2007 utiliza la expresión «para la investigación de los delitos enumerados en la letra a del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito».

⁴¹ Artículo 326.3 de la LECrim.

⁴² Artículo 363.2 de la LECrim.

⁴³ Hay que tener en consideración que únicamente podrán realizar análisis de ADN para identificación genética en los casos previstos en la LO 10/2007 los laboratorios acreditados por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN (art. 5.2. LO 10/2007); y que corresponde a la autoridad judicial pronunciarse sobre la conservación ulterior de las muestras o vestigios analizados (art. 5.1 LO 10/2007)

Es relevante destacar que la LO 10/2007 contempla el tratamiento en la base policial de los datos de ADN obtenidos en el marco de una investigación criminal, mientras que la regulación prevista en la LECrim. se remite a la obtención de muestras de ADN con independencia de que exista o no un posterior tratamiento en base de datos policial.

Por ello, si bien el elenco de delitos previstos por la LO 10/2007 es bastante amplio, podríamos plantearnos si cabría una toma de muestra de ADN fuera del ámbito de las bases policiales de datos de ADN, esto es, que se tomaran muestras para la extracción del perfil pero sin previsión de su posterior tratamiento en la base de datos, salvo que el sujeto pasivo dé su consentimiento, y tratando de realizar una diligencia de comparación de los perfiles de ADN extraídos fuera de la base de datos policial regulada en la LO 10/2007.

En cualquier caso, hay una clara distinción en la toma de muestras de material biológico o externo en función de la forma de recogida de la muestra, pudiendo hablar de material biológico externo o de material biológico interno (en este último caso cuando se trata de recogida de muestras a través de una diligencia de reconocimiento o intervención corporal).

La recogida de material biológico externo estará justificada siempre que pudiera contribuir al esclarecimiento de los hechos (art. 326.3 LECrim.) y será obligatoria en el caso de los delitos previstos en la letra a del artículo 3.1 de la LO 10/2007 (disp. adic. tercera de la LO 10/2007) no requiriendo en este supuesto ni consentimiento ni autorización judicial⁴⁴.

En cuanto a las intervenciones corporales, la LECrim. prevé la posibilidad de que el juez de instrucción acuerde las intervenciones corporales de sospechosos para la toma de muestras de ADN «que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN» pero «siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen». Por su parte, la LO 10/2007 contempla la toma de muestras y fluidos de los sospechosos, detenidos o imputados para los delitos previstos en el artículo 3.1 letra a), siendo necesaria, en caso de que falte el consentimiento del afecto, la respectiva autorización judicial.

3. EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA OBTENCIÓN DE MUESTRAS DE ADN COMO GARANTÍA DE UNA PRUEBA LÍCITA

Ya hemos apuntado con antelación que la obtención de muestras de ADN debe realizarse de tal manera que se respeten los derechos fundamentales y las garantías establecidas legalmente, y se realice utilizando los métodos científicos y tecnológicos adecuados, ya que si esto se realiza en esta fase, y posteriormente también en las fases de extracción del perfil de ADN en el laboratorio,

⁴⁴ En efecto, para GIMENO SENDRA hay que entender que conforme a la disposición adicional tercera de la LO 10/2007 en relación con el artículo 3.1, «la recogida de muestras o fluidos identificadores del ADN externos (...) pueden ser recogidos por la policía sin autorización judicial»; *vid.* GIMENO SENDRA, V.: «La prueba preconstituida de la policía judicial», cit., pág. 40.

y en el tratamiento en la base de datos, es decir, en las tres fases que conforman el uso forense de la tecnología del ADN, se garantizará la licitud y máxima fiabilidad de la prueba de ADN⁴⁵.

Ahora bien, como hemos puesto de manifiesto en el punto anterior del trabajo, la toma de una muestra de ADN a nivel interno, ya se trate de la recogida de material biológico externo, o de material biológico interno, puede afectar a ciertos derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, el derecho a la integridad física o el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Y ¿cuál es el alcance de dichos derechos fundamentales? No podemos obviar que España es un Estado constitucional en plena transformación dentro del proceso de integración europea.

Por ello, no sería suficiente con acudir a las normas constitucionales que garantizan los derechos fundamentales. En el ámbito del espacio jurídico europeo, es necesario garantizar el respeto de los derechos fundamentales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros⁴⁶.

Dentro de este ámbito del espacio jurídico europeo, vivimos en un contexto de relaciones entre ordenamientos de diferentes niveles cada vez más entrelazados⁴⁷; lo que hace necesario partir de la perspectiva teórica del constitucionalismo multinivel o *multilevel constitutionalism*⁴⁸, sobre todo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que ha implicado la apertura de un nuevo horizonte constitucional en el espacio europeo⁴⁹.

