

Información genética y derecho a la intimidad

Genetic information and the right to privacy

María Luisa De Torres Soto¹✉

Fecha correspondencia:

Recibido: 2 de mayo de 2018.

Revisión: 18 de julio de 2018.

Aceptado: 22 de agosto de 2018.

Forma de citar:

Torres, M.L. Información genética y derecho a la intimidad. Revista CES Derecho. Vol. 9, No. 2, julio – diciembre de 2018, 208-236.

[Open access](#)

[Términos de uso](#)

[Licencia creative commons](#)

[Ética de publicaciones](#)

[Revisión por pares](#)

[Gestión por Open Journal System](#)

DOI: [http://dx.doi.org/10.21615/](http://dx.doi.org/10.21615/cesder.9.2.3)

[cesder.9.2.3](#)

ISSN: 2145-7719

Sobre los autores:

1. Docente de la Universidad Alfonso X el Sabio.

Resumen

Es patente que, debido al avance de la tecnología y la medicina, se abren nuevos campos con los que el *derecho a la intimidad y la vida privada* deben relacionarse. Esta importancia surge por la aparición de nuevos hechos que tienen la consideración de *intromisiones ilegítimas*, concretamente, en lo relacionado con los *datos genéticos* de las personas. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como nuestro Tribunal Constitucional han establecido una doctrina que sienta las bases para futuras actuaciones.

El objeto de este trabajo es sistematizar y profundizar en los problemas jurídicos que pueden surgir en torno a la información que proporcionan dichos datos genéticos a la luz de la Jurisprudencia más reciente, así como recoger la nueva normativa europea al respecto sobre la Protección de Datos de carácter personal que entró en vigor el pasado 25 de mayo de 2018.

Palabras clave: Derecho, Intimidad, Protección, Información, Genética.

Abstract

It is clear that due to the advancement of technology and medicine, new fields are opened with which the right to privacy and private life must be related. This importance arises due to the appearance of new facts that are considered illegitimate intrusions, specifically, in relation to the genetic data of people. Both the European Court of Human Rights and our Constitutional Court have established a doctrine that sets the basis for future actions. The purpose of this paper is to systematize and deepen the legal problems that may arise around the information provided by said genetic data in light of the most recent jurisprudence in this regard, as well as to collect the new European regulation on the protection of personal data that came into force on May 25, 2018.

Keywords: Law, privacy, Protection, Information, Genetics.

Introducción: Última regulación europea de la Protección de Datos de carácter personal y su inmediata entrada en vigor

El Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) publicó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, (GDPR) relativo al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y a la protección de las personas físicas en lo que a ello respecta. Dicho Reglamento entró en vigor el 25 de mayo de 2016 pero será

aplicable a partir del próximo 25 de mayo de 2018, por lo que se trata de un tema de gran actualidad en el derecho europeo. Esta norma deroga la anterior en la materia, la Directiva 95/46/CE reduce los trámites y pretende que los ciudadanos tengan un mayor dominio sobre sus datos personales.

Así mismo se publicó la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo DOUEL 04-05-2016 119 C. Esta Directiva está destinada a los ámbitos policiales y de la Justicia, y pretende que los datos de las víctimas, testigos y sospechosos de la comisión de delitos se encuentren correctamente protegidos en una investigación criminal o de aplicación de la ley, además de que esta nueva normativa facilitará la cooperación transfronteriza policial y de los fiscales para combatir de manera más efectiva los delitos en general y el terrorismo en toda Europa. Aunque es necesario citar esta normativa, no es el objeto principal de este artículo tratar este aspecto concreto.

Ambos textos legales actualizan la normativa europea sobre protección de datos y unifican las legislaciones de los diferentes estados miembros creando un nuevo marco europeo de protección de datos.

En España, concretamente, la protección de Datos personales es un derecho fundamental recogido en el art. 18 de la Constitución española (en adelante CE). Actualmente, tanto la Ley 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal (LOPD), como su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RPDCP) han procurado informar y dar solución a la protección de la intimidad en el ámbito informático. A partir del 25 de mayo de 2018 los datos genéticos y biométricos son incluidos como novedades de datos de especial protección (sensibles) por lo que se requiere un estudio detallado.

El derecho a la intimidad y la vida privada

Derecho fundamental y derecho de la personalidad

El *Derecho a la Intimidad* se presenta como una manifestación más del reconocimiento de la dignidad humana, por lo que nuestra Carta Magna lo incluye dentro de los Derechos Fundamentales¹. Así mismo, y para garantizar su tutela y su defensa ante las agresiones de terceros necesita también de la regulación jurídico-civil, incluyéndose así en los denominados *Derechos de la Personalidad*. Por tanto, el derecho a la intimidad deriva de la dignidad humana y forma parte de ese elenco de derechos que, junto al derecho a la vida, entre otros, resultan imprescindibles para que el ser humano pueda desarrollarse libremente como persona.² Es en primer lugar la CE en su art. 18, la que configura la intimidad, junto con el derecho al honor y a la propia imagen, como derechos fundamentales, y en segundo lugar, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante LO 1/1982) la que los regula.³

1. En relación al Derecho a la Intimidad puede consultarse para más información De Torres Soto, M.L. "Últimas cuestiones jurisprudenciales en relación a la revelación de los datos genéticos en las investigaciones policiales y judiciales" (Págs.) en obra colectiva *QUAESTIO IURIS – MISCELÁNEA JURÍDICA con motivo del XX Aniversario de la Universidad Alfonso X el Sabio*. López de Goicoechea, Javier (Coord). Ed. BDS. Madrid. 2015.

2. En lo relacionado con la Intimidad como Derecho de la personalidad puede consultarse Herrero-Tejedor, F., *Honor, Intimidad y propia imagen*. 2ª Edic. Edit. Colex. Madrid 1994, pág. 58.

3. El art. 1.1. de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo señala: *El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el art. 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.*

Por otro lado, buena parte de los derechos subjetivos que reconoce la CE son también Derechos Fundamentales. Así ocurre con el derecho a la intimidad y los derechos que del mismo se derivan, como el derecho a la adecuada protección de los datos genéticos, pues, en la actualidad y debido al avance de la ciencia y la tecnología, este derecho se ve vulnerado en no pocos campos. Por ello, merece atención esta nueva manifestación del derecho a la intimidad, sus posibles injerencias y cómo los Tribunales de Justicia, garantizadores de los derechos fundamentales, ilustran en buena medida la manera en la que se ha resuelto hasta el momento el tratamiento que debe otorgarse a los mismos.

Al respecto, son interesantes las siguientes citas: por una parte, la del Profesor Pérez Luño (Pérez, 2003, 259-288), por la importancia del avance de la ciencia para el conocimiento humano en la que afirma que:

En los últimos años los avances de la ingeniería genética y la biotecnología han permitido trasladar desde la incertidumbre y la penumbra de las elucubraciones a la seguridad de los datos científicos, el conocimiento de la vida humana. Los estudios sobre el genoma humano y la consiguiente revelación del mapa genético de nuestra especie constituyen un nuevo marco de referencia para el estudio y la propia tutela de los derechos humanos. Y otra del Profesor Pérez Royo que, en torno a la relación entre las novedades sociales, señala que las innovaciones jurídicas responden siempre a necesidades experimentadas por los individuos en su convivencia. Ya hasta bien entrado el siglo XX, tanto por las condiciones objetivas de la convivencia entre los individuos en cuanto personas privadas, como por sus relaciones con los poderes públicos, la necesidad de protección del honor, la intimidad y la propia imagen era inexistente y, en consecuencia, el reconocimiento de tales derechos era superfluo. (Pérez, 2010, p. 296)

Para adentrarnos en la protección de este derecho es necesario definir primero qué se entiende por *Intimidad* y los nuevos hechos que la componen y, por otra parte, qué manifestaciones se consideran *intromisiones ilegítimas* en los mismos.

El surgimiento de la palabra *intimidad* se encuentra en la palabra latina *intimus* y significa la zona espiritual reservada de una persona, también de un grupo o de una familia. Así, entre las definiciones más actuales del derecho a la intimidad se encuentran la que ofrece el Profesor O'Callaghan: "La intimidad es el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman un círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado" (O'Callaghan, 1991, p. 38) y el Profesor Herrero Tejedor la define como el "conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado, conocido por un número reducido de personas, respecto al que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación" (Herrero, 1998, p.95).

Es decir, la intimidad como derecho fundamental tiene su base en la persona, porque es innata a ella, se adquiere por el simple hecho del nacimiento, por eso el art. 10.1 de la CE lo califica como *inherente a la dignidad de la persona*. El Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha considerado que la intimidad está incluida entre los derechos más estrechamente radicados en la dignidad de la persona,⁴ afirmando que el

4. vSTC 20/1992. Por otra parte, la STC 53/1985, de 11 de abril, F.J. 8º señala que: *Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos de la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar ya la propia imagen (art. 18)*. Véase también en este sentido el F.J.nº 6 STC 127/2003, de 30 de junio y STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5, ésta última en lo que se refiera a asegurar la protección de los derechos fundamentales también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. Por ello puede afirmarse que *el derecho a la intimidad comprende la*

derecho a la intimidad personal *en cuanto derivación de la dignidad de la persona* (art. 10.1 C.E), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana⁵ Lo que le lleva a concluir que la intimidad personal es un bien sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental. (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3).

