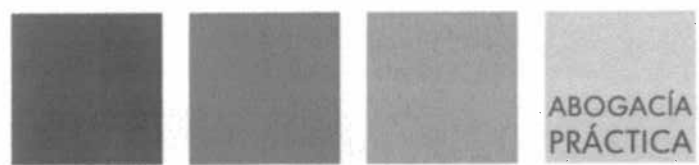


# LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL

Juan-Luis Gómez Colomer  
(Coordinador)



**tirant lo blanch**



ABOGACÍA  
PRÁCTICA

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ ANÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Valencia*

**ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO**  
*Catedrática de Derecho Mercantil de la  
Universidad CEU San Pablo*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSIO DÍAZ**  
*Ministro de la Suprema Corte  
de Justicia de México*

**OWEN M. FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Juez del Tribunal Europeo de Derechos  
Humanos  
Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía  
Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad  
Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
Catedrática de Derecho Internacional de la  
Universidad de Colonia (Alemania)*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del  
Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**JOSÉ IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del  
Tribunal Supremo de España*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Valencia*

**RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

# LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL

**JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER**  
*Coordinador*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

<http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales>

**tirant lo blanch**  
Valencia, 2014

Nel prossimo futuro c'è dunque da aspettarsi un graduale mutamento della giurisprudenza di merito nell'accertamento di reati commessi da persone con tratti geneticamente determinati o con dipendenza da droghe.

Scenari inquietanti, inevitabilmente connessi con gli svolgimenti e i successi delle scoperte scientifiche davvero sorprendenti nel campo della genetica. Ma non tutto è negativo e motivo di preoccupazione. In più di un'occasione, la prova genetica è stata risolutiva per scagionare persone gravemente indiziate di gravi delitti, come nel caso dei due romeni che, nel febbraio 2009, avevano addirittura confessato una violenza carnale commessa da altri in un parco alla periferia di Roma<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> La notizia è riportata nel seguente sito web: [http://www.corriere.it/cronache/09\\_marzo\\_05/roma\\_stupro\\_parco\\_caffarella\\_romeni\\_cappotto\\_macchiato\\_sangue\\_fbfa-4f4a-097c-11de-84bf-00144f02aabc.shtml](http://www.corriere.it/cronache/09_marzo_05/roma_stupro_parco_caffarella_romeni_cappotto_macchiato_sangue_fbfa-4f4a-097c-11de-84bf-00144f02aabc.shtml)

## EL ENFOQUE NEERLANDÉS EN EL TRATAMIENTO DEL ADN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL\*

J.A.E. VERVAELE<sup>1</sup>, F.C.W. DE GRAAF<sup>2</sup> & N. TIELEMANS<sup>3</sup>

Sumario: I. Introducción. II. Legislación actual relativa a la utilización del ADN en el proceso penal. III. Investigaciones de ADN: ámbito de aplicación y límites. IV. Almacenamiento del ADN (Base de ADN) y aspectos específicos de protección de datos; V. El ADN como prueba en el tribunal. VI. ¿El ADN y la protección de los derechos humanos? VII. Intercambio de información sobre ADN en la Unión Europea. VIII. Breve conclusión. IX. Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN

Los Países Bajos aparecen como uno de los países pioneros en el campo de la utilización del ADN en causas penales. Ya en 1988 se utilizó por primera vez el ADN como un instrumento de investigación en los procesos penales. En el caso en cuestión, el resultado del ADN se utilizó con el fin de investigar si una persona declarada culpable de violar a dos mujeres, había sido en realidad el autor del delito<sup>4</sup>. La prueba del ADN se llevó a cabo *después* de la condena. La investigación debe basarse en el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal holandés (CCP), que hace posible físicamente (es decir, corporalmente) investigar al sospechoso. Sin embargo, en 1989 se decidió por

\* Traducción del inglés al español realizada por Ana Beltrán Montoliu, Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal, Universitat Jaume I, Castellón.

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Penal Económico y Europeo en la Universidad de Utrecht y de Derecho Penal Europeo en el *College of Europe* en Brujas.

<sup>2</sup> Docente/investigadora en la Facultad de Derecho de la Vrije Universiteit Amsterdam, Utrecht, *Willem Pompe Institute*.

<sup>3</sup> Docente/investigadora en la Facultad de Derecho de la Vrije Universiteit Amsterdam

<sup>4</sup> De Poot and Kruisbergen 2006, p. 27.

el Tribunal Supremo neerlandés que esta competencia no incluye la posibilidad de realizar una investigación basada en la toma de muestras de ADN. Como consecuencia de este acontecimiento, en 1994<sup>5</sup> se aprobó la legislación que regulaba la utilización del ADN en el proceso penal. En otras palabras, el primer cuerpo legislativo sobre el ADN en el proceso penal se introdujo con el fin de cumplir con el principio de legalidad procesal en virtud del artículo 1 del CPP y por lo tanto para crear suficientes posibilidades de utilizar el ADN como instrumento de investigación y de prueba en materia penal.

En 1997 ya se estableció una base de datos de ADN en el Instituto Nacional Forense (*National Forensic Institute*) (en adelante NFI), que contiene perfiles de ADN. Aunque hubo alguna discusión al principio, estaba claro que el almacenamiento de perfiles de ADN sería competencia exclusiva del NFI, bajo la dirección del fiscal. Dicho de otro modo, una investigación sobre el ADN (que incluya muestras/perfiles) es una cuestión que afecta a la acusación no a la policía. A las autoridades policiales, incluso aunque tengan funciones judiciales, no se les permite crear sus propias bases de datos de ADN.

Después de 15 años, era obvio que el primer cuerpo legislativo exigía cambios sustanciales para hacer frente a las nuevas necesidades. En abril de 2012 entró en vigor una nueva legislación<sup>6</sup>. Ahora bien, la utilización del ADN en el proceso penal, como instrumento de investigación y prueba, no es un tema exento de controversia. El Tribunal Supremo recientemente ha revisado y reabierto varios procesos penales de condenas firmes debido a la existencia graves indicios de error relacionados con las pruebas de ADN. Estos casos, considerados como errores judiciales graves, han demostrado que las muestras de ADN pueden ser contaminadas por una actuación inapropiada de la policía o incluso manipuladas por las autoridades policiales cuando participan en la investigación inicial de la escena del crimen.

El objetivo de este trabajo es proporcionar una visión general de la actual regulación neerlandesa sobre el ADN que se utiliza en los procesos penales. Tras una breve introducción a la legislación neerlandesa sobre ADN, se ofrecerá una visión general sobre las normas más importantes de los Países Bajos relativas a las investigaciones de ADN con repercusión en el proceso penal. A

<sup>5</sup> Stb. 1993, 596.

<sup>6</sup> Stb. 2012, 131.

continuación, especificaremos el objeto y la/s finalidad/es de los diferentes tipos de investigación de ADN. Prestaremos especial atención a los límites que deben respetarse con el objeto de llevar a cabo legítimamente las investigaciones de ADN y las personas que pueden sometidas a la prueba de ADN. Seguidamente se ofrecerá una descripción sobre el modo de preservar muestras de ADN (legislación neerlandesa relativa a las bases de datos de ADN). Por último, se discutirá sobre la relación entre el uso de ADN en el proceso penal y los derechos humanos y se prestará atención al *Prüm acquis*.

## II. LEGISLACIÓN ACTUAL RELATIVA A LA UTILIZACIÓN DEL ADN EN EL PROCESO PENAL

El actual compendio legislativo contiene normas que proceden de diferentes fuentes, con la combinación de los CCP, los estatutos especiales y Reales Decretos. El procedimiento general sobre la toma de muestras y análisis de ADN se establece en el CPP, especialmente en el artículo 138 bis y el artículo 151 bis del CPP. Junto al CCP, también existe legislación relativa a la recogida de muestras de ADN de personas condenadas. Esta legislación se encuentra regulada en la '*DNA Testing (Convicted Persons) Act*'. Por otra parte, el *DNA (Criminal Cases) Tests Decree (DNA Decree)* contiene la legislación respecto a la base de datos de ADN: en qué casos y en qué condiciones es posible mantener las muestras de ADN en la base de datos.

