

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»

MARÍA JOSÉ CABEZUDO BAJO*

- I. JUSTIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA LA OBTENCIÓN TRANSFRONTERIZA DE LA PRUEBA DE ADN. SU APLICACIÓN SOBRE LAS «BÚSQUEDAS (DEL ADN) DE FAMILIARES».
- II. LICITUD Y FIABILIDAD DE LA PRUEBA DE ADN A NIVEL ESPAÑOL Y DE LA UNIÓN EUROPEA.
 1. LICITUD DE LA PRUEBA DE ADN.
 2. FIABILIDAD DE LA PRUEBA DE ADN.
 3. FASE DE OBTENCIÓN DE LA MUESTRA DE ADN.
 4. FASE DE ANÁLISIS DEL PERFIL DE ADN.
 5. FASE DE TRATAMIENTO DEL DATO DE ADN.
- III. LAS «BÚSQUEDAS DEL ADN DE FAMILIARES» («FAMILIAL DNA SEARCHES») EN LA UE.
 1. ¿QUÉ SON LAS «BÚSQUEDAS (DEL ADN) DE FAMILIARES»?
 2. REGULACIÓN.
 3. PROBLEMAS DE LICITUD Y FIABILIDAD.
 4. PROPUESTAS DE REGULACIÓN.
- IV. CONCLUSIONES.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia-UNED, Madrid. España. Dirección de correo electrónico, mcabezudo@der.uned.es. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Intercambio y protección de datos personales en la UE: la prueba de ADN y su eficacia procesal en España», financiado por el Plan Nacional de I+D+I (2009-2012), Código DER 2009-08071.

La prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico, componente químico del núcleo celular), tal y como se concibe en la actualidad, no es infalible. Pero consideramos que el ADN y sus bases de datos policiales constituyen una herramienta que posee un extraordinario potencial en la lucha contra la criminalidad transfronteriza y nacional grave. Dicho potencial se está logrando gracias a que, con carácter general, los continuos avances científico-tecnológicos se están poniendo, cada vez más, al servicio de la investigación de los delitos especialmente graves y, asimismo, por la, cada vez mayor, irrupción de los cálculos de probabilidad en el ámbito de la valoración de las pruebas, particularmente, las pruebas científicas. Algunos de tales avances están siendo progresivamente previstos en las normas europeas y nacionales, con el fin de posibilitar la obtención transnacional de una prueba de ADN con un elevado valor probatorio que pueda fundamentar, por parte del órgano nacional jurisdiccionalmente competente, una sentencia de condena, junto con otros medios de prueba.

Sin embargo, dichos avances, en virtud de los cuales puede lograrse una prueba fiable, pueden poner en entredicho la licitud de la prueba, lo que impediría que pudiera ser valorada judicialmente. Por ello, la regulación europea y nacional, concretamente, española, ha de cumplir dos requisitos: 1) ha de permitir la obtención de una prueba de ADN lo más fiable posible; 2) ha de posibilitar la obtención de una prueba de ADN lícita. Y ambos requisitos han de cumplirse en las tres fases que conforman lo que denominamos «el uso forense de la tecnología del ADN», como son, la fase, 1) de obtención de una muestra de ADN; 2) de análisis de su perfil en el laboratorio; y 3) de tratamiento del dato de ADN en la base de datos.

Conforme al mencionado planteamiento, es necesario exponer a qué nos referimos con licitud y fiabilidad y, asimismo, en qué consiste cada fase y qué fines concretos se persiguen en cada una de ellas. Según dicho marco podremos identificar y analizar las normas aprobadas en la Unión Europea (UE) y su incidencia sobre la legislación española. Ello posibilitará el estudio de los problemas legales que dificultan la obtención transfronteriza de una prueba de ADN con un elevado valor probatorio. En concreto, situados en la fase del tratamiento del dato de ADN, vamos a plantear los problemas de licitud y fiabilidad que suscita una eventual regulación, en el plano de la UE y, en su caso, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de las «búsquedas (del ADN) de familiares» en sus bases de datos de ADN.

I. JUSTIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA LA OBTENCIÓN TRANSFRONTERIZA DE LA PRUEBA DE ADN. SU APLICACIÓN SOBRE LAS «BÚSQUEDAS (DEL ADN) DE FAMILIARES»

En los niveles nacional, UE e internacional, las correspondientes Instituciones están regulando el «uso forense de la tecnología del ADN», con el fin de mejorar la lucha contra la criminalidad grave, nacional y transfronteriza, en particular, la criminalidad organizada y el terrorismo. El objetivo pretendido con dicha regulación es la obtención de una prueba de ADN, ya sea en el ámbito nacional, ya transfronterizo, que pueda ser eficazmente utilizada en el correspondiente proceso penal iniciado en un Estado. Para lograr tal eficacia procesal es necesario que dicha prueba cumpla con dos requisitos. Ambas condiciones han de exigirse a la prueba de ADN, tanto si se obtuvo dentro de un Estado, como si se recabó transfronterizamente. No obstante, en este trabajo nos centramos en su obtención transfronteriza, en el marco de la UE, y desde la perspectiva de la jurisdicción española, esto es, con el objetivo de ser utilizada en un proceso penal español. Para ello, nos centraremos en las normas aprobadas por el legislador europeo y español.

El primero de los requisitos consiste en la fiabilidad de la prueba. Sin embargo, exigir que la prueba sea fiable, no significa que asumamos que dicha prueba científica haya de ser infalible. De hecho, consideramos 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.

No obstante, admitimos que es una herramienta que posee un extraordinario potencial en la lucha contra la criminalidad grave, nacional y transfronteriza. Dicho potencial se está logrando gracias a que, con carácter general, los continuos avances científico-tecnológicos se están poniendo, cada vez más, al servicio de la investigación de los delitos especialmente graves y, asimismo, por la, cada vez mayor, irrupción de los cálculos de probabilidad en el ámbito de la valoración de las pruebas, particularmente, las pruebas científicas. Y de ambos aspectos, los avances científico-tecnológicos y cálculos de probabilidad, se está beneficiando también el uso forense del ADN y sus bases de datos. En efecto, el uso forense del ADN es posible, en la actualidad, gracias al avance científico-técnico que supuso el desarrollo de la huella genética de un individuo en el Reino Unido en el año 1984¹. Así, gracias a este descubrimiento alcanzado en el ámbito de la

¹ La huella genética fue inventada en 1984 por Alec Jeffreys, profesor de la Universidad de Leicester.

genética, que se aplicó al ámbito forense, está siendo posible esencialmente la identificación del titular de la muestra, no identificada, que fue abandonada en el lugar del delito mediante la comparación, caso a caso, de su perfil con el de un sujeto imputado e identificado. Un segundo avance, extraordinario, en una lucha más eficaz contra la criminalidad, que se ha unido al anterior, tuvo lugar en el año 1995 gracias a la tecnología, pues posibilitó la creación, por primera vez en el Reino Unido, de una base de datos de ADN. Desde entonces son numerosos los países del mundo que han creado bases de datos². En virtud de dicho avance tecnológico se ha posibilitado, no solo el almacenamiento de perfiles de ADN en los numerosos bancos de datos que se han ido creando, sino también su interconexión. Ello está permitiendo efectuar búsquedas y comparaciones automatizadas entre todos los perfiles, ya incluidos en los múltiples bancos creados, tanto a nivel nacional como transfronterizo, esencialmente a nivel UE, con el fin de lograr coincidencias entre tales perfiles. Así pues, la posibilidad de identificar al titular de la muestra abandonada en el lugar del delito e, incluso, de vincular varias escenas de un delito se está incrementado de forma notable. En tercer lugar, si se alcanza una coincidencia, este resultado es posible cuantificarlo en términos de probabilidad, mediante la aplicación del *Teorema de Bayes* sobre la prueba de ADN. En virtud de dicho *Teorema* es posible medir la culpabilidad del sujeto, cuyo perfil ha resultado coincidente con la muestra, en términos de probabilidad.