En general, de la doctrina jurisprudencial del TC se extrae que lo que se garantiza con el art. 18.1 C.E es un derecho al *secreto*, a ser desconocido, a que los demás particulares o poderes públicos no puedan decidir cuáles son los límites de nuestra vida privada y que cada uno pueda reservarse un espacio al margen de la curiosidad ajena, con independencia del asunto de que se trate.⁶ Por ello, podemos concluir que se considera injerencia en la vida personal, por ejemplo analizar un cabello para saber en un proceso penal si el imputado es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o, si aprovechando la finalidad de un análisis, se utilizan los resultados del mismo para una finalidad distinta⁷ o si se analiza la orina, por ejemplo, para la misma finalidad que el caso anterior⁸ o si se analiza la tasa de alcohol en sangre⁹.

Todo esto convierte el derecho a la intimidad en inviolable salvo las limitaciones legales que a continuación se subrayarán, pero debe aclararse que lo que comprende el derecho a la intimidad es la protección del individuo ante la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros¹⁰, incluidos naturalmente también los datos genéticos y así mismo la protección ante la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular.¹¹

La CE se limita a decir en su art. 18 que *se garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar*, junto con los derechos al honor y a la propia imagen. Así mismo, se protege la inviolabilidad de domicilio, el secreto de las comunicaciones y el correcto uso de la informática, por lo que puede entenderse que dichos ámbitos son corolario del concepto *intimidad* y no cabe duda que los datos genéticos forman parte del contenido de dicho derecho.

A mayor abundamiento, Grimalt (2007, p. 68) afirma que el derecho a la intimidad del art. 18 de la CE también incluye un *espacio vital infranqueable* que permitiría hacer frente a hostigamientos, acosos, observaciones, ser escuchados, también frente a registros personales en un centro comercial, etc... conductas que, en la LO 1/1982, podrían deducirse del art. 7.7 y que no entran en la literalidad del 7.1 y del 7.2 de dicha norma; lo que nos lleva a considerar que, efectivamente, lo que es objeto de protección del derecho a la intimidad es un amplio campo de vulneraciones difíciles de tipificar en su totalidad debido al desarrollo de las sociedades y con ello de las tecnologías.¹² De forma general, conocemos por la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia que lo son el emplazamiento y utilización de aparatos de escucha, de filmación, o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas,

información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 2 a) que sigue la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia.

5. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3B); STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5 y STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2.

6. STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5.

7. STC 207/1996 de 16 de diciembre, FJ 6

8. STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2

9. STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6

10. Como ejemplo podemos citar el acceso del personal sanitario no vinculado con la relación clínica-asistencial del paciente (Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente) o el acceso por los Jueces a las conversaciones de los abogados con los clientes cuando no se trate de los supuestos establecidos en la Ley.

11. La revelación de los datos citados en la nota anterior.

12. STC 224/1999, de 13 de noviembre. Esta sentencia permite construir la idea del espacio vital infranqueable como contenido del derecho a la intimidad que protegería frente a acosos, hostigamientos y escuchas u observaciones ajenas. Véase también en este sentido la STC 136/2001 de 18 de junio.

así como la revelación de *datos privados de una persona o familia* conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. En este último aspecto, sobre los datos privados de la persona, el TC ha realizado últimamente importantes aportaciones jurisprudenciales.

La *inviolabilidad* del derecho a la intimidad a la que nos referimos significa que, en principio, goza de las características propias de los derechos fundamentales, es decir, el derecho a la intimidad es indisponible o lo que es lo mismo inalienable e intransmisible, y así mismo irrenunciable e imprescriptible.¹³ Sin embargo, puede ser susceptible de dicha limitación al permitirse ejercer cierta *intromisión* en el derecho bajo los supuestos amparados por la Ley, pues este derecho *no es absoluto* y permite ciertos límites. Así mismo, supone límites para otros derechos, pues como señala el TC *No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones*¹⁴, *mientras en otras el límite deriva de manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos*¹⁵. Pues bien, en este sentido, cuando se produce un conflicto entre las libertades del art. 20 CE y los derechos del art. 18 CE, nuestro Tribunal Supremo (en adelante TS) ha definido lo que es la *ponderación constitucional*, teniendo en cuenta para ello el valor preferente del derecho a la información pero también las circunstancias del caso concreto. Así, entiende por ponderación, *el examen de la intensidad y la trascendencia con que cada derecho resulta afectado para poder dar preferencia a uno u otro*¹⁶.

Las *intromisiones* que se realizan en el derecho a la intimidad se centran fundamentalmente en la pretensión de ejercitar las libertades establecidas en el art. 20.1 de la C.E, por lo que ambos derechos colisionan, pues, frente a la proclamación de la libertad de expresión e información, cabe su restricción mediante normas limitadoras fijadas por la ley con el fin de asegurar el respeto a los derechos y la reputación de los demás¹⁷. El hecho de interceptar conversaciones, como pueden ser las conversaciones íntimas y secretas de un abogado con su cliente si no se encuentra dentro de los supuestos legales¹⁸ o las conversaciones de un médico con su paciente¹⁹; el hecho de revelar datos personales cuya constancia se encuentra en determinados registros²⁰, como puede ser la historia clínica de un paciente;²¹ la inclusión en ficheros por impago en compañías telefónicas o la publicación no consentida en internet de dicha información, imágenes,²² [...] o la *revelación de los datos genéticos*, son situaciones claramente incluidas en la vida privada de las personas, por lo que requiere una protección legal especial. Para este último supuesto, el nuevo Reglamento europeo que entrará en vigor el próximo 25 de mayo de 2018 introduce un procedimiento especial, que será analizado más adelante.

No podemos olvidar que el art. 7 de la LO 1/1982 tipifica conductas consideradas como *intromisión ilegítima*, por lo que, a tenor de lo dicho anteriormente, no podemos considerar un elenco de situaciones concretas, sino que se trata de un *numerus apertus* de manifestaciones sobre la intromisión a este derecho (O'Callaghan, 1991,

13. Art. 1.3 de la LO 1/1982, de protección al honor, intimidad y propia imagen.

14. STC 11/1981, de 8 de abril.

15. STC 2/1982, de 29 de enero, F.J. 5º; STC de 2/1982, de 29 de enero, F.J. 5º

16. STS 92/2011 de 25 de febrero. FJ 3º

17. Art. 10.2 Convenio de Roma y 19.3.A) del Pacto de Nueva York

18. STS 79/2012 de 9 de febrero, FJ 9º

19. Art. 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: 1. *Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.*

20. Ficheros de Telecomunicaciones por impago de compañías telefónicas

21. STC 70/2009

22. Como Facebook o Twitter sin el consentimiento del titular de la información.

pp. 95-96 y 121; Díez-Picazo. L. y Gullón Ballesteros; A., 2003, p. 354); sin embargo otros son más partidarios de una interpretación estricta de dicho artículo (Herrero-Tejedor, 1998, pp. 188-189). Para otra parte de la doctrina el art. 18.1 C.E garantiza un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo así cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio (Mieres Mieres, 2002, pp. 60-61).²³ Ejemplo claro de ello son los avances en lo relativo a los *datos genéticos*, pues no hay nada más íntimo en el ser humano que su ADN.

En cuanto a su *tutela*, el derecho a la intimidad debe ser defendido con todos los medios de protección legales posibles. Así, el TC, ha señalado que este derecho *confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga, cuando menos, una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva a conocimiento ajeno*²⁴

La tutela frente a las intromisiones ilegítimas precisa de medidas necesarias para poner fin a las mismas, restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos y actuaciones para prevenir o impedir intromisiones futuras. Entre dichas medidas podrán incluirse el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. Esto comprenderá, a su vez, las medidas necesarias para poner fin a las mismas, cuando alguien entre en nuestra intimidad sin nuestro consentimiento (Herrero, 1998, pp. 275-276).²⁵ Y, cuando se divulguen nuestros datos íntimos sin nuestra autorización (Díez, 2003, p. 344)²⁶, de lo que se puede deducir que ocurrirá siempre y cuando el titular de dicha información, que es la persona cuya información se pretende revelar, no otorgue su consentimiento para dicho conocimiento.

En relación a la intimidad de los *datos genéticos*, quedan protegidos por la normativa internacional, como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 (en adelante DUGHDH), la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de 2003 (en adelante DIDGH), la normativa europea, como el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (en adelante, Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina)²⁷, y la normativa estatal, concretamente la CE y la LO 1/1982, y otras como el Código Penal, la Ley Orgánica de 26 de marzo de 1984, que regula el derecho de rectificación; la Ley 14/2007, de 3 de Julio de Investigación Biomédica

23. STC 89/2006, de 27 de marzo; STC 127/2003, de 30 de junio; STC 115/2000, de 10 de mayo (véase el AJ/S12)

24. STC 196/2004, de 15 de noviembre FJ 2

25. Ya que la carga del pasado puede aplastar a la persona e impedirle rehacer su vida. Y STS de 18 de febrero de 2005.

26. Y STC 151/1997, de 29 de septiembre y STC 142/1993, de 22 de abril.

27. *Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de abril 1997* (avances biomédicos) Objetivo: Se reconoce que la biología y la medicina actuales pueden afectar a los derechos y libertades fundamentales, especialmente a: la dignidad, la identidad, la discriminación, la integridad. En este sentido recoge que está basado: *En el reconocimiento de los rápidos avances de la biología y la medicina, y de la necesidad de proteger al ser humano en dos vertientes: como persona y como perteneciente a la especie humana garantizándole su dignidad* (Preámbulo) *Ninguna investigación relativa al genoma humano(...) podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos*(Art.10) En el mismo sentido se manifiesta el art. 1 prohibiendo la clonación por ir en contra de la dignidad humana. Así mismo, declara al Genoma como Patrimonio de la Humanidad. Afirma que esta Declaración está basada: *en que las investigaciones en torno al genoma humano pueden suponer una mejora de la salud de los individuos y de toda la humanidad. Deben respetar la dignidad, libertad, los derechos de la persona y la no-discriminación por razones genéticas* (Preámbulo). En relación con ella, destaca también la *Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos 2003* (datos genéticos) que recoge un conjunto de normas éticas para el tratamiento de los datos genéticos.