### A) Artículos aplicables en el CCP

Antes de comentar las disposiciones específicas del CCP es necesario y útil subrayar algunos de los factores esenciales del procedimiento penal neerlandés y el ADN. En primer lugar, en los Países Bajos los fiscales son las autoridades judiciales las que investigan (no sólo acusan) y supervisan a las autoridades policiales con funciones judiciales. En segundo lugar, en los Países Bajos todavía se tiene un juez de instrucción, pero ha perdido la mayor

<sup>7</sup> Ley Investigación ADN en relación con condenados *Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden*, Stb. 2007, 513. See also: ECHR 7 December 2006, appl. no. 29514/05 (*Van der Velden vs. The Netherlands*).

parte de su monopolio de investigación y sobre todo su ámbito de actuación se circunscribe a la autorización de determinadas medidas coercitivas. En tercer lugar, en lo que respecta a las pruebas, no existe el concepto legal de “prueba científica”. Esto significa que toda la prueba obtenida por medios técnicos será el resultado de un análisis realizado por un experto. El resultado se presentará en un dictamen o informe pericial. Finalmente, el perito puede ser llamado a testificar ante el tribunal. La aproximación a las investigaciones de ADN y las pruebas de ADN se encuentran, pues, en gran medida, focalizada en la prueba pericial.

El CCP comienza con una definición de la investigación sobre el ADN, con el fin de indicar el objetivo y el alcance de la investigación, incluyendo las personas que pueden ser objeto de tal investigación.

El **artículo 138 bis** CCP contiene la definición de la investigación sobre el ADN en el proceso penal:

‘La investigación sobre el ADN se refiere a la investigación de material celular que tiene como objetivo la comparación de perfiles de ADN o la determinación de las características personales observables de un sospechoso desconocido o de una víctima desconocida o la determinación del parentesco.’

En otras palabras, la utilización de pruebas de ADN en los Países Bajos evidentemente no está limitada a las muestras tomadas de condenados, sino que incluye un amplio círculo de personas, incluyendo al sospechoso. Esto está en consonancia con la evolución internacional en este ámbito, pero no está exenta de controversia.

A principios de 2012, la Corte de Apelación de Maryland en Estados Unidos sostuvo que la recogida de muestras de ADN de personas detenidas, pero aún no condenados violaba la prohibición de la Cuarta Enmienda contra registros e incautaciones no razonables<sup>8</sup>. En los EE.UU. hay un desacuerdo entre los tribunales estatales y federales que han considerado la cuestión. En la actualidad, 24 estados y el gobierno federal tienen leyes que permiten la toma de muestras de ADN antes de que se produzca la condena. En 2013, En una apretada decisión —cinco votos a favor y cuatro el contra—, el Tribunal

<sup>8</sup> Court of Appeals of Maryland 24 April 2012, no. 68 (*Alonzo Jay King jr. vs. State of Maryland*).

Supremo<sup>9</sup> ha fallado a favor de que la policía pueda tomar muestras de ADN de personas detenidas por delitos graves sin necesidad de una autorización judicial previa y que la policía mantenga una base de datos de ADN de los arrestados y equipara el material genético con las huellas dactilares.

El CPP efectúa una clara distinción entre una investigación sobre el ADN con el consentimiento (la versión clásica) y una investigación sobre el ADN sin consentimiento, que es necesariamente una medida coercitiva. El CPP también contiene las normas procesales relativas a la forma en que una investigación sobre el ADN tiene que llevarse a cabo, por quién (qué autoridad, el fiscal o el juez) y qué limitaciones existen.

Los perfiles de ADN deben tratarse únicamente con fines de prevención, detección, persecución y el enjuiciamiento de los delitos.

Una variación significativa en la reciente reforma del Código de Procedimiento Penal ha sido introducir un cambio en la finalidad de esta investigación. Anteriormente a este ajuste, el propósito era “encontrar la verdad”. Ahora ha sido reemplazado por el “interés de la investigación penal”. Esta alteración refleja el hecho de que el ADN se ha convertido en un instrumento de investigación y no es sólo una cuestión probatoria. Se ha llevado a cabo la reforma legislativa con el fin de incorporar este propósito de las investigaciones de ADN.

El criterio “en el interés de la investigación” se ha utilizado más a menudo en el CPP para el uso de medidas coercitivas. En el CCP, no se ha incluido ninguna indicación general en cuanto a lo que “el interés de la investigación” significa en realidad. Es importante, sin embargo, que el fiscal puede señalar por qué una investigación sobre el ADN contribuye a la investigación y cómo esta investigación puede conducir a la toma de decisiones penales<sup>10</sup>. En resumen, el cambio de la finalidad en una investigación sobre el ADN ha aumentado su alcance y el número de posibilidades.

El **Artículo 151 (a) (1)** se refiere a la investigación clásica de ADN, comparando los perfiles de ADN tomados de personas voluntariamente con el

<sup>9</sup> US Supreme Court, *Maryland v. King*, 3 June 2013.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32168, nr. 3, p. 24.

fin de detectar coincidencias, incluso dentro de las investigaciones de ADN a gran escala.<sup>11</sup>

De conformidad con el art. 151 a, apartado 1, el fiscal puede iniciar una investigación sobre el ADN con el fin de comparar los perfiles de ADN, usando el material de ADN de un sospechoso o de una persona contra la que no han surgido sospechas (un tercero). Por tanto, la condición para que se pueda realizar una investigación sobre el ADN es que tiene que haber una sospecha. La muestra de ADN de esa persona sólo puede tomarse con su permiso, que tiene que ser por escrito.

El fiscal designa a un perito para que realice la investigación. Este perito tiene que estar vinculado a uno de los laboratorios que han sido aprobados para este propósito. En concreto son el Instituto Forense Países Bajos (*Netherlands Forensic Institute*) (NFI) y el Laboratorio Forense para la investigación del ADN en Leiden (*Forensic Laboratory for DNA investigation*) (FLDO) que principalmente lleva a cabo investigaciones en representación de las personas sospechosas (párrafo 2). Si una investigación sobre el ADN se realiza en un sospechoso desconocido, el policía con función judicial tiene las mismas facultades que el fiscal (párrafo 3).

El sospechoso tiene derecho a que se contraste la muestra (párrafos 4 y 6). Si no hay suficiente material celular disponible para llevar a cabo un contraste de la muestra, y sólo hay un sospechoso que ha proporcionado material de ADN, éste tiene derecho a nombrar al perito que vaya a realizar la investigación. Si la muestra contrastada confirma las conclusiones iniciales, el sospechoso tiene que pagar la parte que le corresponda por los gastos ocasionados (párrafo 7). El fiscal notifica al condenado, por medio de un dictamen escrito, los resultados de la investigación sobre el ADN, si el perfil de ADN coincide con otro perfil de ADN ya procesado, y si los intereses de la investigación lo permiten (párrafo 5). Las normas relativas al tratamiento de perfiles de ADN y material celular se han establecido en decretos administrativos, previa consulta a la Agencia Holandesa de Protección de Datos (*Dutch Data Protection Agency*).

<sup>11</sup> Esto ha sido enfatizado en la última versión del Art. 151a CCP (*Kamerstukken II, 2009-2010, 32168, nr. 3, p. 25*). Se ha incluido la frase 'La investigación de ADN tiene como objetivo la comparación de perfiles de ADN'.