Ahora bien, para que dicha potencialidad se vaya haciendo realidad es necesario que la norma jurídica refleje los avances que se van alcanzando en genética forense, probabilidad y tecnología informática. Así, desde un punto de vista jurídico, podemos considerar que, si se utilizan los métodos científicos y tecnológicos adecuados desde la obtención de la muestra hasta una vez elaborado el informe pericial, podremos conseguir una prueba muy fiable. E, incluso, podríamos llegar a reconocer que si aplicamos todos los avances que se pueden alcanzar en el ámbito científico y tecnológico podríamos lograr una prueba de una fiabilidad del 100%. En este sentido, en primer lugar, es cierto que desde un punto de vista científico-tecnológico será posible analizar el perfil «completo» del ADN, incluyendo su parte

² Las tres encuestas realizadas por INTERPOL, la última en 2008, dirigidas a determinar el uso del perfil de ADN en las investigaciones penales entre sus 188 Estados miembros, fueron contestadas por 172. Su resultado fue que 120 países utilizan perfiles de ADN en sus investigaciones policiales y 54 tienen bases de datos nacionales de ADN. Está disponible en: www.interpol.int.

codificante. Ello permitiría la absoluta identificación de un sujeto pues no hay dos individuos con el mismo ADN (salvo los gemelos univitelinos). Sin embargo, parece que ello revelaría información genética de gran trascendencia, datos sensibles, fundamentalmente, relativos a la salud, lo que conllevaría la vulneración de derechos fundamentales, tales como la intimidad y la protección de datos personales. Por este motivo, la norma española, artículo 4 de la Ley Orgánica (LO) 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN³, indica que solo se inscribirán en la base de datos 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 sexo⁴. Pero, cabe preguntarse si, resultaría respetuoso con tal precepto, la extracción de información genética de la identidad de la persona, mediante el análisis de la parte codificante del ADN. La respuesta es que dicho precepto no parece impedirlo. Por otro lado, el preámbulo de dicha Ley prohíbe expresamente el análisis de la parte codificante del ADN. Sin embargo, dicha afirmación, loable, no se encuentra en el articulado de la norma y, por ello, carece de valor vinculante alguno. Por el contrario, a nivel UE, la Decisión 2008/615, de 23 de junio de 2008 (artículo 2.2) indica expresamente que los «índices de referencia contendrán exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante del ADN y un número de referencia». La norma europea sí limita el análisis del perfil de ADN a la parte no codificante⁵. El artículo 36.1 de esta Decisión indica que los Estados miembros han de tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en las disposiciones del capítulo 2, donde se encuentra el citado artículo 2.2. Cuando esto ocurra⁶, el futuro desarrollo de esta Decisión obligará a la

³ BOE núm. 242 del 9 octubre 2007, pp. 40969-ss.

⁴ Junto con la amelogenina, los 15 marcadores STRs más utilizados en España son: D3S1358, VWA, D8S1179, D21S11, D18S51, FGA, D7S820, TH01, D13S317, D16S539, D2S1338, D19S433, TPOX, D5S818, CSF1P0.

⁵ Al menos, hay una definición legal de «parte no codificante» en el art. 2. d) de la Decisión 2008/616 cuando indica como «parte no codificante del ADN: las regiones cromosómicas sin expresión genética, es decir, aquellas de cuya capacidad para determinar alguna propiedad funcional del organismo no se tiene constancia».

⁶ El plazo previsto en la Decisión es de 3 años desde que surta efecto esta Decisión y la Decisión que aplica ésta, esto es, la Decisión 2008/616 (art. 36.1 de la Decisión 2008/615). Los 3 años, en el caso de la Decisión 2008/615 y de la Decisión 2008/616 finalizaron el 26 de agosto de 2011 tal y como permiten afirmar sus arts. 37 y 24 respectivamente

utilización exclusivamente del ADN no codificante en los Estados miembros, incluido España, por lo que se tendrá que plantear, en su caso, la modificación del artículo 4 de la LO 10/2007 en el sentido de indicar expresamente la limitación del análisis del ADN a la parte no codificante.

Un segundo ejemplo, pone de relieve cómo gracias a la tecnología pueden almacenarse en bases de datos cuantos perfiles de ADN se quiera e interconectarse *on line* tales bancos de datos en los que se contienen. El resultado podría llegar a ser que los perfiles de ADN de todos ciudadanos del mundo podrían almacenarse en bases de datos y ser objeto de búsquedas y comparaciones. La coincidencia resultante tras una búsqueda y comparación automatizada permitiría identificar con absoluta certeza al sujeto investigado. Sin embargo, si no se estableciera ningún límite a la inclusión y permanencia de perfiles en las bases de datos y, en su caso, a la conservación de las muestras, se vulneraría el derecho a la intimidad y a la protección de datos. Ciertamente los legisladores, europeo y nacionales de los Estados miembros, han previsto criterios de inclusión y cancelación de los perfiles, el control de las muestras de ADN y los fines a los que han de destinarse, si bien resultan muy criticables⁷.

Según lo expuesto, se podría alcanzar una fiabilidad del 100% en la identificación del investigado y en la prueba obtenida, si se aplicasen los avances científicos y tecnológicos a la prueba del ADN. Pero dicha fiabilidad se lograría a cambio de la vulneración de derechos fundamentales. Por ello, a la hora de obtener una prueba de ADN fiable, tenemos que asumir la necesidad de que se cumplan asimismo una serie de requisitos constitucionales y legales cuya inobservancia impide valorar esa prueba obtenida. En definitiva, es necesario que, además, la prueba sea lícita, esto es, obtenida con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados y a otras garantías esenciales legalmente previstas. Es éste el segundo requisito que ha de cumplirse para que la prueba de ADN pueda ser eficazmente utilizada en un proceso penal. Y es al limitarse jurídicamente la fiabilidad en aras de la licitud de la prueba cuando la fiabilidad de la prueba de ADN ya no es del 100% y, por ello, tiene que entrar en juego la aplicación del *Teorema de Bayes* en la valoración judicial de la prueba de ADN. En virtud de dicho *Teorema*, como ya referimos anteriormente, es posible medir o cuantificar la probabilidad, dada la coincidencia, de la culpabilidad del

porque establecen, ambas Decisiones, que surtirán efectos a los 20 días de su publicación y ambas se publicaron en el *DOUE* 210, de 06.08.2008, pp. 1-ss.

⁷ En este sentido, léase notas n.º 24-32.

sujeto investigado, esto es, aquel sujeto cuyo perfil ha resultado coincidente con la muestra. Y, además, permite cuantificar una probabilidad muy alta, dado que la frecuencia con que el perfil de ADN que ha coincidido se da en la población es bajísima.

Así, pues, en virtud de lo anteriormente explicado, hemos explicado por qué los requisitos de fiabilidad y licitud han de cumplirse a la hora de obtener una prueba de ADN que pueda ser altamente valorada por el órgano jurisdiccional competente. Gracias a dicha justificación, puede comprenderse por qué hemos adoptado un enfoque metodológico conforme al cual estamos abordando el análisis del conjunto de normas reguladoras del uso forense de la tecnología del ADN. Dicho planteamiento, como ya expusimos⁸, consiste en afirmar que la regulación sobre «el uso forense de la tecnología de ADN» será eficaz en la lucha contra la criminalidad grave, nacional y transfronteriza, en particular, la criminalidad organizada y el terrorismo, si cumple dos requisitos: 1) si posibilita la obtención de una prueba de ADN lo más fiablemente posible; 2) si permite la obtención de una prueba de ADN lícitamente; ello, a su vez, significa que ha de obtenerse, de un lado, con el máximo respeto a los derechos fundamentales que puedan verse afectados y, de otro, en cumplimiento de los correspondientes requisitos legalmente previstos. Pero, dado que, como he denominado, «el uso forense de la tecnología del ADN» incluye tres fases, esto es, 1) de obtención de una muestra de ADN; 2) de análisis de su perfil en el laboratorio; y 3) de tratamiento del dato de ADN en la base de datos, tal prueba pericial de ADN podrá ser altamente valorada por el órgano jurisdiccional competente en el correspondiente proceso penal español, si fue obtenida de forma lícita y lo más fiablemente posible, en cada una de las tres fases indicadas.

Así pues, si aplicamos el mencionado planteamiento metodológico sobre el conjunto de las normas reguladoras del «uso forense de la tecnología del ADN» adoptadas fundamentalmente a nivel UE y, en su caso, a nivel español, tendremos que llevar a cabo un análisis transversal de la licitud, de un lado, y de la mayor fiabilidad posible, de otro, en cada una de las tres fases mencionadas. En virtud de dicho estudio podremos llegar a determinar si tales normas realmente posibilitan la obtención transfronteriza de una prueba de ADN con un elevado valor probatorio de cara a su valo-

⁸ CABEZUDO BAJO, M.^a J., «Valoración del sistema de protección del dato de ADN en el ámbito europeo», *Revista General de Derecho Europeo* n.º 25, octubre 2011. Lo exponemos brevemente, porque el desarrollo de este nuevo artículo, en el que se explica en qué consiste cada uno de los requisitos y fases, así lo requiere.

ración por el órgano jurisdiccional español competente. Este trabajo está siendo llevado a cabo y nos está permitiendo identificar múltiples problemas jurídicos. Para contextualizar mejor tales problemas concretos y su análisis, ha sido esencial identificar, en primer lugar, a qué nos referimos con licitud y la mayor fiabilidad posible de la prueba de ADN, y, en segundo término, en qué consisten cada una de las tres fases indicadas. Ambas cuestiones serán abordadas en el punto II. Conforme a dicho estudio, en el apartado III, nos ocuparemos esencialmente de identificar los problemas de licitud y fiabilidad que suscitaría la eventual regulación de la obtención transfronteriza de una prueba de ADN lograda gracias a una «búsqueda (del ADN) de familiares», que tiene lugar en la fase de tratamiento de datos entre las bases policiales de ADN de los Estados miembros. Y nos centraremos en este tema porque es una de las materias que más polémica está suscitando en relación con la prueba de ADN en los países que fueron pioneros en el uso forense del ADN y su base de datos, esto es, el Reino Unido y USA.

II. LICITUD Y FIABILIDAD DE LA PRUEBA DE ADN A NIVEL ESPAÑOL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

Justificados ambos requisitos relativos a la licitud y fiabilidad de la prueba de ADN, vamos a exponer a qué nos referimos con ambos y, asimismo, en qué consiste cada fase y qué fines concretos se persiguen en cada una de ellas, lo que nos permitirá concretar, desde la perspectiva de la licitud y mayor fiabilidad posible, cómo han de llevarse a cabo dichas fases para cumplir con sus respectivos fines. Este marco constituye el punto de partida que nos permitirá identificar y analizar cómo, en virtud de las normas aprobadas a nivel UE, podrá obtenerse transnacionalmente una prueba de ADN con un elevado valor probatorio y cómo repercutirá ello sobre la legislación española.