(en adelante LIB), la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de los datos de carácter personal (en adelante LOPDCP) y la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de protección jurídica de los menores, entre otras. En concreto, el art. 9.1 LO 1/1982, establece que, para procurar la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá acudir a las vías procesales ordinarias o al procedimiento previsto en el art. 53.2 de la CE. También permite acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el art. 9 de la LO 1/1982²⁸, por lo que, en el caso que nos ocupa, la investigación de los datos genéticos de la persona, aún con autorización policial o judicial o sin ella, no impide que el afectado solicite la tutela ante la vulneración de su derecho a la intimidad y vida privada. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de la mencionada norma para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito, restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores.²⁹

Desde el punto de vista civil, la LO 1/1982 ofrece la vía procesal ordinaria, declarativo ordinario, de tramitación preferente y posible recurso de casación (Pérez, 1998., pp. 65-104). Es decir, un proceso general en los tribunales ordinarios, proceso ordinario de amparo, tal y como lo denomina el propio TC.³⁰ Por tanto, en la jurisdicción civil, la tutela del derecho a la intimidad se lleva a cabo por el *juicio ordinario*, aunque tendrá carácter preferente respecto a los demás, conforme al art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Añadir que el Ministerio Fiscal interviene en los procesos jurisdiccionales de protección civil de la intimidad y sin embargo no ocurre así en la vía penal, salvo que sea menor o incapaz.

Las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima tienen como objeto: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, b) El cese inmediato de la misma y c) La reposición del estado anterior.³¹ Para considerar que efectivamente el perjuicio se ha causado deberá acreditarse la intromisión ilegítima.

Dicho esto, debe hacerse referencia a la *reparación y valoración del daño*. En el análisis de la *intrusión ilegítima en la vida privada y de la revelación o divulgación de hechos relativos a la vida privada*, el hecho de incorporar un *aparato de escucha o una cámara de vídeo* es una *lesión del derecho a la intimidad*, ya que, como mínimo, ha sufrido una *perturbación en su ánimo* por considerar que se han entrometido en su intimidad, y por tanto es indemnizable el daño moral.³² Ahora bien, para valorar el daño moral resultado de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad es necesario, según establece el art. 9 de la LO 1/1982, que concurren tres criterios: En primer lugar, *las circunstancias del caso, que no deben estar incluidas en los otros dos requisitos, en segundo lugar, la gravedad de la lesión efectivamente producida*³³, *teniendo en cuenta la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y, en tercer lugar, el*

28. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el art. 9 de esta Ley... Por lo que el afectado no tiene obligación de acudir a la vía penal, sino que puede optar entre la jurisdicción civil o penal con o sin reserva de acciones civiles.

29. Lo anterior de acuerdo con el art. 12. de la LO 1/1982, redactado por la Disposición Final 4.ª de la L.O. 10/1995, 23 noviembre, del Código Penal.

30. STC 188/1992, F.J.3º, entre otras.

31. Art. 9.2 LO 1/1982: La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración en la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. c) La indemnización de los daños y perjuicios causados. d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos. Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

32. Se incluye en el daño moral, a modo notorio lo que la STS de 22 de septiembre de 2004 establece.

33. Es fácil entender cómo la violación del secreto profesional en los datos relativos a la salud de las personas pertenecen mucho más a la esfera de la intimidad de la persona.

*beneficio que haya obtenido el causante de la lesión por dicho motivo.*³⁴

Es discutido doctrinalmente el carácter de la *presunción del daño* y en este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se pronuncian al respecto. Algunos autores se decantan más por la presunción *iuris tantum* (Herrero, 1994, pp. 293-294; Díez y Gullón, 2003, p. 35) mientras que, otros (O'Callaghan, 1991, p. 202) se inclinan más por la presunción *iuris et de iure*.³⁵ Buena parte considera que la presunción alcanza a los daños materiales cuando se acredite la valoración de los mismos (O'Callaghan, 1991, pp. 202 y 215; Herrero Tejedor, 1994, pp. 293-294)³⁶. Del mismo modo, parte de la doctrina (Grimalt, 2007, pp. 140-141) entiende que la *carga de la prueba* no se puede trasladar, ya que los daños patrimoniales son tangibles, son daños perceptibles, cuya prueba, si son ciertos, no debe dar problemas, pues la lesión de un derecho de la personalidad ya supone por sí misma un daño y una intromisión ilegítima y, por tanto, carece de sentido una presunción de daño, pues ésta ya es un daño³⁷. En cuanto a la naturaleza de la *responsabilidad por el daño*, la jurisprudencia ha variado la calificación de la responsabilidad pues unas sentencias defienden la naturaleza objetiva³⁸ y otras la subjetiva³⁹. En la doctrina sucede algo parecido. Algunos autores hablan de responsabilidad objetiva, pues el mismo daño es el centro de imputación para la responsabilidad y no la posible culpa del agente del mismo, ya que no importa la conducta sino el hecho de la intromisión ilegítima sin ningún otro requisito. Otros autores, sin embargo, defienden su naturaleza subjetiva por necesitar de la concurrencia de culpa en el agente del daño (Grimalt Servera, 2007, p. 156; Albaladejo García, 2002, pp. 951-952; O'Callaghan, 1991, p. 202).

Existe también la posibilidad de acudir a la vía del Recurso de Amparo como otro medio de protección y tutela ante la vulneración del derecho a la intimidad tanto si se ejerce por los poderes públicos como por terceros,⁴⁰ con base en los arts 41.1 y 44.1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC).⁴¹

En cuanto a las cuestiones procesales, sólo recordar que, conforme al art. 9.5 de la LO 1/1982, *las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas*. Se trata de un plazo de caducidad, por lo que puede ser apreciado de oficio y no puede interrumpirse.⁴² En este sentido, las *intervenciones corporales* tienen lugar en numerosas ocasiones en el transcurso de una investigación policial, previa al proceso, cuando la persona titular de las muestras no es imputada sino sospechosa, por lo que la posible intromisión, no tendría la misma calificación en un momento que en otro.

Las intromisiones ilegítimas en el acceso a los datos genéticos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948 (DUDH) incorpora que *nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación*.

34. La indemnización a que dé lugar en función del precepto indicado no tiene función sancionadora. Véase STS de 8 de mayo de 1999 que considera que una indemnización por daño moral en equidad y para prevenir posibles reiteraciones vulnera el art. 9 de la LO 1/1982.

35. STS de 7 de marzo de 2006.; STS de 24 de abril de 1989 y STS de 24 de junio de 2000, de las que se deduce que el daño moral, de acuerdo con el art. 9.3 de la citada LO, surge indefectiblemente e caso de que se acredite la existencia de una intromisión ilegítima en alguno de los derechos objeto de protección por dicha Ley.

36. Como ya hemos señalado anteriormente, el Art. 9.3 de la LO 1/1982 dispone que *la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima*.

37. En este sentido puede consultarse De Ángel Yagüez, R., 1974, p. 80; Herrero-Tejedor, F., 1994., pp. 304-305.

38. Véase sobre la responsabilidad objetiva a modo de ejemplo la STS de 7 de marzo de 2006, STS de 6 de febrero de 1996 y STS de 30 de marzo de 1988.

39. STS de 29 de febrero de 2000; STS de 28 de octubre de 1986 y STS de 4 de noviembre de 1986.

40. Ya hemos señalado que el art. 9.1 de la LO 1/1982 prevé que *La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el art. 53.2 de la Constitución. También podrá acudirse, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*.

41. *Los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional.... y ...Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso*.

42. A diferencia de la prescripción. Ejemplo de ello es recogido por Herrero-Tejedor, 1994, p.315 y en STS de 31 de julio de 2000.

Se hace necesario recordar los principales textos legales que han regulado la materia que nos compete, pues la respuesta principal al tratamiento de los datos genéticos la ofrece la Ley de Investigación Biomédica (LIB), como resultado de los trabajos del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina y el Protocolo Adicional sobre Investigación Biomédica de 2005, así como la Recomendación nº R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre Protección de Datos Médicos⁴³ y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (UNESCO) (Abellán García, y Sánchez Caro, 2004). La LIB garantiza el derecho a la intimidad y el respeto a la voluntad del sujeto en materia de información, así como la confidencialidad de los datos de carácter personal, incorporando reglas de protección concretas para los datos genéticos, sin perjuicio de que también sean de aplicación la LPDCP y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) de forma supletoria, cuando la LIB no prevea algún aspecto concreto de protección.⁴⁴

Los datos referidos a la salud son datos *supersensibles* y por ello deben protegerse frente al acceso de terceras personas, vedando el acceso a la información y al tratamiento en archivos informáticos, si no media el consentimiento del afectado o de sus representantes legales en el caso de que sean menores o incapaces. Así pues y como regla general, se precisa el consentimiento del afectado. Ahora bien, se pueden limitar legalmente excepciones a la protección de dicho acceso, como pueden ser los casos de urgencia y estudios epidemiológicos o los de investigaciones policiales y judiciales con las características que veremos después.⁴⁵ También la LAP defiende la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los que resalta el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas y añade que *ese consentimiento debe ser previo, libre, informado y expreso*.⁴⁶ En cuanto a esta información y este consentimiento, el art. 48 de la LIB dice que *será preciso el consentimiento expreso y específico por escrito para la realización de un análisis genético* y establece también que los datos obtenidos de los análisis genéticos no podrán ser tratados ni cedidos con fines distintos a los previstos en la propia LIB.