El **Artículo 151 ter** CCP prevé la posibilidad de que el fiscal pueda ordenar la toma de una muestra de ADN de forma coactiva cuando existan indicios racionales de que el sospechoso ha participado en alguno de los delitos previstos en el art. 67 CCP (detención provisional es posible). En otras palabras, existe un umbral de gravedad relacionado con el derecho penal sustantivo. En realidad el art. 67 CCP se refiere a los delitos con una pena máxima de al menos 4 años de prisión. Esta facultad de investigación coercitiva sólo se utiliza cuando el sospechoso no proporciona consentimiento (por escrito). Esta orden no se puede dar antes de que las autoridades hayan tomado declaración al sospechoso. El sospechoso tiene el derecho a ser asistido por un abogado (artículo 2). Normalmente, la toma de muestras se lleva a cabo por medio de un adhesivo en la mejilla. Si esto no es conveniente, la toma de muestras de sangre o del cabello también es posible. La toma de muestras se realiza normalmente por un médico o una enfermera, y si es necesario con la ayuda de los agentes de policía (facultades coercitivas). El *DNA (Criminal Cases) Tests Decree (DNA Decree)* contiene otras normas relativas a la práctica de las actuaciones previstas en el artículo 151 b del CCP.

El **Artículo 151c CPP** afirma que un perfil de ADN de un sospechoso conocido debe efectuarse utilizando el material que se toma para este propósito, salvo en excepciones muy justificadas. Este tipo de investigación ofrece los mejores resultados, con la menor posibilidad de errores. Además, de esta manera el sospechoso sabe que se está llevando a cabo una investigación criminal, especialmente mediante la toma de muestras de ADN. Otra consideración es que esta investigación prevé costes mínimos para el Instituto Forense de Holanda (*Netherlands Forensic Institute*)<sup>12</sup>. El Artículo 151b sin embargo prevé una excepción: 'si existen razones de peso, se puede llevar a cabo una investigación de ADN sobre material celular que se ha dejado sobre objetos, que se hayan obtenido del sospechoso o de material celular que se haya obtenido de una manera diferente'.

El **Artículo 151d** se refiere a la posibilidad de que el Fiscal pueda llevar a cabo una investigación sobre el ADN destinada a la determinación de las características personales observables de un sospechoso o de la víctima des-

<sup>12</sup> *Kamerstukken II 1999-2000, 26271, nr. 6.*

conocida. Para poder actuar así tiene que redundar en "el interés de la investigación penal".

Como se puede deducir de esta visión general de las investigaciones de ADN, el fiscal desempeña un papel principal en la investigación. Se centra la atención en la toma de muestras de personas (mucho menos en muestras en la escena del crimen, aunque no sea imposible). Los límites se refieren a la gravedad del delito, cuando se trata de la realización mediante poderes coercitivos. La asistencia de un abogado se convierte en un derecho en esa situación, pero el fiscal puede ordenar la medida de investigación sin (previa o a posteriori) autorización alguna de un juez de garantías o del tribunal.

Pasamos ahora a algunas de las características específicas de la investigación sobre el ADN, siendo la prueba de ADN de personas condenadas, la investigación del parentesco sobre ADN y la investigación del ADN de varias personas.

### **B) La Ley sobre la prueba de ADN de personas condenadas (The DNA testing (convicted persons) Act)**

De conformidad con la Ley sobre la prueba de ADN de personas condenadas existen varias maneras de establecer la investigación sobre el ADN sobre estas personas.

En primer lugar, el tribunal o el fiscal que tenga encomendado el conocimiento de acuerdos extrajudiciales (como conformidad (si el fiscal llega a un acuerdo extrajudicial con el sospechoso)) puede ordenar la toma de una muestra de material celular de una persona que ha sido condenada por un delito, cuando se refiera al supuesto mencionado en el artículo 67 CCP (un delito que puede dar lugar a la detención provisional, en su mayoría delitos castigados con una pena de prisión máxima de al menos cuatro años). Hay dos excepciones:

- a. Un perfil de ADN ya ha sido procesado anteriormente, basado en el artículo 151 bis, el artículo 195a CCP o del artículo 23 de la Ley relativa a la protección de datos personales.
- b. No se efectuará ninguna toma de muestras si, teniendo en cuenta la naturaleza del delito o de las circunstancias especiales en las que se

cometió, pueda razonablemente suponerse que la determinación y elaboración del perfil de ADN no serán de importancia para la prevención, detección, persecución y enjuiciamiento de los delitos cometidos por la persona en cuestión.

Si un perfil de ADN que ha sido procesado, tal como se determina en el CCP, tuviera que ser destruido, podrá sin embargo mantenerse si la persona ha sido condenada por un delito mencionado en el art. 67 CCP y el fiscal ha decidido que es razonablemente posible que el procesamiento de este perfil ADN sea significativo para la prevención, detección, persecución y enjuiciamiento de los delitos cometidos por el condenado.

El Fiscal también puede solicitar la toma de muestras de una persona condenada, si existen razones de peso que lo justifiquen, incluso en el caso de que se trate de muestras de ADN existentes de la persona en cuestión.

Para poder la ejecución de la orden del tribunal o del fiscal, se aplica un procedimiento por un perito similar al que se explica en el artículo 151 a.

### **C) Investigación del parentesco del ADN**

Como se ha mencionado brevemente *supra*, el CPP se ha modificado con el fin de establecer un marco legal para una investigación de parentesco (la determinación de parentesco, "La prueba de parentesco del ADN"), determinando las características personales observables de un sospechoso o de la víctima desconocidos y algunas otras cuestiones<sup>13</sup>; ¿Qué razonamiento hay detrás de los últimos cambios en la legislación de ADN, en particular con respecto a la introducción de las investigaciones de parentesco?

Las búsquedas de parentesco en las investigaciones criminales han marcado una nueva "era" en las investigaciones de ADN en los Países Bajos. Antes de la nueva ley de ADN, sólo era posible una investigación sobre el ADN "clásica". Ahora, con la posibilidad de determinar el parentesco, la investigación sobre el ADN ya no se limita a "la clásica comparación "respuesta positiva/ respuesta negativa". Ahora se ha hecho posible identificar a las personas a

<sup>13</sup> Enmiendas en el Código de Procesal Penal y en La Ley sobre investigación ADN con el objetivo de introducir la *investigación del parentesco del ADN, investigación ADN sobre características personales de personas desaparecidas y asuntos relacionados*. Stb. 2011, 555.

través de miembros de la familia. Coincidencias parciales entre dos perfiles de ADN pueden conducir a la posible identificación del sospechoso<sup>14</sup>. En la Exposición de Motivos, se mencionaron varias razones explicando los argumentos por los que esta nueva posibilidad se debe implementar en la legislación<sup>15</sup>. En primer lugar, se menciona la eficacia de la investigación criminal. El arsenal de posibilidades en las técnicas de investigación de ADN se ha ampliado enormemente. El legislador indicó que sería erróneo no hacer uso de estas posibilidades con el fin de agilizar las investigaciones penales. Se obtendrán beneficios temporales y de capacidad. En un sentido más amplio, la introducción de búsquedas parentesco contribuirá a la detección y persecución de delitos. Se hace referencia a la situación en Inglaterra donde la introducción de las búsquedas de parentesco ha contribuido enormemente a la detección de delincuentes. También se proporciona un argumento práctico: el gobierno puede utilizar la información, si se ha obtenido legalmente, con el fin de detectar los delincuentes / sospechosos de delitos graves. También es posible su utilización si el NFI detecta información de forma accidental. Entonces ¿por qué esto no será posible si se busca activamente esta información? Se efectúa una comparación con información obtenida a través de la intervención telefónica de una persona y el hecho de que esta la información (accidentalmente) obtenida pueda ser utilizada en los procesos penales. Lo mismo debería posibilitarse en el marco de una investigación sobre el ADN. Desde la perspectiva de una respuesta adecuada ante la delincuencia, no sería justificable en relación con las víctimas y los familiares de las víctimas si no se pudiera utilizar la información disponible de un sospechoso. Esto es aún más dramático cuando se trata de delitos violentos y sexuales muy graves y se podría haber evitado la reincidencia con una adecuada utilización de los instrumentos disponibles.