1. LICITUD DE LA PRUEBA DE ADN

En cuanto a la licitud, y sin entrar en el análisis de este controvertido término⁹, únicamente indicaré que asumimos como prueba lícita aquella que cumple, a su vez, dos condiciones y en las tres fases indicadas. En primer

⁹ Sobre el polémico término de «prueba ilícita», léase MIRANDA ESTAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ed. Bosh, Barcelona, 2004.

lugar, lo es la prueba que ha sido obtenida con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados, según se proclaman en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (artículo 8), la Carta de Derechos Fundamentales (artículos 7 y 8) y en las respectivas Constituciones nacionales. En segundo término, es lícita si, además, ha sido recabada según las garantías previstas en normas de rango legal, en particular, las incluidas en normas procesales sobre la obtención y práctica de la prueba, cuya infracción genera indefensión. La consecuencia, en general, de su incumplimiento es la inadmisión de la prueba por aplicación de los efectos previstos, en el primer caso, en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y, en el segundo supuesto, en los artículos 238-240 LOPJ. Por el contrario, si es lícita, podrá ser objeto de valoración por el órgano nacional, en su caso, español, jurisdiccionalmente competente, en función de su grado de fiabilidad.

2. FIABILIDAD DE LA PRUEBA DE ADN

Respecto a la fiabilidad, consideramos que se obtendrá una prueba lo más fiable posible si se utilizan los métodos científicos y tecnológicos adecuados en cada una de las tres etapas indicadas. De esta manera, siendo la prueba lícita, si además es lo más fiable posible, podrá alcanzar un elevado valor probatorio que, asimismo, podrá medirse en términos de probabilidad utilizando para ello el Teorema de Bayes. Para lograr dicha fiabilidad, es preciso que se cumplan dos exigencias:

En primer lugar, tienen que determinarse, por parte de los expertos que trabajan, a nivel internacional, en la ISFG y el GEP-ISFG y, a nivel UE, en el Grupo de Trabajo en ADN de la ENFSI, los métodos científico-tecnológicos que han de utilizarse en cada fase para alcanzar una prueba lo más fiable posible. Conforme a tales métodos, la obtención de la muestra, el análisis de su perfil en el laboratorio y el tratamiento del dato en la base de datos de ADN, habrá de ser realizado por personal cualificado. Ambas cuestiones han de preverse legalmente. En segundo lugar, si utilizando dichos métodos científico-tecnológicos adecuados se ha logrado, tras una búsqueda y comparación entre perfiles, una coincidencia, es necesario formular dicho resultado en términos de probabilidad. El método, hasta ahora admitido, que ha de utilizarse a tal fin es el *Teorema de Bayes*, cuya aplicación sobre la prueba de ADN, que debiera preverse normativamente, permite medir o cuantificar la probabilidad, dada la coincidencia entre los

perfiles de ADN, de la culpabilidad del sujeto investigado, esto es, aquel sujeto cuyo perfil ha resultado coincidente con la muestra.

Así pues, la licitud, de un lado y la mayor fiabilidad posible, de otro, han de lograrse en cada una de las tres fases que conforman el «uso forense de la tecnología del ADN». Conforme a los fines que se persiguen en cada fase, vamos a concretar en qué consiste el cumplimiento de ambos requisitos.

3. FASE DE OBTENCIÓN DE LA MUESTRA DE ADN

Dicha fase consiste en la toma de la muestra de ADN, lo que puede hacerse esencialmente mediante la recogida, de la escena del delito o del cuerpo de la víctima, de una muestra no identificada o a través de una intervención corporal, con el fin de obtener una muestra indubitada o de referencia. Junto con ambas modalidades, cabe la recogida de la muestra abandonada en el lugar del delito por el sospechoso o detenido, esto es, la recogida de una muestra identificada. En tales casos, esta fase tiene como finalidad que la muestra sea obtenida, conservada y trasladada al laboratorio utilizando métodos adecuados, que aseguren que llega al laboratorio tal y como se tomó, esto es, que garanticen la identidad entre la muestra obtenida, conservada, trasladada y recibida por el laboratorio. Para ello, es necesario asegurar la calidad de la muestra, esto es, que ni se haya contaminado ni manipulado, sin perjuicio de que haya sido obtenida sin vulnerar derecho fundamental alguno y de acuerdo con las garantías legalmente previstas.

Así pues, para la consecución de dicho fin, ha de garantizarse, desde la perspectiva de la fiabilidad, la integridad de la muestra. Para ello, tendrá que obtenerse por personal cualificado y tomarse y conservarse en condiciones que eviten su contaminación, lo que ocurrirá si es contaminada por el personal que la recoge o la muestra se altera en el proceso de recogida o traslado al laboratorio, sin perjuicio de que pueda estar contaminada en sí misma. Pero se ha de dar un paso más, como es su previsión legal. En este sentido, ha sido recientemente aprobada por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN (CNUFADN) los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención de las muestras (artículo 3.c) RD 1977/2008 por el que se regula la CNUFADN)¹⁰, siguiendo los estudios llevados a cabo por la ISFG y el GEP-ISFG.

¹⁰ BOE, n.º 298, del 11 de diciembre de 2008, pp. 49596-ss.

Y desde punto de vista de la licitud, dicha obtención ha de efectuarse, en primer lugar, con el máximo respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados, como son los derechos a la intimidad y el derecho a la integridad física y, en su caso, a la inviolabilidad del domicilio. En segundo término, la obtención ha de realizarse cumpliendo con otras garantías legalmente previstas que garanticen su autenticidad, como es el pleno respeto a las normas sobre la cadena de custodia, que impiden la manipulación de la muestra. A este respecto, en la UE, se han adoptado normas sobre la obtención de una muestra, procedente, bien de persona identificada (artículo 7 de la Decisión marco 2008/615), o bien del lugar del delito¹¹, destacando, en este sentido, la Directiva sobre la Orden de Investigación Europea¹², que se está tramitando en la actualidad. Sin duda, dicha norma será esencial en materia de obtención de la prueba de ADN entre los Estados miembros, porque, de un lado, la Decisión marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003 no ha establecido la regla *forum regit actum* y asimismo se aplica solo a la obtención de la prueba y no a su posterior traslado; y, de otro, la Decisión 2008/978 no se aplica a la prueba de ADN, pues solo recae sobre pruebas ya existentes o disponibles y la prueba de ADN requiere de un posterior análisis en el laboratorio para poder ser utilizada. En España, las normas sobre obtención de la muestra del lugar del delito y de persona identificada se establecen en los artículos 326 párrafo 3.º, 363 párrafo 2.º LECRIM y en la Disposición Adicional Tercera de la LO 10/2007 y, en cuanto a la garantía de la cadena de custodia, únicamente se menciona en el artículo 6 de la LO 10/2007¹³.

¹¹ En materia de obtención de pruebas coexisten 5 instrumentos jurídicos: 1) Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959; 2) Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen 1990 (CAAS); 3) Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000; 4) Decisión Marco 2003/577 (DOUE L 196, de 02.08.2003, pp. 45-ss.), desarrollada en España por la Ley 18/2006, de 5 de junio (BOE n.º 134, del 6 de junio 2006, pp. 21207-ss.); 5) Decisión Marco 2008/978 (DOUE L 350, 24.06.2010, pp. 22-ss.). BACHMAIER WINTER, L., «El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal», *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, Madrid, 2006, pp. 131-178.

¹² Iniciativa de Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Austria, Eslovenia y Suecia, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento y del Consejo relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal - JAI (2010) 3, publicada en el DOUE C 165, 24.06.2010 de junio 2010, pp. 22-ss. Con ella, se pretende lograr una nueva y única regulación. BACHMAIER WINTER, L., «La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 25, 2011.

¹³ En concreto, que el incumplimiento de la cadena de custodia constituye un supuesto de nulidad ha sido indicado, entre otras, por la SAP Burgos 13/2009 de 9 de marzo (ARP\2009\1136- Westlaw).

4. FASE DE ANÁLISIS DEL PERFIL DE ADN

En cuanto a la fase de extracción del perfil de ADN, una vez recibida la muestra de ADN en el laboratorio, se pasa a una segunda etapa en la que la muestra es analizada. Dicho análisis tiene como fin la extracción de su perfil, esto es, la identificación de «un código alfabético o numérico que representa un conjunto de características identificativas de la parte no codificante de una muestra de ADN humano analizada, es decir, la estructura molecular específica en los diversos *loci* (posiciones) de ADN» tal y como define el artículo 2) de la Decisión 2008/616. En concreto, dicho análisis debe realizarse con la mayor fiabilidad posible, utilizando los métodos científico-tecnológicos adecuados que permitan asegurar que la identidad correspondiente al perfil extraído coincide con la identidad del titular de la muestra de la que se extrajo. Y, ello, con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados y a otras garantías esenciales legalmente previstas.