Lo que el Derecho por tanto protege es *la voluntad de una persona de que no sean conocidos determinados hechos que sólo son conocidos por ella o por un círculo reducido de su persona, es decir, que pueden ser calificados de secretos y también el derecho de la persona a controlar cualquier información o hecho que afecte a su vida privada y, por tanto, a su intimidad* (Muñoz Conde, 2009, p. 241). El contenido concreto del derecho a la intimidad se deja a la decisión personal del titular, pues el art. 18.1 C.E no garantiza una *intimidad* determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público (Mieres Mieres. 2002, pp. 25 y 60-61).

Los arts. 7.3 y 7.4 de la LO 1/1982 disponen que tienen la consideración de *intromisión* la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, entre otros. Pues bien, hay que partir de que

43. Recomendación nº R (97) 5 del Consejo de Europa en su art. 1 define como datos genéticos *todos los datos, cualesquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados. También se refiere a todos los datos sobre cualquier información genética que el individuo porte (genes) y a los datos de la línea genética relativos a cualquier aspecto de la salud o a la enfermedad, ya se presente con características identificables o no.*

44. La Disposición Final Segunda de la LIB, bajo la rúbrica *Aplicación supletoria* así lo especifica.

45. Art. 11.2 de la LPDCP: *Las excepciones al consentimiento se dan cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.*

46. Dicho requisito también es recogido por el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina; La DUGHDH y la DIDGH.

la falta de salvaguardia de la propia intimidad es una pendiente resbaladiza para la revelación de la misma, por lo que también existe una responsabilidad personal en su custodia. No obstante, esto no da derecho a que terceros puedan realizar injerencias, más aún, cuando la intención sea darla a conocer a un público más extenso y, menos todavía, cuando la intención de esa publicidad sea aumentar un interés social sobre la vida privada de otros⁴⁷. Imaginemos el daño que puede causarse, como señalábamos anteriormente, el revelar datos referidos a posibles enfermedades futuras de una persona y su repercusión en su vida laboral o en el concierto de algún seguro de vida. Es obvio que le dejaría indefenso ante las decisiones arbitrarias de los empresarios o aseguradoras, pues el derecho fundamental a la intimidad tiene por objeto *garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares*⁴⁸

Cabe preguntarse cuál es la limitación a la que anteriormente nos referíamos al permitirse ejercer cierta *intromisión* en el derecho a la intimidad bajo los supuestos amparados por la Ley y, centrándonos en el aspecto principal de este trabajo, en lo referido a los *datos genéticos*. Para ello, debemos distinguir, las intromisiones ilegítimas de las legítimas, que son las autorizadas por ley o las consentidas por el interesado. En primer lugar, el art. 8.1 de la LO 1/1982 no considera intromisión ilegítima aquella que esté expresamente autorizada por la ley o aquella en que el titular del derecho hubiera otorgado al efecto su consentimiento expreso. Aquí parece que no hay duda del ámbito de injerencia, aclarando el concepto *expreso*, como, por ejemplo, hizo el TS en su Sentencia de 22 de febrero de 2006, que recogió que *el consentimiento presunto no elimina la intromisión; esto es, en caso de falta de prueba de si ha existido consentimiento o no, no puede presumirse su existencia* (Grimalt Servera, 2007, p. 105) En cuanto a los menores, el papel que desempeña el Ministerio Fiscal es necesario pero no suficiente, pues, tal y como se recoge en la STS 816/1996 de 7 de octubre⁴⁹, exige forma escrita en el consentimiento por parte del representante legal del menor, sin ser bastante la actuación de la Fiscalía General del Estado⁵⁰.

Resumiendo, en cuanto al consentimiento, para acceder a los datos genéticos, el TC ha afirmado, como ya hemos señalado, que, en principio se precisa del consentimiento del afectado (STC 70/2009) ya que lo contrario supone una *injerencia en el derecho a la intimidad*, del que forma parte la salud física y psíquica de la persona.⁵¹

Pues bien, entre las *actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley* se encuentran la difusión de sentencias, ordenadas por la autoridad judicial, en las que se narren hechos referidos al círculo íntimo de una persona, la publicación de edictos, citaciones y emplazamientos, así como las pruebas de paternidad o maternidad⁵² y las pruebas psicológicas o psiquiátricas en procesos de incapacitación (Grimalt Servera, 2007, pp. 121-122). También pueden incluirse las diligencias de entradas y registros en domicilios particulares (Contreras Navidad.

47. Como puede ocurrir en el ingreso hospitalario de un personaje notoriamente público y conocido, transgrediendo, además, lo que los propios Códigos Deontológicos sanitarios establecen sobre el *secreto profesional*.

48. STC 85/2003, de 8 de mayo y STC 115/2000, de 10 de mayo (véase el AJ/S12)

49. El consentimiento que contempla la Ley como causa excluyente de la intromisión ilegítima es para adultos el expreso, esto es, aquel que ha sido inequívocamente manifestado, requiriéndose para los menores que esa expresión tenga forma escrita y además este previo consentimiento expreso y escrito por el representante legal del menor no basta para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación.

50. INSTRUCCIÓN FGE NÚM. 2/2006 DE 15 DE MARZO., cit. en Contreras Navidad, 2012. p. 87; O' Callaghan, 1991, p. 108.

51. STC 159/2009, de 29 de junio de 2009, FJ 3º y 4º. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas, quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. La comunicación de la información relativa al estado de salud del demandante y su utilización por parte del Ayuntamiento en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquél donde fue obtenida, sin información ni consentimiento del interesado, ha supuesto una injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente, del que forma parte el derecho a preservar del conocimiento ajeno lo referente a la salud física y psíquica del afectado. Véase también GRIMALT, 2007, p. 69).

52. STC 7/1994, de 17 de enero, caso Investigación de la paternidad, F.J. 2º: Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, ya citada.

2012, p.90), que, entre otras cuestiones, supone una intromisión en uno de los ámbitos más íntimo y familiar de la persona.

En segundo lugar, de acuerdo con el art. 8.1 de la LO 1/1982 tampoco se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente *cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*. Pueden autorizarse determinadas actuaciones acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, pero sólo si existe un interés público⁵³ que haga prevalecer la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen. Otros ejemplos serían la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos en los supuestos previstos por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y la obtención de información económica por parte de la Administración tributaria. En este grupo considero que deben incluirse también las *historias clínicas de los pacientes*, y, entre ellas, la información que se obtiene del análisis de los *datos genéticos*, que, bien por motivos de seguridad en la salud o vida del propio paciente o personas que con él convivan, o bien por motivos de salud comunitaria, deban conocerse con el fin de prevenir o mejorar la salud, conforme a lo establecido en la LAP y la LOPDCP.

Ahora bien, cuando dicha *intromisión* deba llevarse a cabo, deberá hacerse mediante medidas establecidas con un *juicio de proporcionalidad*. En este sentido, el TC ha establecido unos requisitos para comprobar si esa medida, que restringe un derecho fundamental, tiene o no en cuenta el juicio de proporcionalidad, que, se centra en valorar si la medida es *idónea, necesaria y ponderada*.⁵⁴ Siguiendo a O'Callaghan, procede si se trata de un interés serio, trascendente, mínimamente importante (O'Callaghan, 1991, p. 109), lo que, en principio, no incluiría la revelación de resultados de análisis o de otras pruebas de laboratorio aunque fuera con un fin de prevención de la salud, si no se cuenta con el consentimiento del paciente.

Merece la pena hacer una breve referencia a la *prevención de la salud*, pues la LIB supone un referente para la definición de las condiciones en que ha de consistir la investigación y los análisis genéticos en España. Es cada vez más interesante la información que de ellos se puede obtener con vistas a posibles enfermedades futuras, lo que afecta sin duda a uno de los aspectos sociales más básicos del hombre, como es la salud.⁵⁵

Por otra parte, nadie duda de que la posibilidad de conocimiento de padecer una enfermedad hereditaria o la predisposición a padecerla es un avance que posibilita la prevención de las enfermedades, pero, sin embargo, en ámbitos, como el del *trabajo*, podría posibilitar una selección abusiva de los más aptos y, en el campo de los *seguros de vida*, podría hacer posible el injusto rechazo de los que tengan mayor predisposición a enfermar, con la contravención del principio de incertidumbre del riesgo, que es esencial en los contratos de seguro.

Es relevante prestar atención a la intromisión en los datos genéticos con motivos de una *investigación policial o judicial*, concretamente para la identificación de delincuentes y para la delimitación de su participación en un delito, pues, aunque la LIB se ocupa solamente de la realización de análisis genéticos y del tratamiento de dichos datos en el ámbito sanitario, existen otros ámbitos que quedan fuera de su

53. O como dice Mieres Mieres, 2002, pp.71-73. De un *interés digno de protección* que pueda prevalecer sobre los derechos del art. 18.1 de la Constitución, como es el caso de las pruebas biológicas de paternidad o de maternidad o de pruebas psicológicas o psiquiátricas en procesos de incapacitación.