Asimismo se mencionan argumentos en contra, pero el legislador los rechazó. En concreto se refiere a la posibilidad de detener a personas inocentes y exponer involuntariamente ciertos lazos familiares. La detención de personas inocentes no se trata de una posibilidad remota, ya que con la búsqueda de parentesco no se puede dar el mismo grado de seguridad en

<sup>14</sup> *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 168, nr. 3, p. 2.

<sup>15</sup> *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 168, nr. 3, p. 4.

comparación con la investigación sobre el ADN clásica (donde se indican correspondencias completas). Por último, este nuevo método de investigación (pasando por la base de datos NFI con el fin de encontrar coincidencias parciales entre perfiles de ADN) impondrá una pesada carga para la capacidad del NFI, la policía y el Ministerio Público.

Los nuevos artículos 151da y 195g CCP se han incorporado con el fin de proporcionar una base legal para las investigaciones de parentesco. El apartado 1 del artículo 151da estipula lo siguiente: si bien la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (*Persoonsgegevens Bescherming Wet*, en adelante APD) lo prohíbe, ahora se ha posibilitado realizar una investigación de ADN que pretenda la identificación del parentesco. En el art. 21, párrafo 4 de la APD, se contempla una excepción que prohíbe el procesamiento de la información relativa a características hereditarias. El artículo 151da será una *lex specialis* del artículo 21 (4) de la APD, que por lo tanto, permite esta excepción. Sin embargo la persona en cuestión tiene que dar permiso y ser capaz de prestar su consentimiento libremente en este sentido. En el Decreto de ADN, se establecerán nuevas normas por lo que se refiere a esta cuestión.

El apartado 2 prevé la posibilidad de utilizar material celular de una persona condenada para una investigación de parentesco. En la exposición de motivos se ha puesto de manifiesto que el art. 151da tiene un papel complementario a la investigación sobre el ADN clásico (art. 151a CCP)<sup>16</sup>. Las investigaciones sobre parentesco sólo pueden llevarse a cabo si la investigación clásica de ADN no proporciona resultados y no hay casi o ninguna información disponible sobre el delincuente.

El párrafo 3 limita las posibilidades de llevar a cabo una investigación sobre el parentesco en delitos que lleven aparejada una posible pena de prisión de 8 años o más y en una serie de delitos específicos. Por otra parte, en este caso, el fiscal no necesita autorización previa del juez de instrucción. Es decir, se han previsto unos límites sustantivos y procesales más elevados para el uso de este tipo específico de investigación sobre el ADN.

<sup>16</sup> *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 168, nr. 3, p. 6.



#### **D) Investigaciones de ADN a gran escala en una pluralidad o multiplicidad de personas**

La investigación sobre el ADN a gran escala tiene como objetivo comparar el material de ADN de un sospechoso desconocido con el material de ADN de un grupo de personas con el fin de encontrar una 'coincidencia'. El material de ADN de este grupo de personas no puede ser utilizado para ningún otro propósito y no se puede comparar con los perfiles de ADN recogidos en una base de datos de ADN. Las personas a las que se les solicita su ADN para dicha investigación deben prestar su consentimiento por escrito. Debe quedar claro que se está cooperando como un tercero y no como sospechoso. Además, simplemente porque una persona se niegue a cooperar con la investigación no debe implicar que se convierta en sospechoso<sup>17</sup>. Si no se ha encontrado ninguna coincidencia entre el ADN de una persona de este grupo y el ADN del sospechoso desconocido, el material de ADN de esta persona tiene que ser destruido. Si, sin embargo, hay una coincidencia, la persona se convertirá en sospechoso partir de ese momento. A continuación su perfil de ADN se almacena en la base de datos de ADN y será comparado con todos los otros perfiles ADN en la base de datos, en la medida en que se refiere a una sospecha como se ha mencionado en el art. 67 CCP.

El Fiscal puede ordenar una investigación sobre ADN a gran escala. Si, sin embargo, la investigación sobre el ADN a gran escala se refiere a un grupo de más de 15 personas, el juez de instrucción debe conceder la autorización (art. 151a par.1 CCP).

#### **E) Conclusión provisional**

Tras el análisis de las cuestiones generales y las características específicas de la utilización de las investigaciones de ADN en el proceso penal neerlandés podemos sacar algunas conclusiones provisionales en la fase de investigación sobre el ADN.

Las modificaciones legislativas introducidas por el cuerpo legislativo de 1994 al de 2011-2012 han sido muy importantes. El legislador ha ampliado

<sup>17</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 26 271, nr. 6, p. 40, Kamerstukken I 2000/01, 26 271, nr. 210b, p. 4 and Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VI, nr. 49, p. 8

la investigación sobre el ADN en un instrumento de investigación adecuado, aplicándose de este modo a círculos más amplios o círculos específicos de personas, como la investigación sobre el ADN de una multitud de personas o la investigación de parentesco. El legislador también ha concedido una amplia discrecionalidad al fiscal en la utilización de una investigación sobre el ADN en relación con condenados. La nueva redacción que contempla la investigación sobre el ADN en el interés de la investigación penal en lugar de en la búsqueda de la verdad, refleja el mayor alcance de las investigaciones de ADN en el proceso penal.

Si bien se ha producido una ampliación y extensión de las disposiciones, el legislador también ha tenido mucho interés en aclarar exactamente quién desempeña el papel principal en este procedimiento, siendo el fiscal. Además, se centra la principal atención en la toma de muestras de personas y en análisis por peritos, teniendo mucha menos atención que la toma de muestras aleatorias en la escena del crimen.

Tras el análisis de las características específicas, a continuación nos centraremos más detalladamente en un par de aspectos. ¿Quién puede ser sometido a una investigación sobre el ADN, por quién y en qué circunstancias?

### **III. INVESTIGACIONES DE ADN: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LÍMITES**

El Código de Procedimiento Penal y la Ley sobre la prueba de ADN de personas condenadas indican exactamente en qué casos el ADN se puede utilizar para fines de investigación. En los primeros años que se llevaron a cabo investigaciones de ADN en el proceso penal, la investigación se centró principalmente en el sospechoso. El fundamento de esta actuación se halla en la consideración de que el equilibrio debía encontrarse entre la preservación de una sociedad segura, por un lado, y la protección de los derechos humanos (la inviolabilidad del cuerpo humano/ integridad física y el derecho a la privacidad), por el otro. Visto desde esta perspectiva, también se consideró inconcebible que las muestras de ADN de toda la población neerlandesa se pudieran tomar como medida preventiva con el fin de tener una red nacional de muestras de ADN para facilitar así la detección de sospechosos de delitos penales. En la le-

gislación neerlandesa esto todavía no es posible, a pesar de que la discusión en la política sobre este tema ha destacado en los últimos años.

Si bien la razón antes mencionada todavía puede ser considerada aplicable en la legislación neerlandesa, la variedad de fines para los que puede utilizarse el ADN es ahora mucho más amplia. Ahora bien, la utilización de ADN para las investigaciones penales siempre debe basarse en una fuente legal formal.

El primer límite establecido para la utilización de material de ADN con fines de investigación en el proceso penal es siempre la existencia de una sospecha de haberse cometido un delito (en el caso de una persona condenada, sin embargo, esta persona ya ha sido condenada por el delito que ha cometido y, en consecuencia, la 'sospecha' ya no es relevante). No se permite la toma de muestras de ADN con un objetivo preventivo o proactivo. La existencia de una sospecha (o un sospechoso o una persona condenada) es condición necesaria para poder llevar a cabo una investigación sobre el ADN.

Asimismo una investigación sobre el ADN sólo puede llevarse a cabo en relación con el ADN de personas específicas enumeradas en la ley. Las categorías de las personas y de los requisitos que deberían cumplirse en todos los casos se enumeran a continuación.