De conformidad con dicho fin, para garantizar la fiabilidad de la prueba de ADN es necesario adoptar diversos métodos sobre la acreditación de los laboratorios, la cualificación del personal que allí trabaja, en relación a los análisis de las muestras y respecto a cualquier otra cuestión que asegure el adecuado funcionamiento del laboratorio, esencialmente, todo lo relativo a evitar su contaminación. Las asociaciones internacionales y europeas mencionadas se encargan del estudio de estas cuestiones y promueven su regulación. De hecho, se han aprobado algunas normas a nivel UE, algunas vinculantes y otras no para los Estados miembros. La primera¹⁴ exige que las actividades de laboratorio llevadas a cabo por los prestadores de servicios forenses se acrediten por un organismo de acreditación nacional que certifique que tales actividades cumplen la norma EN ISO/IEC 17025. La segunda¹⁵ invita a los Estados miembros, de un lado, a que utilicen los 12 marcadores o «*loci*» de ADN que componen el actual conjunto europeo normalizado de «*loci*» (ESS), y, de otro, a que obtengan los resultados del

¹⁴ Decisión marco 2009/905/JAI, de 30 de noviembre, sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio, *DOUE* L 322 de 09.12.2009, pp. 14-ss.

¹⁵ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN. La ampliación del número de marcadores a 12, es debido a que el valor estadístico de los datos de ADN corresponde a la probabilidad aleatoria de coincidencia y depende completamente del número de marcadores de ADN analizados fiablemente, *DOUE* C 296 de 05.12.2009, pp. 1-ss.

análisis ESS de acuerdo a técnicas de ADN ensayadas y aprobadas científicamente que se basen en los estudios llevados a cabo en el ámbito del Grupo «ADN» de la ENFSI. Asimismo, el anexo de la Decisión 2008/616 contiene normas en este sentido. A nivel español, se previó, en los artículos 5 de la LO 10/2007 y 3 del RD 1977/2008, que la CNUFADN apruebe diversos protocolos sobre estas cuestiones. A este respecto, dicha Comisión se está planteando la aprobación de los 12 marcadores previstos en la norma europea.

Desde el punto de vista de la licitud de la prueba, la finalidad de esta fase es que dicha extracción se lleve a cabo con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados, esencialmente, el derecho a la intimidad, lo que introduce la controvertida cuestión relativa a la parte de ADN codificante o no que debe analizarse, que será analizada en otro trabajo.

5. FASE DE TRATAMIENTO DEL DATO DE ADN

Extraído el perfil, se introduce en la base de datos policial de ADN y se inicia la fase de tratamiento del dato de ADN en tales bancos de datos. Dicha fase consiste en la realización de un conjunto de actividades, tales como la inclusión, organización, consulta, comparación, bloqueo, supresión o destrucción del perfil en la base de datos, tal y como indica el artículo 2.b) de la Decisión marco 2008/977¹⁶. A nivel español, algunas de estas actividades se contemplan en la LO 10/2007 (artículos 3, 7, 8 y 9) y en LO 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos¹⁷, así como en su reglamento de desarrollo, el RD 1720/2007, de 21 de diciembre¹⁸.

El objetivo que, en virtud de dicho tratamiento se persigue, es doble. En primer lugar, mediante la búsqueda y comparación automatizada de perfiles de ADN, tanto a nivel europeo como nacional, se pretende el logro de una coincidencia entre ellos, en concreto, entre un perfil no identificado y un perfil identificado o entre dos perfiles no identificados, lo que permitiría vincular varias escenas de un delito. En virtud de dicho resultado coincidente, el segundo objetivo de esta fase es la elaboración del correspondiente informe pericial de ADN en el que ha de cuantificarse la probabilidad, dada la coincidencia, de la culpabilidad del sujeto investigado, cuyo perfil ha resultado coincidente con la muestra. Y dicha actividad

¹⁶ *DOUE* L 350 de 30.12.2008, pp. 60-ss.

¹⁷ *BOE* n.º 298 de 14 de diciembre 1999, pp. 43088-ss.

¹⁸ *BOE* n.º 17 de 19 de enero 2008, pp. 4103-ss.

debe realizar con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados y con la mayor fiabilidad posible.

En concreto, desde el punto de vista de la licitud, dicha coincidencia ha de lograrse siempre que el conjunto de actividades que conforman dicho tratamiento y, en su caso, las normas sobre protección de datos, sean respetuosas principalmente con el derecho fundamental a la protección de datos personales. En relación a esta cuestión, en el ámbito de la UE, se ha aprobado la Decisión marco 2008/977/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, junto con las normas específicas aplicables al dato de ADN previstas en la Decisión 615/2008 (artículos 24-32). Asimismo, a nivel nacional, el tratamiento y fundamentalmente la protección del dato de ADN se regula en la LO 10/2007 y en LO 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos, así como en su reglamento de desarrollo, el RD 1720/2007, de 21 de diciembre. Desafortunadamente, hemos analizado preliminarmente¹⁹ las normas sobre protección de datos personales a nivel «internacional», pero limitado al intercambio de perfiles de ADN entre los Estados miembros de la UE y terceros países, a nivel UE y a nivel español y hemos concluido la falta de armonización del nivel de protección de datos en cada uno de los tres ámbitos indicados, así como entre ellos, lo que planteará problemas de ilicitud probatoria.

En cuanto a la fiabilidad, la coincidencia debe alcanzarse bajo la condición de que dicho tratamiento de datos en la base de datos se lleve a cabo por personal cualificado y utilizando el software adecuado, esto es, la más adecuada versión del CODIS, para que disminuya al mínimo la probabilidad de error. Asimismo, la coincidencia alcanzada ha de convertirse en términos de probabilidad, mediante la aplicación adecuada del método de Bayes, que se ha entendido pacíficamente hasta ahora que es el que debe utilizarse. Ambas cuestiones deben preverse normativamente. En concreto, respecto a la tecnología de las bases de datos y, a nivel UE, el anexo de la Decisión 2008/616 contiene aspectos sobre el tratamiento del dato de ADN en las bases de datos de los Estados miembros, que los Estados miembros tendrán que asumir.

¹⁹ CABEZUDO BAJO, M.^a J., «Valoración del sistema...», *loc. cit.*

III. LAS «BÚSQUEDAS DEL ADN DE FAMILIARES» («FAMILIAL DNA SEARCHES») EN LA UE

Conforme a lo manifestado en el anterior punto, a continuación nos ocuparemos esencialmente de identificar los problemas de licitud y fiabilidad que suscitaría la eventual regulación de la obtención transfronteriza de una prueba de ADN lograda gracias a una «búsqueda (del ADN) de familiares», que tiene lugar en la fase de tratamiento de datos entre las bases policiales de ADN de los Estados miembros». Para desarrollar este análisis cabe exponer: 1) en qué consisten las «búsquedas de familiares», 2) cuál es el estado de la cuestión a nivel UE y entre sus Estados miembros, 3) en qué medida este tipo de búsquedas inciden contra la licitud y mayor fiabilidad posible, esto es, identificaremos las objeciones que cabe oponer a este tipo de búsquedas desde la perspectiva de ambos requisitos; 4) la identificación de tales objeciones nos proporcionará criterios para plantear soluciones preliminares que sirvan de base a una propuesta de regulación a nivel UE y, en su caso, en sus Estados miembros.

1. ¿QUÉ SON LAS «BÚSQUEDAS (DEL ADN) DE FAMILIARES»?

Las bases de datos policiales de ADN persiguen fundamentalmente la identificación de la muestra dejada en el lugar del delito o la vinculación de dos escenas de un crimen. Ello ocurrirá si se logra una coincidencia «completa» entre dos perfiles, identificado y no identificado o entre dos perfiles no identificados, estando uno de ellos ya inscrito en la base de datos. Una coincidencia «completa» tiene lugar cuando concuerda el número total de alelos que conforman los dos perfiles que se están comparando. Generalmente, hay dos alelos en cada «loci», por lo que el número de alelos que tendrían que coincidir sería de $2x$ n.º de «loci» o marcadores que se hayan identificado científicamente. Si coincide este número de «loci», se alcanzará una coincidencia «completa». Así, por ejemplo, España ha venido utilizando 15 marcadores, junto con la amelogenina, que es la que determina el sexo. Sin embargo, en ocasiones, la búsqueda y comparación de perfiles trae como resultado una coincidencia «parcial» entre ambos perfiles, esto es, de un número menor de alelos. En tales casos, y ante la utilidad que este tipo de coincidencias comporta para la eficacia de la investigación penal, cabe plantearse, y así lo han hecho diversos Estados, la posibilidad de autorizar legalmente la búsqueda intencionada, en la base de

datos, de coincidencias «parciales» y, en concreto, las «búsquedas (del ADN) de familiares».

Dicha técnica consiste en la búsqueda intencionada de una coincidencia que permite identificar, no tanto a la persona que dejó la muestra en el lugar del delito, sino a un familiar de esta persona, con la que tendrá una extraordinaria similitud genética, debido a su ascendencia compartida. Y, ello, sobre la base de que el titular de la muestra abandonada en el lugar del delito tenga un familiar cuyo perfil esté inscrito en la base de datos²⁰. El Reino Unido, algunos Estados de USA y Nueva Zelanda han autorizado las «búsquedas de familiares». En concreto, en USA se utilizó por primera vez, en el año 2008, en el Estado de California²¹, cuando autorizó expresamente la búsqueda para lograr una coincidencia parcial en 15 alelos, y le han seguido más Estados, como Nebraska. Así, en USA mediante búsquedas de bajo rigor realizadas en el CODIS, pueden identificarse entre 5 y 25 familiares del sujeto que dejó la muestra en el lugar del delito, que serán considerados «sospechos» y, por ello, objeto de investigación para determinar alguna vinculación con el titular de la muestra de ADN dejada en el lugar del delito.