54. STC 89/2006, de 27 de marzo y STC 14/2003, de 28 de enero, entre otras.

55. Romeo Casabona et al, 2003, pp. 238-239; Romeo Casabona 2002, pp. 163-204.

amparo. En este sentido, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), en su art. 363.2, dispone que cuando concurran razones fundadas que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, motivadamente, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. Para ello, podrá decidir que se lleven a cabo actos de inspección, reconocimiento o *intervención corporal* que resulten adecuados a los principios de *proporcionalidad* y *razonabilidad*, incluso contra la voluntad del afectado por poder constituir una prueba esencial para investigar su participación en un delito.⁵⁶

Se prohíbe en todos los casos la recogida de datos de manera fraudulenta, desleal o ilícita, incluyendo la fuerza, por las graves implicaciones del mal uso que pueden derivarse, especialmente, si esos datos pueden contener información cuya relevancia no se conozca en el momento de extraer las muestras biológicas pero sí en un momento posterior. Esto conllevaría consecuencias a largo plazo en la intimidad del afectado y en la propia familia, pues podría sospecharse el padecimiento de enfermedades que limitarían su propia vida o la de sus descendientes y sería imposible pedir el consentimiento para la cesión de los datos a cada una de las generaciones siguientes. En definitiva, los datos deben ser recogidos con fines concretos, determinados y no podrán ser utilizados para otros fines incompatibles con el originario, pues no es lo mismo recoger datos para prevenir enfermedades futuras que con el fin de investigar un delito.

La forma de obtener el ADN, por ejemplo de una colilla abandonada es fruto de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal, por lo que no es necesaria la intervención judicial para autorizar esta intervención leve. Es una toma para el control, recogida al azar, lo que incluye los restos de saliva escupidos que son objeto procedente del cuerpo del sospechoso.⁵⁷ De esto se deduce que no es necesario el consentimiento del sospechoso.⁵⁸ Nos encontraríamos ante una situación diferente si hubiera que extraer dichas muestras del propio cuerpo.

Para analizar esta cuestión nos referiremos a cuatro aspectos fundamentalmente:

- a. La vulneración del derecho a la *intimidad y vida privada* mediante el análisis de los *datos genéticos*.
- b. La finalidad de la identificación del ADN como medio para su legitimación: Identificación neutral o identificación delictiva. El principio de proporcionalidad.
- c. La necesidad de previa autorización judicial para la obtención de las muestras.

La vulneración del derecho a la intimidad y vida privada mediante el análisis de los datos genéticos. La obtención del consentimiento informado en relación a los mismos

El art. 11 del Convenio relativo a los Derechos humanos y la Biomedicina contiene

56. A este respecto puede consultarse también la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo DOUEL 04-05-2016 119 C

57. STS de 14 de octubre de 2005 y STS de 19 de junio de 2009.

58. STS 14 de febrero de 2006.

la prohibición de toda causa de discriminación de una persona por su patrimonio genético, mediante el uso de la información y, en este mismo sentido, el art. 6 de la DUGHDH recoge que *nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas*. Por ello, *deberá protegerse la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad*.

El análisis que hace el TEDH ante la licitud o no de la injerencia en la obtención de los datos genéticos se basa fundamentalmente en considerar que la información conservada en las *huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN* constituyen datos de carácter personal al referirse a personas identificadas o identificables.⁵⁹

Este Tribunal considera que la cantidad de información personal contenida en las muestras celulares conduce a considerar que su conservación en sí misma constituye una *lesión del derecho a la vida privada*, de forma que importa poco que las autoridades extraigan o utilicen sólo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN y que no se produzca un perjuicio inmediato en un caso concreto. En cuanto a los perfiles de ADN, el TEDH razona que contienen menos información personal, pero que su tratamiento informatizado permite a las autoridades ir mucho más allá de una identificación neutra y realizar a partir de ella estudios de investigación familiar que descubran el vínculo genético entre personas, así como su origen étnico, cualidades que son indudablemente susceptibles de lesionar el derecho a la vida privada. Por tanto, con independencia de la cantidad de información que se obtenga y de si causa perjuicio o no, lo que importa es que se accede a la información, constituyendo este hecho una *lesión al derecho a la intimidad y a la vida privada* en los términos del art. 8.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁶⁰.

No obstante, el TEDH ha considerado legítima la práctica de análisis genéticos cuando está *destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido*⁶¹. Ello debe considerarse teniendo en cuenta que no puede forzarse la integridad física y psíquica del afectado para su obtención y siempre que se realice con un fin determinado, cual es la mera y exclusiva identificación del sospechoso. No obstante, en un futuro, tal y como hemos explicado, dicha obtención puede suponer un atentado contra la integridad familiar, pues condicionaría a los herederos por portar los mismos genes, por lo que la custodia de los datos será lo que, en definitiva, determine la violación o no de la integridad familiar.

La regla general es que el consentimiento para la obtención de muestras que un detenido otorga a la policía sin presencia de letrado, salvo que esté fundado en una diligencia judicial, será un consentimiento viciado y, por tanto, nulo, siendo nula también la diligencia practicada al haber sido obtenida con vulneración constitucional del derecho a la defensa⁶². Por lo tanto, en principio, la recogida de datos genéticos sin el consentimiento del afectado podría vulnerar dicho derecho, aunque pueden existir excepciones suficientemente motivadas.

Así mismo, el TC afirma que, *el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cual-*

59. STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S y Marper c. Reino Unido puntos 68 a 77.

60. Art. 8.1 del Convenio europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950: *1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

61. STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S y Marper c. Reino Unido, ya citada

62. STS 516/2005, de 25 de abril, y art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)

quier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 C.E otorga, sino los datos de carácter personal....los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo. El derecho consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.⁶³ Pues bien, el ADN obtenido de muestras identifica a la persona, pero esos datos no contribuyen a caracterizar el perfil ideológico, racial, sexual, económico o de otra índole de la persona constituyendo una amenaza para el individuo, ámbito que protege el art. 18.4 de la CE.

La finalidad de la identificación del ADN como medio para su legitimación. El principio de proporcionalidad⁶⁴

En cuanto a la finalidad de la obtención del análisis, en principio, decíamos que no afecta a la vulneración o injerencia al derecho a la intimidad o vida privada. Sin embargo, el TEDH⁶⁵ ha considerado que el uso que puede hacerse en el futuro del material celular obtenido, como pueden ser las huellas dactilares, excede del ámbito de la identificación neutra de caracteres y lo considera invasivo al entrometerse en la vida privada. Por tanto, la conservación de este material para identificar en el futuro el origen étnico o las relaciones familiares, constituye en sí misma una lesión, se utilicen o no en el futuro.⁶⁶

El TC afirma que no podrá considerarse ilegítima *aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos*,⁶⁷ y establece que dichas injerencias son una vulneración del derecho a la intimidad, con base en los *datos genéticos* son una muestra evidente de la esfera íntima y personal del sujeto que le hace identificable.⁶⁸

Junto a todo esto hay que tener en cuenta, por una parte, la cantidad de información que se obtiene y, por otra, el fin que se persiga. Afirma el TC en la misma sentencia anterior⁶⁹ que *el análisis de ADN efectuado supone una injerencia en el derecho a la intimidad porque, aun cuando el análisis se realiza sobre el "ámbito no codificante", la intimidad se encuentra comprometida porque no puede excluirse en un futuro la lectura de la información genética contenida en las bandas de ADN no codificante, y además existe la posibilidad y el riesgo en un futuro de posibles abusos y exceso*.⁷⁰, accediendo a la información de las bandas de ADN no codificante, y quedando así comprometido el derecho a la intimidad. De todo esto se deduce que *el derecho a la intimidad com-*

63. STC 292/2000, de 30 de noviembre.

64. Actualmente habrá que estar a lo que recoja cada Estado con base en la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo DOUEL 04-05-2016 119 C.

65. Caso Van der Velden c. Países Bajos, 29514/05

66. Sentencias recogidas en la STC 199/2013, de 5 de diciembre, F.J. 6º.

67. STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2, y STC 159/2009, de 29 de junio, FJ3.

68. La legislación vigente, en concreto la Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación biomédica establece en los arts. 44 y siguientes los requisitos que debe cumplir en cuanto a la confidencialidad, calidad, consentimiento, acceso por personal sanitario, conservación., etc..

69. STC 199/2013, de 5 de diciembre de 2013

70. Refuerza su argumentación con la cita de las STC 207/1996, de 16 de diciembre y STC 25/2005, de 4 de febrero, que ponen en evidencia que la lesión del derecho a la intimidad es independiente de la que pudiera afectar al derecho a la integridad corporal, y que tal lesión puede producirse por la finalidad para la que se pretendan utilizar de los datos obtenidos a través del análisis de que se trate. Estas mismas sentencias, se citan para diferenciar la lesión del derecho a la intimidad de la lesión del derecho a la integridad corporal, puesto que esa injerencia se produce por la finalidad con la que se pretendan utilizar los datos obtenidos a través del análisis de que se trate.

*prende también la información relativa a la salud física y psíquica de las personas.*⁷¹ Por tanto, por la importancia del ámbito al que afecta y por el *peligro* que puede suponer el vulnerar el derecho a la intimidad, debe contarse con la *autorización judicial*, a pesar de que dicha intromisión se realice sobre el “ámbito no codificante”.⁷²

Las condiciones para su restricción, es decir, para aplicar el **principio de proporcionalidad** vienen recogidas en la STC 70/2002, de 3 de abril FJ 10^o que resume lo que ampliamente ha tratado la STC 207/1996 de 16 de diciembre, FJ 4^o sobre el principio de proporcionalidad, posibilitando una justificación constitucional objetiva y razonable a la interferencia en el derecho a la intimidad.⁷³ Estas condiciones son: 1) La existencia de un fin constitucionalmente legítimo. 2) Que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad). 3) Que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada, si bien reconociendo que, debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de *intervenciones corporales leves*, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Y 4) La estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en tres condiciones.