### **A) Sospechoso en un proceso penal**

Este supuesto podría considerarse el caso "clásico" de la investigación sobre el ADN. El fiscal puede pedir a un perito que realice este tipo de investigación sobre el ADN, que tiene como objetivo la comparación de dos perfiles de ADN (en general, el perfil de ADN del sospechoso se compara con los perfiles almacenados en la base de datos de ADN). Con el fin de minimizar cualquier posible violación de los derechos del sospechoso (siendo la integridad física del sospechoso lo más importante), las muestras de ADN sólo se tomarán si presta consentimiento. Según el artículo 151a del CCP este consentimiento debe prestarse por escrito.

El sospechoso tiene derecho a consultar con un abogado antes de decidir prestar consentimiento (art. 2 párr. 1 del Decreto ADN) y el sospechoso decide qué tipo de material celular se tomará para su utilización en la investigación sobre el ADN (art. 3 Decreto ADN). La toma de muestras de ADN de sospechosos sin su consentimiento sólo puede hacerse en el caso de sospe-

chas graves: una persona debe ser sospechosa de haber cometido un delito mencionado en el art. 67 apartado 1 CCP (delitos castigados con una pena de prisión máxima legal de al menos cuatro años y otros delitos específicos). En el supuesto de que sea en interés de la investigación, el material de ADN se tomará del sospechoso sin su permiso (art. 151b CCP).

### **B) Sospechoso desconocido en un proceso penal**

En caso de que el sospechoso sea desconocido, el fiscal o un policía pueden ordenar que se lleve a cabo una investigación sobre el ADN destinada a la comparación de perfiles de ADN sobre el material que se encuentra en la escena de un crimen (art. 151a CCP). El fiscal también puede ordenar que se realice una investigación sobre ADN destinado a la determinación de las características personales del sospechoso desconocido que se puedan considerar. Esta investigación sólo puede tener por objeto la determinación del sexo, raza u otras características personales observables según lo determinado por decreto (art. 151d CCP).

### **C) Persona conocida que no es sospechosa en un proceso penal**

De conformidad con el art. 151a CCP el fiscal puede pedir a un perito que lleve a cabo una investigación sobre el ADN con el fin de comparar los perfiles de ADN, usando el material de ADN de una persona contra la que no han surgido sospechas. La toma de muestras de ADN de esta persona sólo puede efectuarse si ha prestado consentimiento, que tiene que ser por escrito. El propósito de esta investigación es el interés de la investigación penal. Los requisitos para este tipo de investigación sobre el ADN son los mismos que los requisitos para el sospechoso que ha prestado consentimiento como se mencionó anteriormente.

### **D) Persona condenada**

Con el objeto de realizar análisis y procesar la prueba de ADN, el Fiscal ordena que se tome una muestra de ADN de la persona que ha cometido el delito, tal como se menciona en el art. 67 par. 1 CCP, que se realizará, salvo en el supuesto en el que ya se hubiese actuado en ese sentido o cuando sea posible que el perfil y el procesamiento del material de ADN, a la luz de

la naturaleza del delito o de las circunstancias del caso, no sea de importancia para la prevención, investigación y persecución de delitos o para la administración de justicia (art. 2 par.1), *Ley sobre la prueba de ADN de personas condenadas*. Si, a juicio del fiscal, existen razones de peso que se oponen a la toma del ADN de una persona condenada, se puede utilizar otro material de ADN de la persona condenada con el objeto de realizar perfiles y llevar a cabo su procesamiento (art. 2 par. 1, *Ley sobre la prueba de ADN de personas condenadas*).

### **E) Investigación sobre parentesco**

Este tipo de investigación sobre el ADN tiene como objetivo la búsqueda de una relación de parentesco entre ciertas personas, lo que podría conducir a la conclusión de que un familiar de la persona (s) cuyo ADN ha sido utilizado para una investigación sobre el ADN posiblemente podría ser el autor del delito. La investigación puede llevarse a cabo activamente o pasivamente, lo que significa que los investigadores pueden realizar investigaciones de ADN dirigidas a descubrir si existe una relación de parentesco, pero también puede encontrar por casualidad una relación de parentesco, mientras realiza de investigación sobre el ADN distinta.

Los resultados de este último también se pueden utilizar en la investigación. De conformidad con el art. 151da CCP sólo puede llevarse a cabo una investigación sobre el parentesco en interés de la investigación y así lo haya ordenado la Fiscalía. En el caso de que se llevase a cabo esta investigación a partir de datos de ADN que ya han sido procesados, el juez de instrucción debe conceder la autorización. Si se utilizan muestras de ADN que aún no ha sido procesadas, se requiere el permiso por escrito de esa persona. Una investigación sobre parentesco sólo puede llevarse a cabo en los supuestos en los que existan indicios de haberse cometido un delito sancionado con pena de prisión máxima de al menos 8 años o en caso de otros delitos graves (como la violencia callejera comunal y el vandalismo con resultado de daños corporales).

### **F) Víctima desconocida fallecida**

Con anterioridad a la reciente modificación del Código de Procedimiento Penal, sólo era posible una investigación de ADN para determinar las ca-

racterísticas personales observables de un *sospechoso* desconocido. Con la entrada en vigor de la modificación del Código de Procedimiento Penal, se añadirá la expresión "víctima desconocida" al art. 138 CCP y por consiguiente una investigación sobre el ADN también puede tener por objeto determinar las características observables personales (sexo, raza u otras características personales observables, establecidas en un decreto) de una víctima no identificada (art. 151d CCP).

## **IV. ALMACENAMIENTO DEL ADN (BASE DE ADN) Y ASPECTOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN DE DATOS**

Los perfiles de ADN se almacenan en la base de datos de ADN de la NFI. El término "base de datos" en la legislación holandesa se refiere a la recopilación de perfiles de STR autosómicos que se almacenan en la base de datos<sup>18</sup>.

El **artículo 14** del *Decreto de ADN* está compuesto por normas relativas a la conservación de las muestras de ADN en la base de datos de ADN. La Sección 1 establece: "existe una base de datos de ADN para casos penales, con el fin de prevenir, detectar, perseguir o enjuiciar los delitos". Por lo tanto, la prevención es uno de los objetivos que se persiguen con la base de datos de ADN. Según la Sección 2, el Ministerio de Justicia es responsable de la base de datos de ADN. El Secretario General del Instituto Nacional Forense (NFI) administra la base de datos de ADN. En la base de datos de ADN neerlandesa se recogen las muestras de ADN de sospechosos (que tienen que ser eliminadas si tras el juicio no hay condena), de personas condenadas ejecutando la pena, de personas con antecedentes penales, víctimas fallecidas y las muestras que se han detectado en la escena del crimen (sección 3). Los perfiles de ADN completos, así como perfiles de ADN parciales y perfiles combinados, se almacenan en la base de datos<sup>19</sup>. Con la futura legislación también será posible almacenar los perfiles de ADN de personas que han desaparecido si se sospecha que han sido víctimas de un delito grave (delito mencionado en el art. 67 CCP). Esto se ha previsto con el fin de facilitar que se encuentren personas desaparecidas. Asimismo se ha posibilitado que el Secretario General

<sup>18</sup> De Knijff 2004, p. 39-49.

<sup>19</sup> <http://forensischinstituut.nl/dna-databank/dna-databank/>.

del NFI pueda comparar los diferentes perfiles de ADN con el fin de prevenir, detectar, perseguir y juzgar los delitos. Anteriormente, no era posible hacer esto con los perfiles de ADN de personas desaparecidas, de personas no sospechosas y de víctimas fallecidas. Ahora, es posible con el fin de determinar si el perfil desconocido coincide posiblemente con el perfil de una víctima o de una persona fallecida (sección 6). Además, ya no va a haber ninguna violación de los derechos humanos (principalmente derecho a la intimidad) ya que a menudo la persona en cuestión ha fallecido.

Ahora bien, se menciona una excepción (si la persona desaparecida aparentemente se encuentra con vida y su perfil coincide con el perfil del sospechoso desconocido). Esta excepción sin embargo está pensada para justificar el hecho de que la realización de esta investigación ayudará a avanzar en el proceso penal. Aparte de eso, también ayudará a las personas consideradas desaparecidas que no lo sean más, lo que repercutiría en su mejor interés. Nos parece que este argumento es un poco peculiar ya que, por supuesto, algunas personas desaparecidas no quieren ser encontradas.