Desde este punto de vista, el ordenamiento jurídico mantiene su unidad, pero está caracterizado por una naturaleza compleja, al estar compuesto de diferentes niveles, con una pluralidad de normas emanadas por diversos órganos, ya sean estos internos o externos⁵⁰.

⁴⁵ Véase nota a pie 25.

⁴⁶ FREIXES SANJUÁN, T.: «Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Evolución y perspectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, 2005, págs. 43 y ss. Además, sería necesario regular el control judicial de las eventuales medidas o decisiones adoptadas en este marco conforme a las exigencias del Estado de Derecho. Vid. PÉREZ FRANCESCH, J. LL.: «Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 7, 2007, págs. 24-25.

⁴⁷ En este sentido es necesaria «una interpretación específica de las relaciones entre ordenamientos». Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, Sanz y Torres, 2011, pág. 20.

⁴⁸ BILANCIA, P. y DE MARCO, E. (coord.): *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problema aperti, momento di stabilizzazione*, Milán: Giuffrè, 2004. Precisamente, la teoría del sistema jurídico multinivel «permite analizar el ordenamiento complejo español en el que se integran y entrelazan normas producidas en diferentes niveles normativos». GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, cit., pág. 20.

⁴⁹ Sobre el nuevo horizonte constitucional, véase SARRIÓN ESTEVE, J.: «El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: A propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales», *CEFlegal*, n.º 121, 2011, págs. 53-102.

⁵⁰ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, cit., págs. 55-59.

En la protección de los derechos fundamentales en los Estados miembros de la Unión Europea, también en lo referente a los derechos fundamentales eventualmente afectados por la obtención de las muestras de ADN, podemos identificar o distinguir tres niveles: el nivel internacional, el de la Unión Europea y el nacional, siendo aplicables de forma sustancial las garantías establecidas en las respectivas Constituciones nacionales, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, es necesario asumir una posición respecto a la relación entre las garantías de los derechos fundamentales previstas en los diferentes niveles. En este sentido, y tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, habíamos considerado en otros trabajos que esta posición no podía ser sino la consagración del nivel más alto de protección vía artículos 52 y 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵¹.

Ahora bien, nos habíamos planteado si este criterio era aplicable siempre o exclusivamente cuando estamos ante un supuesto que entra dentro del ámbito del Derecho de la Unión Europea, para contestar que habría que aplicar este criterio siempre que sea de aplicación o haya vinculación con el Derecho de la Unión Europea (lo que exige solamente la concurrencia de un elemento de comunitariedad); pero sosteniendo que también incluso en el caso de que no estuviéramos ante un supuesto que entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, también habría que aplicar el criterio del máximo estándar de protección, sobre la base del artículo 10.2 de nuestra Constitución⁵².

Y no solo respecto a los conflictos entre derechos fundamentales individuales y el poder público donde resultaría claramente muy útil⁵³; sino que no habría que descartar su utilización para los conflictos y la ponderación entre derechos fundamentales⁵⁴.

⁵¹ En este sentido, *vid.* por todos SARRIÓN ESTEVE, J.: «Nuevos criterios de interpretación en relación al respeto de los derechos fundamentales para la obtención de una prueba de ADN eficaz en un proceso español dentro del sistema multinivel europeo», cit., págs. 677-680; y más reciente SARRIÓN ESTEVE, J.: «DNA data exchange between EU member States and fundamental rights protection», *Amicus Curiae*, 2015 (en prensa).

Ciertamente, ya con antelación incluso a la adquisición de fuerza jurídica equivalente al Tratado de la Carta, alguna doctrina ya consideraba que había que buscar en el artículo 53 de la Carta la cláusula transversal. *Vid.* FREIXES, T.: «Protección de datos y globalización. La Convención de Prüm», cit., págs. 16 y 18. Y con posterioridad, *vid.* SARRIÓN ESTEVE, J.: «El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: A propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales», cit., pág. 79; y del mismo autor «En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea», *CEFLegal*, n.º 131, 2011, pág. 142.

⁵² SARRIÓN ESTEVE, J.: «Nuevos criterios de interpretación en relación al respeto de los derechos fundamentales para la obtención de una prueba de ADN eficaz en un proceso español dentro del sistema multinivel europeo», cit., págs. 678 y 679.

⁵³ *Vid.* ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2.ª edición, Civitas-Thomson Reuters, 2010, págs. 327-328.