En efecto, para tal fin, según el TC debe comprobarse si se cumplen los tres siguientes requisitos o condiciones: *si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad) en sentido estricto*.⁷⁴ *A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que, a través de ella, no se ocasione un trato inhumano o degradante.*⁷⁵

En otros campos de la investigación policial, también se incluye la obligación del respeto al *principio de proporcionalidad*. Por ejemplo, al acceder a un ordenador personal para la revelación de información necesaria sin el consentimiento su propietario, se deben cumplir las condiciones establecidas para la aplicación de dicho principio.⁷⁶

Necesidad de previa autorización judicial para la obtención de las muestras

De todo lo expuesto hasta el momento, podemos deducir que nuestro TC no considera que haya vulneración del derecho a la intimidad en un análisis de ADN a pesar de realizarse sin el consentimiento judicial, siempre que se realice sobre *regiones no codificantes de ADN*, ya que la única información que se obtiene de este modo es identificativa de la persona a quien pertenece. También tolera la omisión de la autorización judicial cuando la prueba pericial se ajuste a la normativa nacional e internacional reguladora del uso forense del ADN, *no yendo más allá de la identificación neutral del sujeto*. Asimismo, cuando se trata de circunstancias concretas que

71. STC 159/2009 de 29 de junio, FJ 2 a), que sigue en este aspecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia.

72. Ámbito en el que no aparecen enfermedades ni otros datos sensibles para el individuo, teniendo una mera finalidad identificativa del sospechoso.

73. STC 207/1996 de 16 de diciembre, F.J. 4^o *Una vez constatada la afectación por la intervención corporal y consiguiente pericia de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal, hemos de concretar ahora si el sacrificio de tales derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable (STC 7/1994, fundamento jurídico 3^o).*

74. STC 199/2013, de 5 de diciembre, F.J 11 y STC 89/2006, de 27 de marzo, F.J 3. Ver también STC 66/1995 y 55/1996 y STC 14/2003 de 28 de enero.

75. STC 7/1994, FJ 3^o

76. STC 173/2011, de 7 de noviembre F.J n^o 7: *La actuación policial respetó el principio de proporcionalidad, pues examinar el portátil es una medida idónea para la investigación del delito, imprescindible en el caso concreto y ejecutada de tal modo que el sacrificio del derecho fundamental a la intimidad del recurrente no resultó desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las evidencias existentes, estando justificada por la presencia de otros intereses constitucionalmente relevantes, por lo que no puede apreciarse vulneración alguna de dicho derecho.*

requieran una *actuación urgente*. Es decir, siempre que estemos fuera del ámbito temporal de la norma en la que no se precisa autorización judicial con carácter necesario y que el conjunto de normas vigentes en ese momento no prevea expresamente la intervención judicial con carácter necesario y, por último, si los resultados de los análisis se aportan de forma inmediata a su conocimiento⁷⁷, ya que, dicha celeridad, indica solamente interés en la resolución de la sospecha.

Por tanto, la jurisprudencia existente sobre la necesidad o no de autorización judicial es clara, pues distingue los actos que son posibles con autorización judicial de los que sólo necesitan una orden del Juez de Instrucción a la policía judicial o al médico forense para que los lleve a cabo⁷⁸.

Como regla general, el art. 282 LECrim establece, como obligaciones de la policía judicial, la de averiguar los delitos públicos que se cometieron en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, así como recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial.⁷⁹ Así mismo, el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 3 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece como funciones de éstos, entre otras, *f) prevenir la comisión de actos delictivos; g) investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.*

Concretamente, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal añadió un tercer párrafo al art. 326 de la LECrim, ordenando al Juez de Instrucción que, por sí o a través del médico forense o la policía judicial, adopte las medidas necesarias para la recogida, custodia y examen de las *huellas o vestigios biológicos* hallados en el lugar de los hechos, es decir, para prácticas en las que no se precisa incidir en la esfera privada de la persona.⁸⁰ Así mismo, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, además incorporó un segundo párrafo al art. 363 LECrim, en el que se habilita al Juez de Instrucción para que acuerde, por resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso a fin de determinar su perfil de ADN, incluso mediante actos de injerencia, tales como, la inspección, *reconocimiento o intervención* corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.⁸¹

Por último, hay que tener en cuenta, la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, cuya disposición adicional tercera, bajo la rúbrica *obtención de muestras biológicas*, dispone que, en la investigación de los delitos a los que la ley se refiere, *la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en*

77. Doctrina recogida en la última **STC 199/2013, de 5 de diciembre**

78. Actualmente habrá que estar a lo que recoja cada Estado con base en la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo DOUEL 04-05-2016 119 C

79. Se trata de actos de investigación policial que los arts. 282 y 770.3 LECrim atribuyen a la Policía Judicial y el art. 11.1.g) de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad otorga a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Ver STC 173/2011, que recoge la doctrina sentada en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 en este aspecto.

80. Art. 326.3 LECrim: *Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282.*

81. Art. 363.2 LECrim: *Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.*

todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECrim. Toda esta regulación fue revolucionaria, por cuanto, hasta entonces, el art. 363 de la LECrim mantenía exclusivamente que los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en los que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Por tanto, la resolución judicial es preceptiva para no incurrir en nulidad, siempre que la materia biológica deba extraerse del cuerpo del acusado y éste se oponga a ello.

En cuanto a la jurisprudencia, los tribunales de justicia han establecido su doctrina en función de cada caso concreto. Así, por ejemplo, la STS 501/2005⁸², en relación a si es precisa o no la intervención judicial para la recogida de muestras (esputos) abandonados por el sospechoso voluntariamente a la salida de su celda, establece la necesaria autorización judicial y la STS 1311/2005,⁸³ sin embargo, tratándose de un caso semejante, dice que no es precisa *porque no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal*, dejando fuera la necesaria intervención judicial, por haber sido la toma de la misma imprevisible e inesperada. Éste último criterio fue asumido por un acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de fecha 31 de enero de 2006, al determinar que *la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial*.⁸⁴

Resumiendo, en cuanto a la autorización judicial, *no existe una reserva absoluta de previa resolución judicial* respecto de las restricciones del derecho a la intimidad, especialmente, en lo relativo a los *datos genéticos* (art. 18.1 C.E)⁸⁵, si bien es cierto que en algunas sentencias se establece que sólo es posible por decisión judicial, sin descartar que, con habilitación legislativa, pueda ser en algún caso dispuesta por la policía judicial.⁸⁶ En cualquier caso, el TC ha admitido que la actuación policial puede ser necesaria en atención a su urgencia, el modo de comisión del delito o su gravedad⁸⁷. Así pues, ante la falta de reserva constitucional de previa resolución judicial, la Ley puede autorizar a la policía judicial para disponer, por urgencia y necesidad, como es la prevención y averiguación de un delito, la autoría del mismo o la incriminación de pruebas, todas ellas prácticas que pueden comportar un reconocimiento e incluso una intervención corporal leve, siempre que se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.⁸⁸

La custodia de los datos genéticos tras las investigaciones policiales y judiciales⁸⁹

EL TEDH mantiene su posición en contra de la conservación indefinida de los datos

82. Fundamento jurídico, 4, apartado 3: es de aplicación el art.363, párrafo 1, de la L.E.Crim, pues la prueba de ADN se encuadraba entonces dentro de los "análisis químicos" que tan solo puede acordar la autorización judicial.

83. Fundamento jurídico, 1, apartado 2.

84. STC 115/2013, de 9 de mayo: *habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente.*

85. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 y STC 115/2013, de 9 de mayo.

86. STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7º y 8º, que decía expresamente *sólo posible por decisión judicial*, aunque sin descartar la posibilidad de que en determinados casos y con la habilitación legislativa, tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial.

87. STC 173/2011, de 7 de noviembre.

88. STC 3 de abril de 2002: obtención por la Guardia Civil, de una agenda con una carta abierta en su interior de la que se descubren datos incriminatorios relacionados con el narcotráfico. El TC concluyó que se justifica la injerencia en el derecho a la intimidad, por ser el fin constitucionalmente legítimo, además por ser urgente y necesario, aunque ello suponga una intromisión en la esfera privada. En este sentido, la consideración de concebir la toma de huellas dactilares como un mero registro corporal y no como una intervención propiamente dicha (pues el que la diligencia recaiga sobre el cuerpo de una persona no por ello debe considerarse sin más como una intervención corporal), ver MAGRO SERVET, 2012.

89. Actualmente habrá que estar a lo que recoja cada Estado con base en la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo DOUEL 04-05-2016 119 C.

genéticos obtenidos, en principio, para un fin concreto, puesto que podría considerarse un abuso, ya que se convierte a los afectados en *potenciales sospechosos*, siendo los primeros investigados por el nuevo hecho, aunque no existan indicios suficientes para así considerarlo. La decisión de custodiar dichos datos por las autoridades policiales se basa en tener muestras para identificar a autores de futuros hechos delictivos, pero el mismo Tribunal entiende que cuando se trate de identificar a autores de hechos delictivos, a partir del contraste del ADN obtenido de muestras que ya se conservan en las bases de datos, y si se trata de delitos de cierta gravedad, dicha custodia podría incluso beneficiar al imputado ya que podría excluirle de una eventual lista de sospechosos⁹⁰

Tal y como recoge en los arts. 7.3 y 7.4 de la LO 1/1982, se considera injerencia la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afectan a su reputación y buen nombre, así como la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. A este respecto, Grimalt se refiere tanto a la *vida privada* que puede incluir circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen el respeto de todos como a la protección frente a la indebida publicación de hechos particulares y familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos (Grimalt Servera, 2007, p. 63-72).