2. REGULACIÓN

Explicado en qué consisten las «búsquedas de familiares, cabe identificar cuál es el estado de la cuestión, en cuanto a su regulación, a nivel UE y en sus Estados miembros. En el ámbito europeo, este tipo de búsquedas no se han previsto, ni en la Decisión 615/2008 o Decisión Prüm, ni en la Decisión 616/2008 que la desarrolla. Pero el legislador europeo, que aun no ha autorizado legalmente las «búsquedas de familiares», está sentando las bases para que en un futuro próximo pueda hacerlo. En este sentido, ha aprobado las dos Decisiones anteriormente indicadas, en virtud de las cuales se posibilita las búsquedas y comparaciones automatizadas a nivel transfronterizo entre los Estados miembros. Ciertamente, ninguna de tales Decisiones ha sido desarrollada aun en los Estados miembros. Sin embar-

²⁰ En este sentido, BIEBER, F. R.; BRENNER, C. H.; LAZER, B., «Finding Criminals through DNA of their relatives» *Science*, vol. 312, 2 june 2006, p. 1315 señalan que ciertos estudios realizados indican que el 45 % de los sujetos que delinquen tiene un familiar en la base de datos.

²¹ MURPHY, E., «Relative Doubt: Familial Searches of DNA Databases» (November 2, 2009), *Michigan Law Review*, vol. 109, p. 291, 2010, disponible en <http://papers.ssrn.com>.

go, diversos Estados ya están llevando a cabo dicho tratamiento de datos²² mediante consultas y comparaciones automatizadas entre perfiles de ADN inscritos en sus respectivas diversas bases de datos nacionales. Bastaría con que, sobre la base de este intercambio de perfiles de ADN ya regulado, el legislador europeo autorizase expresamente este concreto tipo «de búsquedas de familiares».

Ahora bien, no cabe perder de vista que la eventual regulación, en el plano UE, de las «búsquedas de familiares» resultaría más factible si sus Estados miembros fueran adoptando dicho tipo de búsquedas en sus respectivos ordenamientos nacionales. Así, hasta donde sabemos, tras el Reino Unido, que fue pionero, en 2002, en utilizar esta nueva forma de búsqueda, ningún otro país de la UE las ha autorizado, salvo Los Países Bajos, que están actualmente tramitando una norma que las permitirá en algunos supuestos²³. Sin embargo, los legisladores de los Estados miembros están aprobando normas jurídicas cuyo fin es incrementar el tamaño de sus bases de datos policiales, aumentando el número de perfiles de ADN. En mi opinión, con ello se está promoviendo, entre otros fines, la autorización futura de las «búsquedas de familiares», porque cuanto mayor sea el tamaño de dichos bancos de datos, mayor probabilidad de éxito policial tendrán las «búsquedas de familiares» en el momento en que decidan regularlas. En concreto, los legisladores nacionales están fomentando el aumento de tamaño de dichas bases a través de, al menos, cuatro vías de carácter jurídico, que pueden resultar lesivas de derechos fundamentales. Y, ello, a pesar de que dichas vías constituyen algunas de las actividades que conforman el «tratamiento de datos en la base de datos» (artículo 2.b) de la Decisión marco 2008/977) como son la inclusión y cancelación de datos, y que, por este motivo, debieran ser respetuosas principalmente con las normas sobre protección de datos adoptadas, a nivel europeo, en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal y, en última instancia, conforme al derecho fundamental a la protección de datos personales. Esta actuación legislativa pone de relieve una de las mayores críticas que se ha formulado en contra de las «búsquedas de familiares» y es el hecho de que, si se amplían los criterios de inclusión de perfiles o si no existe plazo de cancelación de tales datos, se fomenta que un gran número de

²² Según el Documento sobre el Manejo de las Bases de Datos de 2010 de la ENFSI, al tiempo de publicar este trabajo, Austria, Alemania, España, Luxemburgo, Francia, Holanda (algunos de los Estados parte del Tratado de Prüm), Eslovenia, Finlandia, Bulgaria y Rumanía estaban intercambiando perfiles de ADN. Puede consultarse en www.enfsi.eu.

²³ SLOOTEN, K., MEESTER, R., «Database likelihood ratios and familial DNA searching», que puede consultarse en www.cs.vu.nl.

inocentes esté incluido en las bases de datos, lo que asimismo, indicó el TEDH en el Asunto *Marper* en la Sentencia de 4 de diciembre de 2008²⁴. Tales vías son las siguientes:

En primer lugar, mediante la ampliación de los criterios de inclusión de perfiles en las bases de datos. Ello se está logrando con la disminución del grado de imputación y la gravedad de los delitos. En este sentido ha sido autorizada la inclusión del perfil del sospechoso, como una categoría distinta al imputado, en España (artículo 3.1 a) de la LO 10/2007), así como²⁵ en Suecia, en Irlanda del Norte, Escocia y en el Reino Unido. Asimismo, se ha previsto en algunos países, como el Reino Unido, la inclusión de perfiles procedentes de delitos, como los «recordable crimes»²⁶, que incluso pueden no llevar aparejada una pena privativa de libertad. Tales regulaciones podrían infringir el principio de proporcionalidad, pues el sacrificio de los derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad y la protección de datos personales solo debiera estar justificado en caso de que existiese una imputación y se tratase de delitos graves, tal y como ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional²⁷.

En segundo término, a través de un inexistente plazo legal de cancelación de los perfiles de ADN en las bases de datos. A este respecto, en el Reino Unido, los artículos 63 y 64 de la «Police and Criminal Evidence Act 1984» (PACE) no establece plazo de cancelación alguno, lo que supone la vulneración del derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales, tal y como ha manifestado el TEDH en el Asunto *Marper*²⁸. Precisamente, en dicha sentencia el Reino Unido fue condenado por este

²⁴ Léase, el apartado 122 de esta sentencia, en el que se indica que los sujetos que no han sido condenados y, por ello, son titulares del derecho a la presunción de inocencia son tratados de forma semejante a los ya condenados, debido a la retención indefinida de los perfiles de ADN.

²⁵ En Irlanda del Norte se incluye al sospechoso por delitos penales que llevan aparejada pena privativa de libertad; en Escocia se incorpora a cualquiera que haya sido detenido legalmente. Dicha información puede consultarse en www.enfsi.eu.

²⁶ En concreto, los arts. 63 y 64 de la «Police and Criminal Evidence Act 1984» (PACE) se refieren a este tipo de delitos, que se enumeran en la «National Police Records (Recordable Offences) Regulations 2000».

²⁷ Respecto a la exigencia de la gravedad del delito, se ha reclamado, entre otras, en las SSTC 202/2001, de 15 de octubre y 123/2002, de 20 de mayo.

²⁸ En este sentido, puede leerse el trabajo de GONZÁLEZ FUSTER, G., «TEDH - Sentencia de 04.12.2008, S. y Marper C. Reino Unido, 30562/04 y 30566/04 - Artículo 8 CEDH - vida privada - injerencia en una sociedad democrática- los límites del tratamiento de datos biométricos de personas no condenadas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo-RDCE*, n.º 33, mayo-agosto 2009, pp. 619-633.

motivo. La consecuencia de dicha condena ha sido la tramitación de una reforma de los artículos 63 y 64 de la (PACE) a través de la «The Protection of Freedoms Bill» que actualmente se encuentra tramitándose en el Parlamento británico y que se espera que sea aprobada en el año 2012²⁹.

En tercer lugar, dicho aumento de perfiles de ADN se ha llevado a cabo mediante una imprecisa regulación sobre la conservación de las muestras de ADN. Esta cuestión está íntimamente relacionada con la anterior, tal y como señaló el TEDH en el citado «Asunto Marper». En mi opinión, si desde el punto de vista del derecho a la protección de datos personales y a la intimidad es preciso establecer un plazo de cancelación de los perfiles de ADN en las bases de datos, igualmente debiera regularse en relación con las muestras de ADN de las que se extrae su perfil. Por ello, cabe afirmar que concurre una deficiente regulación sobre el destino de las muestras de ADN o su destrucción, en la española LO 10/2007 (art. 5.1) cuando dispone que «corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación dichas muestras». Dicha norma no indica los motivos bajo los cuales el juez puede tomar dicha decisión o, lo que es peor, durante cuánto tiempo pueden conservarse hasta su destrucción. En este sentido, en la reforma llevada a cabo en «The Protection of Freedoms Bill» se han regulado asimismo plazos de destrucción de las muestras de ADN. En tal caso, y siguiendo la jurisprudencia de nuestro TC³⁰, la quiebra al principio de proporcionalidad tendría su origen en la infracción del principio de legalidad, por su carente o defectuosa regulación.