⁵⁴ SARRIÓN ESTEVE, J.: «Nuevos criterios de interpretación en relación al respeto de los derechos fundamentales para la obtención de una prueba de ADN eficaz en un proceso español dentro del sistema multinivel europeo», cit., págs. 680 y 681.

En el uso de la tecnología del ADN nos encontramos en general ante conflictos donde entran derechos fundamentales frente al *ius puniendi* del Estado junto a otros derechos fundamentales (los derechos fundamentales de la víctima, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la utilización de los medios de prueba)⁵⁵, de ahí de la importancia de aclarar esta cuestión.

Sin embargo, como es sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha admitido la utilización del nivel o estándar más alto de protección como criterio de conexión entre ordenamientos en la sentencia *Melloni* (2013)⁵⁶; sentencia que hemos criticado en esta misma Revista por la conveniencia, entendemos, de este criterio para interconectar adecuadamente los diferentes sistemas del ordenamiento multinivel de la Unión Europea⁵⁷.

Pero es difícil vislumbrar cómo se puede gestionar adecuadamente la obtención de la prueba de ADN con otros criterios. ¿Podemos aplicar solo el estándar nacional en la fase de recogida del ADN cuando si intercambiamos en el ámbito de Prüm tenemos que aplicar el estándar de la Unión Europea en la tercera fase, y considerando que el Estado receptor o solicitante de los datos necesita garantizar su propio estándar nacional?

Sería importante buscar una respuesta adecuada para garantizar la validez y efectividad de la prueba de ADN en los procesos penales de los distintos Estados miembros, teniendo en consideración que para ello se deben respetar los derechos fundamentales en las tres fases que forman el llamado uso forense de la tecnología del ADN (la toma de muestras, la extracción del perfil y su tratamiento en base de datos).

Y para ello, ¿qué nivel de protección deberíamos aplicar en la primera fase, la de toma de muestras? Si no es aplicable el criterio del mayor nivel de protección, entonces quizá a largo plazo asistamos a una progresiva homogeneización de los estándares nacionales, subsumidos de forma progresiva por el estándar del Derecho de la Unión Europea, que aunque ciertamente esté inspirado en el estándar del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, puede no ser tan protector en algunos casos como algunos estándares nacionales, y en ese caso, la pelota quedará del tejado nacional para ver qué respuesta dan los tribunales constitucionales concernidos.

⁵⁵ Como muy bien razona CAMINO VIDAL estamos ante «un conflicto entre derechos fundamentales que entran en colisión con otros derechos fundamentales, y con un bien constitucionalmente protegido como es el *ius puniendi* del Estado. Se convierte, en definitiva, en un problema de interpretación de la Constitución. Véase VIDAL FUEYO, M.ª C.: «Imprevisión legislativa, derechos fundamentales y proceso penal», en CARRASCO DUR, M.; PÉREZ ROYO, F. J.; URÍAS MARTÍNEZ, J. y TEROL BECERRA, M. J. (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1, 2006, pág. 11.

⁵⁶ STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11.

⁵⁷ SARRIÓN ESTEVE, J.: «Sobre la necesidad de buscar el estándar o nivel más alto de protección de los derechos fundamentales en el sistema de tutela multinivel en la Unión Europea», *CEFLegal*, n.º 162, 2014, págs. 155-184.

Lo cierto es que no tenemos a día de hoy una respuesta clara, sino muchas preguntas a contestar. Además, probablemente la futura adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos implicará una serie de consecuencias a este respecto de indudable valor que habrá que analizar.

III. CONCLUSIONES

La utilización de las tecnologías biométricas, y en particular del ADN, son una herramienta muy importante para la investigación criminal, sobre todo en un contexto de criminalidad globalizada.

Ahora bien, como se ha dicho, el objetivo de la utilización de lo que se ha llamado el uso forense de la tecnología del ADN debe ser la obtención de una prueba que goce de eficacia en un proceso penal (en general un proceso penal nacional), lo que exige que sea a la vez una prueba lícita y lo más fiable posible, notas que deben darse en las fases de obtención de la muestra, extracción del perfil y su tratamiento en la base de datos.

En este pequeño trabajo nos hemos puesto como objetivo el reflexionar sobre las exigencias derivadas del respeto de los derechos fundamentales en la primera fase, la de obtención de la muestra de ADN, y en concreto la obtención a nivel interno o nacional, así como identificar los problemas existentes en este ámbito dentro de la integración europea.