En cuanto al *contenido íntimo*, se puede vincular a la idea *secreto*, de *núcleo fundamental de las circunstancias, informaciones de una persona que permite excluir a todos*. Las *informaciones íntimas* a que hace referencia el art. 7.3 y la *vida privada/datos privados* de los arts. 7.3 y 7.4, permiten exigir, que los hechos divulgados tengan *cierta relevancia*. No podemos poner en duda que la información contenida en el ADN es de gran trascendencia en la vida personal y social de cada persona. Por la información que contiene, debe garantizarse la utilización exclusiva para el fin con el que fue obtenido. Por otra parte, hay que valorar la conservación y custodia de los datos una vez utilizados y, por tanto, la no destrucción de los mismos, una vez finalizada la investigación policial o judicial. Esto podría suponer un nuevo tipo de injerencia en el derecho a la vida privada. Por ello, lo que no debería realizarse es una conservación *permanente o indefinida* de muestras biológicas o perfiles de ADN ante el posible beneficio que podría suponer el que dichos datos sirvan para favorecer la exclusión eventual de una lista de sospechosos en un futuro cuando estas personas no han sido condenadas; no así para la identificación de los que se sospecha que han cometido un delito.⁹¹

El Real Decreto 1997/2008, del 28 de noviembre, regula la composición y funcionamiento de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, considerando relevante destacar que merecería especial atención una regulación específica sobre la conexión entre las distintas bases de datos policiales y judiciales ya existentes, con el fin de obtener una mayor celeridad en la comunicación y en los procedimientos. En cualquier caso, la conservación y custodia de los datos debe realizarse conforme a la LPDPCP.⁹² La Agencia de Protección de Datos es clara al respecto y establece que *deberá ser tenida especialmente en consideración esta circunstancia al incorporar y*

90. Se ha de considerar que el mero hecho de que las autoridades públicas conserven o memoricen datos de carácter personal, cualquiera que sea la manera en la que hayan sido obtenidos, tiene unas consecuencias directas en la vida privada de la persona afectada, tanto si se utilizan o no estos datos posteriormente.

91. STS de 28 de junio de 2004 y STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S y Marper c. Reino Unido. Punto 100./ TEDH en su decisión de 7 de diciembre de 2006 (caso Van der Velden c. Países Bajos, 29514/05) punto 100. Debería analizarse la posibilidad de custodiarlos hasta la finalización del procedimiento ante posibles nuevas solicitudes de pruebas.

92. El art. 1 de la LPDPCP, define como datos de carácter personal: *cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*. Y la Directiva 95/46/CE los define como *toda información relativa a una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social*.

*mantener los datos en cualquiera de los ficheros, de forma que únicamente se apliquen para dicho fin, siendo cancelados en caso de cumplirse éste (cuando aparezca, viva o muerta, la persona incluida como desaparecida, así como las de quienes se ofrecen a incluir sus datos para lograr su identificación o cuando concluya la investigación criminal o, en su caso, el procedimiento penal correspondiente), no siendo posible la conservación de los datos para otros fines y mucho menos para elaborar perfiles genéticos de la población, la denominada codificación genética, o mantener bancos de ADN obtenidos sin consentimiento del afectado para la investigación de futuras conductas criminales.*⁹³ No cabe duda de que es necesario proteger la intimidad *también genética*, pues no hay nada más íntimo que el ADN de una persona y la información sobre ella que con él se obtiene. Por tanto, la custodia de los datos sólo debe hacerse con escrupuloso respeto de la LPDCP.

El Derecho europeo sobre la Protección de Datos de Carácter Personal:

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016:

Alcance de la regulación

Como se ha señalado en la Introducción de este texto, el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) publicó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, (GDPR) relativo al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y a la protección de las personas físicas en lo que a ello respecta. Así mismo se publicó la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo DOUE L 119 C. Esta Directiva está destinada a los ámbitos policiales y de la Justicia, y pretende que los datos de las víctimas, testigos y sospechosos de la comisión de delitos se encuentren correctamente protegidos en una investigación criminal o de aplicación de la ley, además de que esta nueva normativa facilitará la cooperación transfronteriza policial y de los fiscales para combatir de manera más efectiva los delitos en general y el terrorismo en toda Europa. Aunque es necesario citar esta normativa, no es el objeto principal de este artículo tratar este aspecto concreto .

Pues bien, una de las innovaciones que se recogen en la nueva normativa son nuevos principios a tener en cuenta en el tratamiento de datos personales, tales como:

- El principio de transparencia (art. 5.1.a) *Los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado.* Con este nuevo principio desaparece la obligación de notificar y registrar los ficheros que contienen datos personales ante la autoridad de control. En España, esta autoridad es la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). En el nuevo Reglamento se ha definido un "Registro de actividades de tratamiento" que puede integrarse de momento en el Documento de Seguridad, hasta que la Agencia Española de Protección de Datos facilite instrucciones concretas sobre su gestión y forma.

⁹³. Agencia de Protección de Datos. Informe jurídico. Tratamiento de datos genéticos para la localización de personas desaparecidas o en investigación criminal. Informe Jurídico. <https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=186>

- El principio de limitación de la finalidad (art. 5.1.b) *Los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines (...)*. A este respecto, los fines “explícitos y legítimos” deberán ser determinados en el momento de la recogida de los datos.

- El principio de minimización de datos (art. 5.1.c) *Los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados*. Se obliga así a aplicar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento (art. 25.2).

Otra de las innovaciones es la inclusión de nuevos derechos de los ciudadanos, además de los cuatro ya existentes (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición, conocidos en España como derechos ARCO) que ya recogía la Ley 15/1999, de Protección de Datos de Carácter personal. Los nuevos derechos son:

- Derecho de supresión (derecho al olvido - art. 17), supone el derecho a que la información personal sea eliminada de los proveedores de servicios de Internet cuando se desee, siempre que quien posea esos datos no tenga razones legítimas para retenerlos. El objetivo es eliminar de la red y buscadores los posibles rastros que haya de datos de la persona que quiere ser “olvidada” definitivamente.

- Derecho de limitación, (art. 18); *El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la limitación del tratamiento de los datos cuando se cumpla alguna de las condiciones previstas en la norma*. En esos casos los datos solo podrán ser objeto de tratamiento, con excepción de su conservación, con el consentimiento del interesado o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, o con miras a la protección de los derechos de otra persona física o jurídica o por razones de interés público importante de la Unión o de un determinado Estado miembro.

- Derecho de portabilidad, (art. 20), que consiste en la posibilidad de transmitir los datos de un responsable a otro, de forma que el interesado tendrá derecho a que los datos personales se transmitan directamente cuando sea técnicamente posible. Por ejemplo, cuando un particular desea cambiar de operadora de telecomunicaciones o, por ejemplo, de compañía de electricidad.

Especial atención a la información y al consentimiento informado

Otro de los derechos que, aun ya existente de alguna forma, ha tenido un mayor desarrollo e innovación es el Derecho a la transparencia de la información (art. 12), que se materializa en que los procedimientos sean visibles, accesibles y con un lenguaje sencillo para facilitar al interesado el ejercicio de sus derechos.

En relación a este derecho debe hacerse referencia de manera especial a una de las bases fundamentales para tratar los datos personales que es el “consentimiento”. El Reglamento pide que el consentimiento, con carácter general, sea libre, informado, específico e inequívoco. Para ello el Reglamento precisa que haya una declaración de los interesados o una “acción positiva” (y no presunta ni tácita) que indique el acuerdo del interesado, pues el consentimiento no puede desprenderse del silencio o de la falta de acción positiva de los ciudadanos (Considerando 32 del GDPR). Si el consentimiento no se encontraba claramente identificado o se basó en formas tácitas o por omisión, deberá volverse a solicitar.

Para la obtención de este fin, las empresas deberían revisar la forma en la que obtienen y registran el consentimiento, pues las prácticas que se encuadran en el llamado consentimiento tácito, hasta el momento presente aceptadas por la actual normativa, dejaron de serlo a partir del 25 de mayo del 2018.

El Reglamento también prevé que el consentimiento sea explícito en determinados casos, como autorizar el tratamiento de “datos sensibles”, a los que se hará alusión más adelante, no pudiendo entenderse el consentimiento como concedido de manera implícita, siendo preciso por tanto que una declaración u acción explícita al consentimiento y al tratamiento de datos. Además debe poder probarse, verificarse ante una auditoría, el otorgamiento de dicho consentimiento.

Actualmente, la normativa en vigor prevé que, a la hora de recoger el consentimiento de los interesados se les debe informar de la persona responsable del fichero, de la existencia de los ficheros inscritos en el Registro General de Protección de Datos, de la finalidad de la recogida de los datos y de la posibilidad de ejercitar los Derechos ARCO. Desde mayo de 2018, además de estos datos, en la información que se proporciona a los interesados deben incluirse una serie de cuestiones como explicar la base legal para el tratamiento de los datos, los períodos de conservación de los mismos y que los interesados pueden dirigir sus reclamaciones a las Autoridades de protección de datos y de los demás derechos que incorpora el nuevo Reglamento. Dicha información debe ser fácil de entender y presentarse en un lenguaje claro y conciso.