Por último, la nueva sección 7 ha introducido la posibilidad de que el Secretario General del NFI pueda comparar los perfiles de ADN de los fallecidos no identificados, con los perfiles de ADN de los sospechosos y (anteriormente), condenados en la base de datos de ADN. El objetivo de esta norma es el de identificar, personas fallecidas desconocidas. Este poder no puede sin embargo ser utilizado con el fin de resolver crímenes, como se dice explícitamente en la Exposición de Motivos<sup>20</sup>.

El **artículo 15** determina qué personas pueden acceder a la información almacenada en la base de datos. Estas personas se refieren principalmente a los funcionarios / empleados del NFI. En virtud de la sección 2, el NFI sólo puede proporcionar información, proveniente de la base de datos a (a) los fiscales, (b) los jueces, (c) los funcionarios de policía, (d) Cuerpo Nacional de Policía y (e) Servicio de Información Judicial. La sección 3 determina qué información se debe dar a las personas mencionadas en el apartado 2 c). Se refiere al nombre de la persona cuyo perfil de ADN se almacena en la base de datos, así como su

<sup>20</sup> Nota de Explicación en relación con la Emienda de la Decisión Ministerial sobre Investigaciones ADN in materia penal y sobre la Decisión Ministerial sobre Datos Policiales, *Stb.* 2012, 82.

fecha de nacimiento, el lugar y el país de su nacimiento o, si esta información es desconocida, otra información que pueda servir para determinar la identidad de la persona. Las secciones 4 y 5 también incluyen las condiciones en que la información del ADN se puede proporcionar a las personas mencionadas en la sección 2 (d) y (e). Según la sección 6, los datos sólo se pueden proporcionar cuando se solicitan por escrito, excepto en el caso de los datos que solicite el Cuerpo Nacional de Policía, donde se produce de forma automática.

Los datos personales de la persona a la que se le atribuye la muestra de ADN no se mencionan en la base de datos en sí. Los perfiles de ADN se registran en números y letras y se les da un sello de identidad. Con la ayuda de este sello, los empleados del NFI pueden emparejar la persona adecuada con el perfil adecuado.

Los **artículos 16 y 17** contienen normas relativas a la eliminación de los perfiles de la base de datos de ADN. El art. 16 (1) prevé la posibilidad de que un sospechoso de un delito mencionado en el artículo 67 del CCP ya no lo sea. El Servicio de Información Judicial tiene que informar al NFI sobre esta circunstancia. En el momento en el que el NFI reciba esta información, el perfil de ADN del que fue sospechoso tiene que ser eliminado de la base de datos de ADN (art. 17 (1)). No sólo se debe eliminar el perfil de ADN, sino que también se deben destruir el material celular que se habría proporcionado para el perfil y los datos relativos al perfil de ADN. Sólo podrá preservarse cuando el perfil de ADN del antiguo sospechoso coincide con el perfil de ADN de un sospechoso desconocido en un proceso penal de conformidad con el artículo 67 del CCP.

El **artículo 18** contiene disposiciones generales sobre la determinación de las condiciones de almacenamiento de los perfiles de ADN. En resumen, los siguientes períodos de retención serán aplicables a las diferentes categorías de personas:

- Según la sección 1, el NFI tiene que destruir el perfil de ADN de un sospechoso o de una persona condenada, (a) veinte años después de la decisión final del juez como se menciona en los arts. 351 y 352 (2) CCP, en relación con un delito cuya detención sea posible por menos de seis años o doce años después de que el interesado haya muerto, (b) treinta años después de la decisión final de conformidad con los artículos 351 y 352 (2) CCP, si se trata de un delito cuya detención sea posible por más de seis años, o veinte años después de que el interesado haya muerto y (c) después de que haya prescrito.

- Si una persona ha sido declarada culpable y condenada a más de 20 años de prisión, el perfil de ADN se mantendrá durante 50 años. Si una persona ha sido declarada culpable y condenada a cadena perpetua, su perfil de ADN se mantendrá durante 80 años (sección 3).
- Perfiles de ADN de personas sospechosas o condenadas por delitos sexuales (art. 240 b, 250 CP) se conservarán durante 80 años (sección 4).
- Los perfiles de ADN de las personas con antecedentes penales serán destruidos si esa persona ya no consiente que su perfil de ADN se almacene (sección 5).
- Los perfiles de ADN de las víctimas fallecidas serán destruidos (a) después de veinte años, si se trataba de un delito por el cual es posible 6 años de prisión o más (b) después de doce años si se trata de un delito en virtud del art. 67 CCP para los que es posible una pena máxima de prisión de seis años (artículo 6). Sin embargo, si la víctima ha muerto como consecuencia de un delito que puede ser castigado con cadena perpetua, el perfil de ADN se mantendrá durante 80 años (sección 7). Lo mismo ocurrirá con el perfil de ADN de un sospechoso desconocido.

Los perfiles de ADN de personas que cooperan en la investigación del ADN a gran escala no se almacenarán en la base de datos. Estos perfiles serán destruidos tan pronto como se ponga de manifiesto que no coinciden con el perfil de ADN en cuestión.

El material celular que se ha utilizado con el fin de hacer un perfil de ADN tiene que ser destruido al mismo tiempo que los perfiles de ADN.

## V. EL ADN COMO PRUEBA EN EL TRIBUNAL

El CCP neerlandés enumera exhaustivamente las fuentes que pueden servir como prueba en los tribunales (artículos 338-344a CCP). Las pruebas de ADN se considerarán parte de los "documentos escritos" (*schriftelijke bescheiden*) mencionados en el artículo 344 del CCP. Otra posibilidad es que un perito proporcione las pruebas de ADN al tribunal. En ese caso será aplicable el artículo 343 CCP.

El Centro de Investigación y Documentación neerlandés (*Dutch Research and Documentation Centre*) ha llevado a cabo investigaciones con el fin de

investigar cómo los jueces valoran las pruebas de ADN ante los tribunales. La jurisprudencia en relación al valor probatorio de ADN tiende a diferir<sup>21</sup>. Parte de esta jurisprudencia entiende que las pruebas de ADN únicamente tienen un valor complementario que sirven para respaldar la prueba principal, mientras que otros están dispuestos a basar una condena casi por completo en las pruebas de ADN. Los abogados en general están satisfechos con la forma en que se utiliza el ADN como prueba.

Sin embargo ha habido, como se mencionó en la introducción, algunos casos de graves errores judiciales en los dos últimos años, causados por una incorrecta interpretación de las pruebas de ADN.<sup>22</sup>

En uno de estos errores judiciales, el caso 'Schiedammer Parkmoord', un hombre fue condenado injustamente del asesinato de una niña. Confesó el crimen, pero resultó que su confesión había sido obtenida por la policía mediante coacción. Es más, el ADN que se encontró en el cuerpo de la niña no coincidía con el ADN del hombre condenado. Este hecho fue ignorado por el fiscal y el tribunal.

Este caso provocó la constitución de una comisión (*Posthumus Commission*) que ha investigado lo que salió mal en el caso 'Schiedammer Parkmoord' y cómo evitar este tipo de errores judiciales. En el informe final de la comisión se hacen una serie de recomendaciones con el fin de mejorar el proceso de búsqueda de la verdad en los tribunales. Asimismo en otros artículos científicos que se han publicado después de diferentes errores judiciales, se presta especial atención al valor probatorio de las pruebas de ADN. Una de las cuestiones que a menudo se menciona está relacionada con el hecho de que en el supuesto de que una muestra de ADN de la escena del crimen coincida con el ADN de un sospechoso, se supone con demasiada frecuencia que el sospechoso es en realidad el autor. Esta es una conclusión peligrosa: la muestra de ADN no necesariamente tiene que terminar en la escena del crimen como consecuencia de haber cometido el delito en cuestión.