Como hemos dicho, a nivel interno la obtención de muestras de ADN encuentra dos fuentes de regulación, los artículos 326.3 y 363.2 de la LECrim., y la disposición adicional tercera de la LO 10/2007. La distinción esencial que realiza la normativa es si el objeto de la toma o recogida es un material biológico externo o interno:

1. La recogida de material biológico externo estará justificada siempre que pudiera contribuir al esclarecimiento de los hechos (art. 326.3 LECrim.) y será obligatoria en el caso de los delitos previstos en la letra a) del artículo 3.1 de la LO 10/2007 (disp. adic. tercera de la LO 10/2007), no requiriendo en este supuesto ni consentimiento ni autorización judicial.
2. La recogida de material biológico interno requerirá consentimiento del sujeto pasivo o bien autorización judicial.

En la recogida del material biológico o genético pueden verse afectados diversos derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, la integridad física, o incluso el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Para poder reflexionar sobre el respecto de los derechos fundamentales, en particular en relación con la obtención de muestras de ADN, en un Estado como el español que está dentro del proceso de integración europea, se hace necesario partir siempre de la perspectiva del constitu-

cionalismo multinivel en el ámbito de un espacio jurídico europeo caracterizado por la existencia de diferentes niveles normativos entrelazados, debiendo acudir al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las constituciones nacionales de los Estados miembros.

Y dentro de la misma toma hay que ver cómo podemos definir y conectar estos distintos niveles. Al fin y al cabo, el recoger las muestras de ADN se hace con el objeto de su posterior extracción en el laboratorio, y su tratamiento en base de datos, que debe posibilitar su futuro intercambio de conformidad con la normativa Prüm de la Unión Europea.

En otros trabajos hemos planteado que sería importante consagrar el criterio del nivel más alto de protección de los derechos fundamentales, siempre que sea de aplicación el Derecho de la Unión Europea (lo que exige solamente la concurrencia de un elemento de comunitariedad), e incluso que este criterio sería útil también en todo caso para garantizar el máximo respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha mostrado reticente a aceptar este criterio cuando puede suponer la aplicación del estándar nacional como limitativo de la primacía del Derecho de la Unión (*Melloni*, 2013).

Este criterio, el del mayor nivel de protección, sería muy útil, porque garantizaría la efectividad de la prueba de ADN tras un intercambio de datos con otros países, es decir, los datos de ADN que se han obtenido a nivel interno en España, y que después son intercambiados con otros países, servirían también allí para obtener una condena en un proceso penal nacional.

Además, es difícil vislumbrar cómo se puede gestionar adecuadamente la obtención de la prueba de ADN con otros criterios. ¿Podemos aplicar solo el estándar nacional en la fase de recogida del ADN cuando si intercambiamos en el ámbito de Prüm tenemos que aplicar el estándar de la Unión Europea en la tercera fase, y considerando que el Estado receptor o solicitante de los datos necesita garantizar su propio estándar nacional?

Por otro lado, el criterio del mayor nivel de protección puede ser útil para resolver los conflictos entre el poder público y los derechos fundamentales del individuo, y también para ponderar y resolver conflictos entre derechos fundamentales. Y es que en la materia que nos ocupa, la obtención de muestras de ADN, no asistimos ante un conflicto estricto entre el *ius puniendi* del Estado (que, por otro lado, constituye un bien constitucionalmente protegido) y los derechos fundamentales afectados por la toma de una muestra, sino que también entran en juego los derechos fundamentales de la víctima, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la utilización de los medios de prueba, lo que exigirá en todo caso delimitar el alcance de los derechos fundamentales en juego de forma ponderada.

Por tanto, es importante buscar una respuesta adecuada para garantizar la validez y efectividad de la prueba de ADN en los procesos penales de los distintos Estados miembros, teniendo en consideración que para ello se deben respetar los derechos fundamentales en las tres fases que forman el llamado uso forense de la tecnología del ADN (la toma de muestras, la extracción del perfil, y su tratamiento en base de datos).

Y para ello, ¿qué nivel de protección deberíamos aplicar en la primera fase, la de toma de muestras? El criterio del mayor nivel de protección sería la respuesta más efectiva teniendo en consideración los distintos niveles de protección que pueden existir de los diferentes derechos fundamentales afectados en los diferentes países miembros de la Unión Europea.

Sin embargo, teniendo en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, parece que en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea se está potenciando no la aplicación de este criterio de conexión, sino la aplicación de un estándar propio y diferente: el estándar de protección de derechos fundamentales del Derecho de la Unión, que estaría consolidándose de una forma progresiva dentro del proceso de construcción de este sistema de protección de derechos todavía en curso.

Si esto es así, quizá a largo plazo asistamos a una progresiva homogeneización de los estándares nacionales que serán subsumidos por el estándar del Derecho de la Unión Europea, que, aunque ciertamente esté inspirado en el estándar del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, puede no ser tan protector en algunos casos como algunos estándares nacionales; y en ese caso la pelota quedará del tejado nacional para ver qué respuesta dan los tribunales constitucionales concernidos cuando tengan oportunidad de hablar.