Finalmente, el crecimiento de los bancos de datos de ADN se pretende lograr mediante una regulación en la que no se identifique el concreto fin al que ha de estar destinado el perfil o las muestras de ADN. De conformidad con lo manifestado, por ejemplo, las muestras de ADN almacenadas en los «Biobancos» o bases de datos genéticos no debieran utilizarse para

²⁹ Inicialmente, la reforma se planteó en la «Crime and Security Act 2010», pero tras el cambio de Gobierno británico, se está realizando mediante el citado Bill, que resultará aplicable a Inglaterra y Gales.

³⁰ Desde la STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4º) donde el TC adopta plenamente los requisitos derivados del principio de proporcionalidad, han sido dictadas otras muchas en este sentido. Respecto al cumplimiento del principio de legalidad, se ha exigido, en el caso de restricciones a los derechos fundamentales, en las SSTC 173/1998, de 23 de julio o 89/2006, 27 de marzo. Asimismo, en virtud del art. 8 del CEDH, la jurisprudencia del TEDH efectúa el análisis del citado principio, entre otras, en la STEDH *Marper* contra el Reino Unido de 4 de diciembre de 2008 o en la STEDH *Uzun* contra Alemania, de 2 de septiembre de 2010.

finés distintos, como es la investigación criminal, de aquellos para los que fueron inicialmente recogidas. Sin embargo, esta criticable situación tiene lugar en la islandesa Ley de Biobancos 110/2000 (artículo 9)³¹, que indica que es posible autorizar el uso de las muestras biológicas para fines distintos de aquellos para los que se recogieron inicialmente, siempre que lo exijan los intereses en juego y que los beneficios potenciales superen los posibles inconvenientes para el donante de la muestra o de terceros. En este caso, la lesión a los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos se debería, siguiendo la jurisprudencia de nuestro TC³², a la infracción del principio de justificación teleológica, que constituye un presupuesto que han de cumplir las medidas, como ésta, restrictivas de derechos fundamentales.

3. PROBLEMAS DE LICITUD Y FIABILIDAD

Las objeciones que plantea el controvertido tema de las «búsqueda de familiares» ponen de relieve la dificultad para proponer una regulación que asegure la obtención de una prueba lícita y lo más fiable posible. El conjunto de argumentos en contra de su regulación, que han sido expuestos originariamente y en su mayoría por E. Murpy³³, los hemos sistematizado en dos grupos, referidos a aquellos que afectan a la licitud y a la fiabilidad de la prueba.

En cuanto a aquellos argumentos que afectan a la licitud de la prueba, cabe afirmar fundamentalmente uno, que es el hecho de que con dicha búsqueda se puede ocasionar la vulneración del derecho a la vida privada y vida privada familiar³⁴. Y, ello, porque, entre otros motivos, pueden desvelarse secretos familiares sobre la identidad paterna o materna o, incluso,

³¹ Islandia es un Estado europeo candidato a ser miembro de la UE. Esta ley de Biobancos está disponible: <http://eng.velferdarraduneyti.is>. Pero se ha aprobado la Decisión 2010/482 de 26 de julio de 2010 sobre el Acuerdo celebrado entre la UE e Islandia y Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2008/615 y Decisión 2008/616.

³² Entre otras muchas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 126/2000, de 16 de mayo; 89/2006, de 27 de marzo.

³³ La mayoría de dichos argumentos han sido expuestos por MURPHY, E., «Relative Doubt: Familiar...», *loc. cit.* Puede consultarse también, BIEBER, F. R.; BRENNER, C. H.; LAZER, B., «Finding Criminals through...», *loc. cit.*, p. 1315.

³⁴ Este argumento ha sido también indicado por SOLETO MUÑOZ, H., «La identificación del imputado», Tirant Lo Blanch, Valencia 2009, p. 159.

porque las vidas de los sujetos y de sus familias pueden verse seriamente dañadas al caer bajo la sospecha e investigación de la Policía.

En relación con aquellas objeciones que inciden en la deficiente fiabilidad de la prueba, cabe señalar las siguientes. En primer lugar, los errores graves que pueden cometerse en la búsqueda, porque pueden obtenerse coincidencias con individuos inocentes que ni siquiera son sus familiares. En segundo término, la difícil determinación del número mínimo de alelos a partir del cual, disminuya drásticamente la posibilidad de identificaciones falsas de familiares. Un tercer argumento lo constituye la dificultad en encontrar una herramienta informática que lleve a cabo este tipo de búsquedas, dado que la iteración actual del software CODIS en la «búsqueda de familiares», como no fue diseñado para este fin, no hace un trabajo eficaz³⁵. Asimismo, la agravación de dichos errores, debido a que la Policía, al confiar en exceso en la coincidencia familiar, puede obviar otros métodos más tradicionales de investigación, como la declaración de testigos presenciales, que si fuesen utilizados complementariamente en su investigación, le permitiría evitar llegar a falsas conclusiones. Finalmente, y en el estricto ámbito de la UE, cabe indicar que los Estados miembros no utilizan los mismos marcadores, lo que resultaría necesario para que el resultado de una «búsqueda de familiares» entre las bases de datos de los Estados miembros pudiera alcanzar un mínimo valor probatorio. Hasta ahora, la Decisión 2008/616, exige que, al menos, de los 24 «loci» que pueden contener el perfil, 7 constituyan el ESS y el conjunto normalizado de «loci» de INTERPOL (ISSOL). Así, todos los Estados miembros utilizan al menos estos 7 marcadores. Pero, junto con ellos, cada Estado ha determinado cuáles más utilizar. Así, por ejemplo, Gran Bretaña o Alemania utilizan 10 «loci» y España 16 «loci», esto es, 3 y 9 «loci» más respectivamente. Consciente de la necesidad de lograr dicha armonización para mejorar la probabilidad de coincidencia entre perfiles, el legislador europeo ha aprobado la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009³⁶, en virtud de la cual se ha ampliado de 7 a 12 el número de «loci». Con el

³⁵ En este sentido, el CODIS que busca patrones de alelos compartidos basados en el nivel de exigencias que se especifica en la búsqueda, no toma en cuenta las amplias variaciones en la población de cierta combinación de alelos en comparación con otros, MURPHY, E., «Relative Doubt: Familiar...», *loc. cit.*, p. 9.

³⁶ Los 12 marcadores, que se enumeran en el anexo de la mencionada Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, son: D3S1358, VWA, D8S1179, D21S11, D18S51, HUMTH01, FGA, D1S1656, D2S441, D10S1248, D12S391, D22S1045.

aumento del número de marcadores que finalmente llegarán a utilizar los Estados miembros, se favorece la posibilidad de lograr una prueba lo más fiablemente posible que repercutirá favorablemente en las «búsquedas de familiares». En efecto, y mientras no se determinen científicamente los marcadores que han de utilizarse en este tipo de búsquedas, cuantos más marcadores se utilicen, mayor oportunidad se dará a que coincidan aquellos marcadores que determinan una vinculación genética. Sin embargo dicha Resolución cuenta con un aspecto negativo y es que al no tener carácter vinculante, cada Estado miembro decidirá si se adapta a ella o no. En el caso español, y dado que no coinciden ³⁷, la CNUFADN se está planteando seriamente el uso de los 12 marcadores «europeos»³⁸.

Junto con estos dos grupos de argumentos, otra de las principales críticas que se han formulado a dichas búsquedas es que pueden causar discriminación. En primer lugar, discriminación no racial, debido al hecho de que recaiga la sospecha sobre parientes inocentes de delincuentes condenados y no en relación con familiares inocentes de los no condenados, sin que haya motivo que lo justifique³⁹. Pero, fundamentalmente, puede causar discriminación racial, porque pueden agravar las disparidades raciales ya existentes en el sistema de justicia penal, como ocurre en USA, pues, debido a que la mayor tasa de encarcelamiento la tienen los hispanos, seguidos de los negros que, a su vez, alcanzan un número tres veces mayor que los blancos, los familiares de estas subpoblaciones son los que fundamentalmente están bajo sospecha⁴⁰.

³⁷ En concreto, no coinciden los siguientes marcadores: HUMTH01, D1S1656, D2S441, D10S1248, D12S391, D22S1045.

³⁸ Además hay que añadir el problema que se plantea en el intercambio de perfiles de ADN con terceros Estados, como USA. Al menos España, Portugal y Alemania han firmado acuerdos de intercambio de perfiles de ADN con USA. El Acuerdo entre España y USA se ha publicado en el BOE n.º 217 de 07/09/2010. En concreto, USA utiliza otros 13 marcadores. En este sentido, BUTLER, J. M., *Forensic DNA Typing*, 2ª ed., 2005, pp. 94 y 95 indica que dichos 13 marcadores fueron elegidos porque, con su uso, la probabilidad media de coincidencia aleatoria es menor que una entre un trillón entre individuos no relacionados. Los 13 marcadores son: CSF1PO, FGA, TH01, TPOX, VWA, D3S1358, D5S818, D7S820, D8S1179, D13S317, D16S539, D18S51, D21S11 y Amelogenin.

³⁹ En este sentido MURPHY, E., «Relative Doubt: Familiar...», *loc. cit.*, pp. 14-15 indica que, si bien hay estudios que afirman que el 46% de los reclusos señalaron que tenían al menos un pariente cercano que había sido condenado, dicho argumento es rebatible pues no hay por qué presumir que los familiares de personas condenadas son más propensos a delinquir que los familiares de personas no condenadas.