<sup>21</sup> Jacobs & Bruinsma 2008.

<sup>22</sup> Se pueden encontrar ejemplos en HR 22 februari 2005, L/JN AR5714 (*Deventer Moordzaak*); HR 25 januari 2005, L/JN AS1872 (*Schiedammer Parkmoord*); HR 26 juni 2001, L/JN AA9800 (*Puttense Moordzaak*).

## VI. ¿EL ADN Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

En los Países Bajos no existe un tribunal constitucional y la Constitución neerlandesa apenas contiene si cabe, disposiciones relativas al derecho a un juicio justo y el derecho a la intimidad. Por otro lado, se aplica el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), gracias a la Constitución neerlandesa, que no prevé un sistema monista.

Hay dos derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto con la legislación de ADN en los Países Bajos: el derecho a un juicio justo (artículo 6 del CEDH) y el derecho a la intimidad (art. 8 CEDH).

Existen varios derechos que se deducen del artículo 6 del CEDH que pueden entrar en conflicto con la forma en que la legislación neerlandesa sobre ADN está organizada. El principio de igualdad de armas, para empezar, no está totalmente garantizado en el proceso penal holandés. La defensa tiene derecho a que se contraste la muestra si no está de acuerdo con los resultados de la investigación sobre el ADN (artículo 151 a lid 4 y 195b lid 1 CCP).

Este derecho, sin embargo, es bastante limitado: la defensa tiene que solicitar al fiscal o al juez de instrucción que ordene una segunda investigación. Si se rechaza la solicitud (porque no hay suficiente material que esté disponible), no existen recursos contra esta decisión. El principio *nemo tenetur* también desempeña un papel importante en las investigaciones de ADN. El Tribunal de Derechos Humanos ha dejado claro en *Saunders contra Reino Unido* que la toma de una muestra de ADN de un sospechoso está permitida si existe con independencia de la voluntad del sospechoso. Por último, la *presumptio innocentiae* podría plantear dificultades ya que los perfiles de ADN pueden ser almacenados y utilizados con el fin de encontrar coincidencias con material de ADN que se ha mantenido de los crímenes pasados. Sin que exista ningún elemento que apunte a que el individuo está involucrado en un delito determinado y sólo porque ha cometido un delito en el pasado, su ADN se puede comparar con la nueva muestra de ADN<sup>23</sup>. El artículo 8 del CEDH (derecho a la intimidad) está estrechamente relacionado con la retención antes mencionada de muestras de ADN en la base de datos de ADN neerlandesa. En *Van der Velden vs Holanda*, el TEDH consideró que tanto la

<sup>23</sup> Zuidwijk 2003, p. 267-275.

obtención de material genético por medio de la toma de una muestra bucal y la retención de dicho material, así como la determinación de un perfil de ADN constituye una injerencia en el derecho a la vida privada (ver *Van der Velden vs Holanda* (n.º 29514/05, 7 de diciembre de 2006). Sin embargo, esta interferencia puede ser justificada: la recopilación y retención de un perfil de ADN sirven los objetivos legítimos de la prevención del delito y la protección de los derechos y libertades de los demás. Es más, el Tribunal considera que medidas como la que fue objeto de demanda ante el Tribunal se puede decir que podrían llegar a ser "necesarias en una sociedad democrática". En su decisión de *Van der Velden* el Tribunal ya señaló la trascendental contribución que han supuesto para la policía los registros de ADN en los últimos años, y apuntó que si bien la injerencia en cuestión era relativamente leve, el solicitante también podría obtener un cierto beneficio de la inclusión de su perfil de ADN en la base de datos nacional que permitió una rápida eliminación del solicitante como posible sospechoso de un crimen en concreto, donde se encontró material de ADN durante la investigación.

En el caso de *W. contra Países Bajos* el tribunal consideró que las consideraciones antes mencionadas son igualmente aplicables (véase *W. contra los Países Bajos* 20-01-2009, apl. No. 20689/08). El tribunal señaló que, al contrario que en el caso de *S. y Marper contra el Reino Unido*, este asunto se refería a la cuestión del almacenamiento y retención de registros de ADN de personas que han sido condenadas por un delito. Además, el material de ADN sólo se puede obtener de las personas condenadas por un delito de cierta gravedad, y los registros de ADN sólo se pueden conservar durante un período determinado de tiempo que depende de la duración de la pena legal máxima que se puede imponer por el delito que se ha cometido. El Tribunal por consiguiente estimó que las disposiciones de la Ley contienen garantías adecuadas frente a una retención general e indiscriminada de registros de ADN. Considerando, además, que el material de ADN se almacena de forma anónima y codificadamente, y que el solicitante únicamente tendrá que enfrentarse con su registro de ADN almacenado si ha cometido con anterioridad otro delito o si comete uno en el futuro, el Tribunal no vio ninguna razón para apartarse de sus razonamientos en *Van der Velden* por el simple hecho de que el demandante fuese un menor de edad (véase la sentencia).

Por tanto, parece que la legislación neerlandesa sobre la retención de material de ADN es acorde con el artículo 8 del CEDH.



## VII. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN SOBRE ADN EN LA UNIÓN EUROPEA

El 27 de mayo de 2005 el Tratado de Prüm fue firmado por Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y España en la ciudad de Prüm en Alemania. En los años siguientes, Finlandia, Portugal, Italia, Eslovenia, Suecia, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Rumania y Hungría se han unido al Tratado también. En 2008, el Tratado fue ratificado por los Países Bajos. En el mismo año se incorporó el Tratado de Prüm en el marco jurídico de la Unión Europea por dos decisiones del Consejo<sup>24</sup>. Los miembros de la Unión Europea, incluidos los que no han firmado el Tratado de Prüm, tienen que incorporar estas decisiones del Consejo en sus propios ordenamientos jurídicos antes del 27 de agosto de 2011.

El objetivo principal del Tratado es permitir a sus miembros el intercambio de datos sobre ADN, huellas dactilares y los registros de vehículos de las personas afectadas y la cooperación en la lucha contra el terrorismo. A los efectos de este artículo, se discutirán sólo las normas que regulan el ADN.

De conformidad con el Tratado de Prüm sus miembros tienen el derecho a comparar los perfiles de ADN totalmente automatizados presentes en sus bases de datos con los perfiles de ADN en las bases de datos de los demás miembros. El artículo 6 del Tratado establece que los Estados miembros designen un punto de contacto nacional para este fin. El 10 de diciembre de 2007, Holanda hizo algunos cambios en su Decreto de ADN<sup>25</sup>. El artículo 15 del Decreto de ADN permite ahora a los miembros un punto de contacto nacional como se menciona en el artículo 6 del Tratado de Prüm para tener acceso a la base de datos de ADN holandés.

Para poder comparar los perfiles de ADN, estos perfiles deben ser compilados de la misma manera. Por lo tanto, la resolución 2001 / C 187/01 del Consejo de la Unión Europea anima a los estados miembros para que utilicen

<sup>24</sup> 2008/615/JBZ and 2008/616/JBZ.

<sup>25</sup> Decisión Ministerial del 10 de diciembre 2007 introduciendo enmiendas a la Decisión Ministerial sobre Investigación ADN in materia penal Besluit van 10 december 2007, houdende wijziging van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, Stb. 2007, 512, p. 8 e.v.

el llamado Conjunto de Normas Europeas (*European Standard Set*) (ESS) al realizar un perfil de ADN. Todavía persisten problemas técnicos muy graves debido a que los países europeos no funcionan con los mismos estándares y ni siquiera utilizan el mismo y la misma cantidad de marcadores de ADN, lo que hace que la comparación de los perfiles sea técnicamente difícil.