Bibliografía

ALONSO ALONSO, A. [2004]: «Conceptos básicos del ADN forense», *Estudios Jurídicos*.

ALONSO GARCÍA, R. [2010]: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2.^a ed., Civitas-Thomson Reuters.

BILANCIA, P. y DE MARCO, E. (coord.) [2004]: *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problema aperti, momento di stabilizzazione*, Milán: Giuffrè.

CABEZUDO BAJO, M. J. [2011]: «Valoración del sistema de protección del dato de ADN en el ámbito europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 25.

– [2011]: «La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de las "búsquedas (del ADN) de familiares"», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 40.

– [2012]: «La regulación del "uso forense de la tecnología del ADN" en España y en la UE: Identificación de cinco nuevas cuestiones controvertidas», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 26.

COLLE, S. A. y LYNCH, M.: «DNA profiling versus fingerprint evidence: More of the same?», en HINDMAN, R. y PRAINSACK, B. (ed.), *Genetic Suspects*.

DAVIES, S. [2000]: «La privacidad en la encrucijada», *Novatica*.

FOURNEY, R. M.: *Forensic reality and the practical experience of DNA typing update*, <http://www.isrcl.org/Papers/Fourney.pdf>

- FREIXES SANJUÁN, T. [2005]: «Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Evolución y perspectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4.
- GIMENO SENDRA, V. [2010]: «La prueba preconstituida de la policía judicial», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 39.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. [2007]: «Los datos genéticos en el Tratado de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 7.
- [2008]: «La protección de los datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa», *DS: Derecho y salud*, vol. 16, n.º extra 1.
 - [2011]: *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, Sanz y Torres.
- HINDMAN, R. y PRAINSACK, B. (ed.) [2010]: *Genetic suspects. Global governance of forensic DNA profiling and databasing*, Cambridge, University Press.
- JEFFREYS, A.; WILSON, V. y THEIN, S. [1985]: «Hypervariable "minisatellite" regions in human DNA», *Nature*, n.º 314.
- [1985] «Individual-specific "fingerprints" of human DNA», *Nature*, n.º 316.
- LEE, H. C. y TIRNADY, F. [2003]: *Blood evidence: How DNA is revolutionizing the way we solve crimes*, Cambridge: Perseus Publishing.
- LORENTE ACOSTA, J. A. [2002]: «Identificación genética criminal: Importancia médico legal de las bases de datos del ADN», en ROMEO CASABONA, C.M. (ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao-Granada: Comares.
- MESTRES NAVAL, F. y VIVES-REGO, J. [2009]: «La utilización forense de la huella genética (secuencia del ADN o ácido desoxirribonucleico): Aspectos científicos, periciales, procesales, sociales y éticos», *La Ley Penal*, n.º 61.
- PÉREZ FRANCESCH, J. LL. [2007]: «Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 7.
- ROMEO CASABONA, V. [2002]: *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Granada: Comares.
- SARRIÓN ESTEVE, J. [2011]: «El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: A propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales», *CEFLegal*, n.º 121.
- [2011]: «En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea», *CEFLegal*, n.º 131.
 - [2014]: «Sobre la necesidad de buscar el estándar o nivel más alto de protección de los derechos fundamentales en el sistema de tutela multinivel en la Unión Europea», *CEFLegal*, n.º 162.
 - [2014]: «Derechos fundamentales afectados en la toma de muestras biológicas para la obtención de medios de prueba de ADN válidos y eficaces, desde el punto de vista del Derecho interno y del Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º extra 1.
 - «Nuevos criterios de interpretación en relación al respeto de los derechos fundamentales para la obtención de una prueba de ADN eficaz en un proceso español dentro del sistema multinivel europeo» en GIMENO SENDRA, V. y REGUEIRO GARCÍA, M. T. (dirs.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Universitas, págs. 669-683.

- [2015]: «DNA data exchange between EU member States and fundamental rights protection», *Amicus Curiae*, (en prensa).

SARRIÓN ESTEVE, J. y BENLLOCH DOMÈNECH, C.: «Biometric technologies trends in relation to fundamental rights protection in European Union security policy: With a particular approach to DNA technology», disponible en at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2542512>.

VIDAL FUEYO, M.^a C. [2006]: «Imprevisión legislativa, derechos fundamentales y proceso penal», en CARRASCO DUR, M.; PÉREZ ROYO, F. J.; URÍAS MARTÍNEZ, J. y TEROL BECERRA, M. J. (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1.