⁴⁰ Así, MURPHY, E., «Relative Doubt: Familiar...», *loc. cit.*, afirma que si a ello se añade que el Y-STR discrimina muy poco entre los hispanos y asiáticos, siendo bajo el número de

4. PROPUESTAS DE REGULACIÓN

Identificados los problemas u objeciones que su autorización legal puede plantear, cabe formular posibles soluciones, de cara a la obtención de una prueba pericial lícita y lo más fiable posible. En este sentido, puede afirmarse que si a nivel UE, o en su caso, si los Estados miembros, como España, optan por autorizar legalmente las «búsquedas de familiares», habrían de tomar en cuenta las siguientes propuestas.

Para obtener una prueba lícita, dicha prueba de ADN ha de ser obtenida con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados en la fase de tratamiento del dato de ADN en la base de datos. Por ello, dado que constituye un método de investigación «especialmente» restrictivo de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la protección de los datos personales, dicha regulación tendría que cumplir escrupulosamente con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Algunos de estos requisitos, serían los siguientes: 1) la previsión legal de la medida, que regulase el resto de los requisitos que vamos a indicar. 2) el concreto fin investigador que persiguen que ha de ser constitucionalmente legítimo; 3) esta medida ha de ser necesaria con respecto al fin que persigue, lo que conlleva que solo habría de utilizarse si se justifica la no existencia de otra medida alternativa menos gravosa para alcanzar el fin legalmente pretendido; 4) en cuanto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, esta medida ha de estar limitada a delitos especialmente graves, que habría que identificar, así como a la búsqueda del ADN de un familiar que haya sido condenado.

Para lograr la obtención de una prueba lo más fiable posible sería necesario previamente resolver dos cuestiones científico-tecnológicas. En primer lugar, resultaría oportuna, de un lado, la identificación del número de alelos mínimo, científicamente delimitado, a partir del cual disminuya drásticamente la probabilidad de encontrar coincidencias erróneas; y, de otro, la inclusión legal de dichos alelos. En segundo término, tendría que desarrollarse un sistema informático, una nueva versión de CODIS, capaz de llevar a cabo este tipo de búsqueda con un mínimo margen de error⁴¹.

asiáticos en la base de datos, y, por el contrario, es muy discriminatoria entre la población africana, la subpoblación que se encuentra esencialmente bajo sospecha es la hispana.

⁴¹ Asimismo, la utilización de la simulación de Monte Carlo para investigar las probabilidades de éxito en la identificación de familiares biológicos ha sido propuesta por BIEBER, F. R.; BRENNER, C. H.; LAZER, B., «Finding Criminals through...», *loc. cit.*, p. 1315.

IV. CONCLUSIONES

La prueba de ADN, tal y como se concibe en la actualidad, no es infalible, pero consideramos que «el uso forense de la tecnología del ADN» constituye una herramienta que posee un extraordinario potencial en la lucha contra la criminalidad grave, nacional y transfronteriza. En este sentido, se podría lograr una fiabilidad del 100% en la identificación del investigado y en la prueba obtenida, si se aplicasen los avances científicos y tecnológicos a la prueba del ADN. Sin embargo, también lo es que, a la hora de obtener una prueba de ADN fiable, tenemos que asumir la necesidad de que se cumplan asimismo una serie de requisitos constitucionales y legales cuya inobservancia impide valorar esa prueba obtenida. En definitiva, es necesario que, además, la prueba sea lícita, esto es, obtenida con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados y a otras garantías esenciales legalmente previstas. Y es al limitarse la fiabilidad en aras de la licitud de la prueba cuando la fiabilidad de la prueba de ADN ya no es del 100% y, por ello, tiene que entrar en juego la aplicación del Teorema de Bayes en la valoración judicial de la prueba de ADN. En virtud de dicho Teorema, es posible medir o cuantificar la probabilidad, dada la coincidencia, de la culpabilidad del sujeto investigado, esto es, aquel sujeto cuyo perfil ha resultado coincidente con la muestra. Y, además, permite cuantificar una probabilidad muy alta, dado que la frecuencia con que el perfil de ADN que ha coincidido se da en la población es bajísima.

Hemos identificado los requisitos que ha de cumplir la prueba de ADN, tanto si es obtenida en un Estado, como si lo es transfronterizamente, para que pueda ser eficazmente utilizada en un proceso penal: su licitud y mayor fiabilidad posible en cada una de las tres fases que conforman «el uso forense de la tecnología del ADN». Por ello, hemos expuesto a qué nos referimos con los requisitos de licitud y fiabilidad y en qué consiste la fase de obtención de la muestra de ADN, de análisis del perfil de ADN y de tratamiento del dato de ADN, así como qué fines concretos se persiguen en cada una de ellas. Ello nos ha permitido concretar, desde la perspectiva de la licitud y mayor fiabilidad posible, cómo han de llevarse a cabo dichas fases para cumplir con sus respectivos fines.

En cuanto a la exigencia de licitud, asumimos que se cumplirá si la prueba obtenida es respetuosa en cada fase, de un lado, con los derechos fundamentales afectados y, de otro, con otras garantías legalmente previstas, en particular, en normas procesales, sobre la obtención y práctica de la

prueba, cuya infracción genera indefensión. En cuanto a la prueba lo más fiable posible, lo será si se utilizan los métodos científicos y tecnológicos adecuados en cada una de las tres etapas indicadas para alcanzar tal fin. De esta manera, siendo la prueba lícita, si además es lo más fiable posible, podrá alcanzar un elevado valor probatorio que, asimismo, podrá medirse en términos de probabilidad utilizando para ello el Teorema de Bayes.

De conformidad con ambas condiciones que ha de cumplir la prueba, podemos afirmar que, en la fase de obtención, tiene que pretenderse que la muestra sea obtenida, conservada y trasladada al laboratorio utilizando métodos adecuados, que aseguren que llega al laboratorio tal y como se tomó, esto es, que garanticen la identidad entre la muestra obtenida, conservada, trasladada y recibida por el laboratorio; en la etapa de análisis del perfil, ha de perseguirse la extracción del perfil de ADN utilizando los métodos científico-tecnológicos adecuados que permitan asegurar que la identidad correspondiente al perfil extraído coincide con la identidad del titular de la muestra de la que se extrajo. Los objetivos pretendidos en ambas etapas han de lograrse con el máximo respeto a los derechos fundamentales afectados y a otras garantías esenciales legalmente previstas; finalmente, la fase de tratamiento del dato de ADN tiene que dirigirse esencialmente a la consecución de un doble objetivo: en primer lugar, tras la búsqueda y comparación automatizada entre perfiles de ADN, a nivel europeo o nacional, al logro de una coincidencia entre perfiles, en concreto, entre un perfil no identificado y un perfil identificado, o, incluso, entre dos perfiles no identificado, lo que permitiría vincular varias escenas de un delito. En virtud de dicho resultado coincidente, el segundo objetivo de esta fase será la elaboración del correspondiente informe pericial de ADN, en el que se identificará la probabilidad, dada la coincidencia, de la culpabilidad del sujeto investigado, cuyo perfil ha resultado coincidente con la muestra. Y ambos objetivos han de lograrse con el respeto al derecho fundamental a la protección de los datos personales y con la mayor fiabilidad posible.

Hemos aplicado las condiciones de licitud y mayor fiabilidad posible que han de observarse en cada una de las tres fases indicadas, sobre las «búsquedas (del ADN) de familiares», que tiene lugar en la fase de tratamiento de datos. Ello nos ha permitido identificar los problemas que suscitaría la eventual regulación de la obtención transfronteriza de una prueba de ADN lograda gracias a una «búsqueda (del ADN) de familiares». Desde el punto de vista de la licitud, la objeción se plantea porque inciden sobre los derechos fundamentales a la intimidad y a la vida privada. Respecto a

la obtención de una prueba lo más fiable posible, este tipo de búsquedas ponen en entredicho cuestiones científico-tecnológicas aun no resueltas, como, de un lado, la identificación de los marcadores de ADN que tendrían utilizarse en este tipo de búsquedas y, de otro, la elaboración de una nueva versión de CODIS que posibilite «las búsquedas de familiares» en las bases de datos.

La identificación de las objeciones indicadas nos ha proporcionado criterios para plantear soluciones preliminares que sirvan de base a una propuesta de regulación a nivel UE y, en su caso, en sus Estados miembros. En concreto, su eventual regulación tendrá que asumir, como punto de partida, que son una herramienta de investigación «especialmente» restrictiva de los derechos fundamentales afectados. Ello trae como consecuencia el cumplimiento de varias condiciones, que vienen exigidas por los requisitos de la licitud y la mayor fiabilidad posible de la prueba de ADN. Respecto de la licitud, la regulación tiene que respetar los derechos fundamentales afectados y, en particular, los requisitos que conforman el principio de proporcionalidad. Ello conlleva la observancia de, al menos, la siguientes exigencias: a) la previsión legal de la medida, que ha de regular el resto de los requisitos que vamos a indicar. b) el concreto fin investigador que persiguen, que ha de ser constitucionalmente legítimo; c) esta medida ha de ser necesaria con respecto al fin que persigue, lo que conlleva que solo habría de utilizarse si se justificase la no existencia de otra medida alternativa menos gravosa para alcanzar el fin legalmente pretendido; d) en cuanto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, esta medida ha de estar limitada, no sólo a delitos especialmente graves, que habría que identificar, sino también a la búsqueda del ADN de un familiar que haya sido condenado. En cuanto a la obtención de una prueba lo más fiable posible sería necesario previamente resolver dos cuestiones científico-tecnológicas. a) En primer lugar, resultaría oportuna, de un lado, la identificación del número de alelos mínimo, científicamente delimitado, a partir del cual disminuya drásticamente la probabilidad de encontrar coincidencias erróneas; y, de otro, la inclusión legal de dichos alelos. b) En segundo término, tendría que desarrollarse un sistema informático, una nueva versión de CODIS, capaz de llevar a cabo este tipo de búsqueda con un mínimo margen de error.