Es necesario esclarecer que no existe una base de datos de ADN de la UE. Todo el sistema se basa en la vinculación de bases de datos nacionales de ADN entre sí. Tampoco existe un acceso automático. De hecho, el sistema se basa en un procedimiento de dos pasos. El primer paso en el procedimiento es la comparación de perfiles de ADN entre dos países (no es posible la comparación en toda Europa). No todo perfil de ADN que se encuentre en una base de datos de ADN es comparado con los perfiles de ADN en bases de datos de otros países. El perfil de ADN primero tiene que cumplir las denominadas "las reglas de inclusión"<sup>26</sup>. Estas "reglas de inclusión" garantizan que la comparación es útil y fiable. Las "reglas de inclusión" incluyen una regla que determina cuántas características de ADN debe incluir un perfil de ADN. Las "reglas de inclusión" también establecen que los perfiles "mixtos" de ADN y los perfiles de ADN de los restos que ya han sido encontrados no se pueden utilizar en el proceso de comparación. Los perfiles de ADN se comparan en un sistema de respuesta positiva o negativa.

En el momento en el que se encuentra una coincidencia, el segundo paso en el procedimiento puede activarse, lo que significa que sólo si se ha encontrado una coincidencia entre dos perfiles de ADN podrán compartirse los datos relativos a este perfil de ADN con el país 'en comparación'. Para que otros países puedan compartir información sobre el perfil de ADN, el país 'en comparación' debe, mediante el número de referencia indicado en el perfil de ADN específica, solicitar al otro país que comparta los datos. No es un proceso automático y está completamente regulado por el Derecho nacional. En los Países Bajos la información relativa al ADN se considera que es información judicial. Por esta razón, las solicitudes de datos de ADN de otros países están siendo tratadas como solicitudes internacionales de asistencia legal mutua (comisiones rogatorias, *Mutual Legal Assistance*), y no están a cargo de las autoridades policiales, sino por las autoridades judiciales.

<sup>26</sup> Estas "reglas de inclusión" pueden consultarse en 2008/616/JBZ.

En 2012, de conformidad con la decisión de la UE todos los Estados miembros deberían haber implementado su contenido. Sin embargo, varios Estados miembros aún no han establecido una base de datos de ADN o tienen muy pocos perfiles en ella, o continúan teniendo problemas con las características técnicas y / o las normas de protección de datos. Esta es la razón por la cual el régimen de Prüm en realidad sólo funciona de forma eficaz entre 11 Estados miembros.

### VIII. BREVE CONCLUSIÓN

Los Países Bajos fueron pioneros en los años 1980 y 1990 en el campo del uso de ADN en el proceso penal y lo siguen siendo hoy. El nuevo cuerpo legislativo de 2011-2012 es un claro ejemplo de la legislación vigente en esta materia. El legislador también ha trazado claramente los límites legales y el diseño conceptual de la investigación sobre el ADN. El ámbito de aplicación se ha ampliado (propósito, supuestos), pero se sigue considerando que el ADN pertenece a la intimidad de las personas, lo que significa que la investigación sobre el ADN y el uso del mismo implica una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad. Por esta razón, los datos de ADN se consideran datos judiciales, que sólo se pueden almacenar en una base de datos única, bajo el control de la oficina del fiscal. El legislador neerlandés ha prohibido claramente la creación de bases de datos de ADN a nivel policial.

Las muestras de ADN y los perfiles son recopilados y almacenados con el fin de ser utilizados para comparar e identificar a los sospechosos de haber cometido delitos. También en este caso el legislador neerlandés ha mostrado una clara preferencia por la toma de muestras físicas de ciertas personas (con o sin su consentimiento), en oposición a la toma de muestras de la escena del delito.

Los datos de ADN son datos judiciales. Aunque el propósito judicial se ha ampliado (en el interés de las investigaciones criminales), limita el diseño conceptual de la investigación y persecución de los delitos. El legislador neerlandés no ha incluido en las investigaciones de ADN la nueva investigación judicial proactiva del terrorismo, lo que significa que la investigación sobre el ADN tiene producirse únicamente si existe sospecha de un delito.

Por último, el intercambio y la comparación de perfiles de ADN es un campo de creciente interés académico y práctico. El acervo de Prüm es interesante en este aspecto, pero aún queda mucho por hacer. No sólo los problemas técnicos siguen siendo un obstáculo, sino también las diferentes culturas jurídicas en materia de protección de datos y la naturaleza jurídica de los datos de ADN (el modelo de la policía y el modelo judicial).

### IX. BIBLIOGRAFÍA

#### Jacobs & Bruinsma 2008

M.J.G. Jacobs & M.Y. Bruinsma, *Sporen met DNA. Evaluatie van de wijziging van de regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken per november 2001*, Tilburg: WODC en IVA Tilburg 2008.

#### De Knijff 2004

P. de Knijff, 'Bewijsvoering op basis van DNA-profielen en databases', *Forensische Expertise*, 2004, jaargang 30, nr. 1, p. 39-49.

#### De Poot en Kruisbergen 2006

De Poot en Kruisbergen, *DNA-onderzoek als instrument in de opsporing*, Den-Haag: WODC 2006.

#### Zuidwijk 2007

S. Zuidwijk, 'DNA-onderzoek in strafzaken, een almaar voortrazende trein', *TREMA*, september 2003, nr. 7, p. 267-275.

#### Kamerstukken

- *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 271, nr. 6.
- *Kamerstukken I 2000-2001*, 26 271, nr. 210b.
- *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 400 VI, nr. 49.
- *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 168, nr. 3.

#### Websites

- <http://forensischinstituut.nl/dna-databank/dna-databank/>.

#### Wetten

- Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden, *Staatsblad* 2007, 513.
- Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden in verband met de introductie van DNA-verwantschapsonderzoek en DNA-onderzoek naar uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van het onbekende slachtoffer en de regeling van enige andere onderwerpen. *Staatsblad* 2011, 555.
- 2008/615/JBZ.
- 2008/616/JBZ.
- Besluit van 10 december 2007 houdende wijziging van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, *Staatsblad* 2007, 512.
- *Staatsblad* 1993, 596.
- *Staatsblad* 2012, 131.



**Jurisprudentie**

- ECHR 7 december 2006, appl. no. 29514/05 (*Van der Velden vs. The Netherlands*).
- Court of Appeals of Maryland 24 april 2012, no. 68 (*Alonzo Jay King jr. vs. State of Maryland*).
- HR 22 februari 2005, L/JN AR5714 (*Deventer Moordzaak*)
- HR 25 januari 2005, L/JN AS1872 (*Schiedammer Parkmoord*)
- HR 26 juni 2001, L/JN AA9800 (*Puttense Moordzaak*).

## EL ADN Y EL PROCESO PENAL EN ALEMANIA\*

**WALTER PERRON**

*Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal  
Universidad de Freiburg im Breisgau (Alemania)*

Sumario: I. El éxito práctico del análisis genético en el proceso penal alemán. II. Análisis genético de pruebas del inculpado. III. Análisis genético de pruebas de otras personas. IV. Grabación de huellas genéticas en bases de datos para la identificación en futuros procesos. V. Análisis genético de una multitud de personas para identificar el autor del crimen.

### I. ÉXITO PRÁCTICO DEL ANÁLISIS GENÉTICO

1. Primer uso en Alemania en 1989
2. Caso más importante en 1998: análisis genético de 17.900 personas para la identificación de un autor
3. Medio de prueba muy seguro y eficaz:
  - Probabilidades más altas de los métodos probatorios
  - Huellas mínimas suficientes (PCR)
  - Ningún análisis de fragmentos codificantes
4. Grandes éxitos (método estándar, identificación del responsable en más de 100.000 casos)
5. Pocos fracasos
  - Un inocente 6 meses en prisión (contaminación)
  - Gemelos univitelinos (archivo de un proceso en Berlín)
  - Fantasma de Heilbronn

\* *Nota del Coordinador:* El Prof. Perron presentó su conferencia en PowerPoint. Con su autorización, la hemos transformado en Word y la hemos publicado como tal a efectos de que el lector pueda tener una idea de la situación en Alemania.