En el marco de la tercera fase, para que pueda regularse eficazmente la obtención transfronteriza de la prueba de ADN lograda tras una «búsqueda (del ADN) de familiares» entre las bases de datos de los Estados miembros,

ha sido necesario identificar previamente las serias objeciones formuladas, a su eventual regulación, desde la perspectiva de la licitud y mayor fiabilidad posible de la prueba obtenida. Ello nos ha proporcionado criterios para plantear soluciones preliminares que sirvan de base a una propuesta de regulación a nivel UE y, en su caso, en sus Estados miembros. En concreto, su eventual regulación tendrá que tomar en cuenta dos grupos de exigencias. En primer lugar y desde el punto de vista de la licitud, el respeto a los derechos fundamentales afectados y, en particular, a los requisitos que conforman el principio de proporcionalidad. En segundo término, y para lograr la obtención de una prueba lo más fiable posible sería necesario previamente resolver determinadas cuestiones científico-tecnológicas.

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»

RESUMEN: La prueba de ADN, tal y como se concibe en la actualidad, no es infalible. Pero consideramos que el ADN y sus bases de datos policiales constituyen una herramienta que posee un extraordinario potencial en la lucha contra la criminalidad grave, y transfronteriza y nacional. Dicho potencial se está logrando gracias a que, con carácter general, los continuos avances científico-tecnológicos se están poniendo, cada vez más, al servicio de la investigación de los delitos especialmente graves y, asimismo, por la, cada vez mayor, irrupción de los cálculos de probabilidad en el ámbito de la valoración de las pruebas, particularmente, las pruebas científicas. Los legisladores, europeo y nacional están progresivamente incorporando tales aspectos en las normas. Con ello, pretenden lograr que dicho instrumento posibilite la obtención transnacional de una prueba de ADN con un elevado valor probatorio que pueda fundamentar, por parte del órgano nacional jurisdiccionalmente competente, una sentencia de condena junto con otros medios de prueba.

Sin embargo, dichos avances, en virtud de los cuales puede lograrse una prueba fiable, pueden poner en entredicho la licitud de la prueba, lo que impediría que pudiera ser valorada judicialmente. Por ello, la regulación europea y nacional, en su caso, española, ha de cumplir dos requisitos: 1) ha de permitir la obtención de una prueba de ADN lo más fiable posible; 2) ha de posibilitar la obtención de una prueba de ADN lícita. Y ambos requisitos han de cumplirse en las tres fases que conforman lo que denominamos «el uso forense de la tecnología del ADN», como son, la fase, A) de obtención de una muestra de ADN; B) de análisis de su perfil en el laboratorio; y C) de tratamiento del dato de ADN en la base de datos.

Conforme al mencionado planteamiento, es necesario exponer a qué nos referimos con licitud y fiabilidad y, asimismo, en qué consiste cada fase y qué fines concretos se persiguen en cada una de ellas. Según dicho marco podremos identificar y analizar las normas aprobadas a nivel UE y su incidencia sobre la legislación española. Ello posibilitará el estudio de los problemas legales que dificultan la obtención transfronteriza de una prueba de ADN con un elevado valor probatorio. En concreto, situados en la fase del tratamiento del dato de

ADN, vamos a plantear los problemas de licitud y fiabilidad que suscita la conveniencia de una eventual regulación, a nivel UE y, en su caso, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de las «búsquedas del ADN de familiares» en sus bases de datos de ADN.

PALABRAS CLAVE: Bases de datos de ADN; licitud; fiabilidad; «búsqueda de (ADN) familiares»; obtención transfronteriza de la prueba; Decisión 2008/615; eficacia procesal.

THE CROSS-BORDER COLLECTION OF DNA EVIDENCE IN THE EUROPEAN UNION AND ITS EFFECT ON SPAIN: THE PROBLEM OF THE «FAMILIAL (DNA) SEARCHES»

ABSTRACT: DNA evidence, as is currently considered, is not infallible. But, we accept that DNA and its police databases is a tool that has an enormous potential in the fight against cross-border and domestic serious crime. That potential is being achieved, on the one hand, due to the continuous scientific and technological advances, which are being used to improve the investigation of serious crimes, and, on the other, due to the increasing use of the probability calculations in the field of the assessment of evidences, particularly, scientific evidence. Some of these advances are being taken into account by the European and national legislator so that this legislation can allow the obtaining of expert DNA evidence that can be highly valued by national Court.

Although reliable evidence can be obtained due to the above mentioned advances, these ones can impede the obtaining of lawful evidence, which will hinder, ultimately, the collection of admissible expert DNA evidence. Therefore, the European and national regulation, particularly Spanish legislation, has to fulfill two requirements: 1) if it allows for DNA evidence to be obtained as reliably as possible; 2) if it allows for DNA evidence to be lawfully obtained. And both requirements have to be met in the three phases that involved what I refer to as «the forensic use of the technology of DNA», namely, the phase 1) of collection of the DNA sample; 2) of analysis of the DNA profile in the laboratory and, 3) of processing of DNA data in a database.

According to the exposed approach, it is necessary to explain what the meaning of lawfulness and reliability is and, also, to identify the intended purpose in each one of the three phases. Under this framework, we can identify and analyze the adopted regulations at EU level and its impact on Spanish Law. It will allow the analysis of the legal questions that impede the cross-border obtaining of effective DNA evidence. In this context, we are going to address the advisability of a regulation, at European Union level and also in the legal systems of the Member States, of the «Familial (DNA) Searches» in the DNA databases and the lawfulness and reliability problems that this kind of search raises.

KEY WORDS: DNA Databases; lawfulness; reliability; «familial (DNA) searches»; cross-border collection evidence; Decision 2008/615; procedural efficiency.

OBTENTION TRANSFRONTALIERE DE TEST ADN DANS
L'UNION EUROPEENNE ET SES REPERCUTIONS EN ESPAGNE:
LE PROBLEME DE LA «RECHERCHE (DE L'ADN) D'UN PARENT»

RÉSUMÉ: Les tests ADN, dans sa conception actuelle, n'est pas infaillible. Mais nous pensons que les bases de données ADN de la police sont un outil qui possède un énorme potentiel dans la lutte contre la grande criminalité, aussi bien transfrontalière que national. Ce potentiel est atteint, en général, grâce aux continues avancées scientifiques et technologiques qui sont de plus en plus mises au service des enquêtes sur les crimes particulièrement graves, et aussi, par l'émergence des calculs de probabilité dans le domaine de l'évaluation des preuves, et en particulier des preuves scientifiques. Les législateurs, Européen et nationaux intègrent progressivement ces aspects dans les normes. Avec elles, ils prétendent parvenir à ce que cet instrument rende possible l'obtention transnational d'un test ADN avec une grande valeur probatoire qui puisse fonder, par l'organisme national juridictionnellement compétent, une condamnation avec l'aide d'autres preuves.

Toutefois, de telles avancées, en vertu de laquelle un test peut être fait de manière fiable, peut remettre en cause la légalité de l'analyse, ce qui pourrait les empêcher d'être tenu en compte par les tribunaux. Par conséquent, la réglementation Européenne et nationale, le cas échéant, l'Espagnol, doit satisfaire à deux exigences: 1) doit permettre l'obtention de preuves ADN aussi fiable que possible, 2) doit être possible d'obtenir un test ADN licite. Et les deux conditions doivent être remplies dans les trois phases qui composent ce que nous appelons « l'utilisation dans la médecine légale de la technologie de l'ADN », qui sont, la phase, A) l'obtention d'un échantillon d'ADN; B) l'analyse son profil en laboratoire; et c) le traitement des données ADN dans la base de données.

Selon cette approche, il est nécessaire d'expliquer ce que nous entendons par légalité et fiabilité, et aussi en quoi consiste chaque phase et quels buts spécifiques sont attendus dans chacune d'elle. Dans ce cadre, nous pouvons identifier et analyser les normes adoptées au niveau de l'UE et son impact sur la législation Espagnole. Ceci permettra l'étude des problèmes juridiques qui entravent l'obtention transfrontalière d'un test ADN avec une valeur probatoire élevée. En particulier, focalisé sur l'étape du traitement de données ADN, nous allons soulever les questions de légalité et de fiabilité qui soulève la convenance d'une réglementation au niveau Européen et, le cas échéant, dans les ordonnances juridiques des États membres de « rechercher l'ADN de membres de la famille » dans leurs bases de données ADN.

MOTS CLÉS: Bases de données ADN; légalité; fiabilité; recherche de (ADN) familiaires; obtention transfrontalière de test ADN; Décision 2008/615; efficacité procédurale.