En cuanto a la edad en la que los menores pueden prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información (por ejemplo, redes sociales) es de 16 años. Sin embargo, puede rebajarse esa edad y que cada Estado miembro establezca la suya propia, estableciendo un límite inferior de 13 años. En el caso de España, ese límite continúa como hasta ahora en 14 años, pues la LOPD establece, salvo excepciones legales, la posibilidad de recabar datos personales de mayores de 14 años sin necesidad de obtener el consentimiento de sus padres. Por debajo de esa edad, es necesario el consentimiento de los padres o tutores legales. También para el caso de los menores, el consentimiento tiene que ser verificable y el aviso de privacidad debe estar escrito en un lenguaje que con esas edades se pueda entender.

Como conclusión, en España, los nuevos derechos de los ciudadanos incluyendo los ya conocidos como ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) son por orden de aparición en el Reglamento: Transparencia (art. 12), Información (arts. 13-14), Acceso (art. 15), Rectificación (Art. 16), Supresión o derecho al olvido (art. 17), Limitación del tratamiento (art. 18), Portabilidad de datos (art. 20) y Oposición (art. 21).

Regulación específica de la protección de datos en determinados ámbitos:

Cuestiones generales

Con lo dicho hasta el momento llegamos a señalar que el nuevo Reglamento europeo también afecta a los profesionales que operan en el sector sanitario, a las clínicas, a los hospitales, a los centros médicos y a las instituciones sanitarias, pues todo paciente tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud. La normativa en protección de datos en el ámbito sanitario se complementa con la ya existente LAP, la cual se encarga de regular los

derechos y las obligaciones en materia de información y documentación clínica en la que se regula su historial. Pero primer hay que dejar claro que se entiende por historia clínica y por datos de salud.

La Directiva Europea de Protección de Datos, por su parte, está destinada a los ámbitos policiales y de la Justicia. Pretende asegurar que los datos de las víctimas, testigos y sospechosos de la comisión de delitos, se encuentren debidamente protegidos en el ámbito de una investigación criminal o de aplicación de la ley. A la vez, esta normativa armonizada facilitará la cooperación transfronteriza de la policía y los fiscales para combatir más eficazmente el crimen y el terrorismo en toda Europa.

Según su art. 2 El presente Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

Y no se aplicará, en particular:

- a. Al ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión
- b. A la actividad de las autoridades con fines de prevención o investigación de delitos o de protección de la seguridad pública,
- c. A las actividades de los Estados miembros comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea.
- d. Ni al tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.

Los "datos sensibles" y especial atención a los datos de salud, genéticos y biométricos
En esta última década es patente un cambio de mentalidad en la protección de la privacidad a nivel mundial⁹⁴, que plantea la discusión entre los beneficios y/o contrariedades que supone el acceso y el tratamiento de datos de carácter personal.

En el nuevo Reglamento se diferencian los "datos personales" de los "datos sensibles".

Entre los "datos personales" a su vez distingue entre la información de identificación directa y los datos *seudonimizados*, Entre ellos se encuentra todo lo que incluye información de identificación directa como el nombre, el apellido, el número de teléfono, etc; los datos *seudonimizados*⁹⁵ o información de identificación no directa, que no permite la identificación directa de los usuarios pero permite individualizar comportamientos. La seudonimización no supone el total anonimato o disociación completa de los datos o imposibilidad de reversión de los mismos, ya que es posible la identificación del interesado a través de información adicional. Con este proceso se pretende garantizar un mayor respeto a la privacidad de los afectados, ya que el responsable limita el acceso a determinadas personas autorizadas y así minimiza el riesgo en el tratamiento.

94. Puede comprobarse incluso en películas de estreno reciente como "El Círculo" 2017, EE.UU., Emiratos Árabes Unidos, dirigida por James Ponsoldt, en la que se plantea el problema de aprovechar los beneficios de una sociedad transparente, pero respetando la privacidad de las personas.

95. Esta nueva normativa impulsa el uso de información seudonimizada e indicando que "el uso de seudonimización en datos personales puede reducir el riesgo asociado a la gestión de datos y ayudar a los responsables y encargados del tratamiento a cumplir con sus obligaciones de protección de datos".

Por otra parte, los “datos sensibles”, son datos que por su relevancia e importancia para la privacidad deben ser tratados y almacenados de manera más cuidadosa y cumpliendo una serie de requisitos. Así, los datos sensibles, o especialmente protegidos son una categoría de datos que debido a su relación con la intimidad, las libertades públicas y los derechos fundamentales de la persona, precisan de una mayor protección que el resto de datos personales.

En la antigua LOPD el tratamiento a este tipo de datos lo encontrábamos en los de ideología, religión, creencias; origen racial, salud, vida sexual; y, comisión o infracciones penales o administrativas. Nadie podía ser obligado a revelar estos datos sobre su persona y solamente se podían tratar bajo consentimiento expreso y por escrito el afectado, aunque en ciertos casos no es necesario este consentimiento expreso y por escrito, como por ejemplo los datos de salud, origen racial y vida sexual, pues, por razones de interés general, como la salud pública pueden ser tratados, pero para ello debe disponerlo una ley y se tiene que contar con el consentimiento expreso del afectado. En caso de que la persona este incapacitada para dar su consentimiento, se podrá igualmente tratar estos datos para salvaguardar su interés vital, por ejemplo un médico de urgencias que necesita la historia clínica del paciente para poder operarle. Y, si por ejemplo se trata de datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, solo pueden ser incluidos en los ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras, debiendo notificarse al afectado su inclusión aunque no será necesario que de su consentimiento. Es decir, con el Reglamento del 2007, si contamos con el consentimiento explícito para la finalidad del afectado podríamos tratar el dato.

Pero en España, a partir de mayo de 2018 se exige que además del consentimiento se dé otra de circunstancias más para poder tratar esos tipos de datos, como por ejemplo, estudiar el dato con una finalidad de investigación histórica, debiendo además llevar un Registro de las Actividades de Tratamiento y realizar una elaboración de una “*evaluación del impacto*” en la Protección de Datos, es decir, una evaluación del riesgo, para los considerados “datos sensibles” para las organizaciones que realicen tratamientos de datos que puedan implicar un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas. Se debe evaluar el origen, la naturaleza, la particularidad y la gravedad de dicho riesgo (Considerando 84).

En cuanto a las medidas de seguridad, se deben aplicar una serie de medidas de seguridad en el tratamiento de estos datos: cifrado de los datos en su comunicación y almacenamiento; registro de accesos, con fecha y personal que accedió; elaboración de una lista de personas autorizadas; y, establecer un procedimiento seguro para su tratamiento.

Por otra parte, el Reglamento prohíbe tratar los datos sensibles salvo que el interesado haya hecho manifiestamente públicos sus datos; haya dado su consentimiento explícito; o, sea necesario para proteger los intereses vitales del interesado, en casos en que esté incapacitado para otorgar su consentimiento; en el marco de actividades legítimas realizadas por organizaciones sin ánimo de lucro, como asociaciones o fundaciones que tengan una finalidad política, filosófica, religiosa o sindical cuyo objetivo sea posibilitar el ejercicio de las libertades fundamentales; y, cuando exista un interés público fundamentado en la legislación vigente de cada país de la Unión Europea siempre:

- Bajo la responsabilidad de personas sujetas a la obligación del secreto profesional.
- Para fines de asistencia sanitaria o social, medicina preventiva o laboral o diagnóstico médico incluida la evaluación de la capacidad laboral del trabajador.
- Para procedimientos judiciales.
- Cuando sea imprescindible para cumplir la legislación laboral, o la de seguridad o protección social o la de convenios colectivos.
- Sea preciso por razones de interés público en el ámbito de la salud pública o la asistencia sanitaria.
- Si es necesario para fines de archivo en interés público en investigaciones científicas, históricas o estadísticas.

Los responsables o encargados que traten categorías especiales de datos (datos sensibles) deberán ajustarse a las siguientes obligaciones específicas que establece el Reglamento:

1º - Llevar un Registro de las actividades de tratamiento en el que debe incluirse información relativa a:

la identidad del responsable del fichero, la identificación del fichero, finalidades y los usos previstos, el mecanismo de tratamiento utilizado en su organización, el grupo de personas sobre el que se obtienen los datos, el origen de los datos, las categorías de datos, el servicio o unidad de acceso, la información sobre el nivel de medidas de seguridad básico, medio o alto exigible, y la identidad del encargado del tratamiento en donde se encuentre ubicado el fichero a quién se realizarán las cesiones y transferencias internacionales de datos.

2º - Elaboración evaluación de impacto. Los responsables que realicen tratamientos a gran escala de datos sensibles tendrán la obligación de realizar una evaluación de impacto relativa a la protección de datos, consistente en un instrumento esencial por el que las entidades pueden evaluar previamente los episodios a los que se verán sometidos los datos personales según los tratamientos que estén previstos.

Este informe debe incluir:

Una especificación general de las actividades de tratamiento previstas; una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados; las medidas contempladas para hacer frente a los riesgos y amenazas; y, garantías, medidas de seguridad y mecanismos destinados a garantizar la protección de datos personales y a demostrar la conformidad con el Reglamento.

3º - Delegado de protección de datos. Dichos responsables o encargados están obligados a designar un Delegado de protección de datos, que es uno de los elementos claves del Reglamento, pues garantiza el cumplimiento de la normativa de la protección de datos en las organizaciones, sin sustituir las funciones de las Autoridades de Control. El Delegado de Protección de Datos deberá tener conocimientos espe-

cializados del Derecho y en protección de datos y realizará sus funciones de forma independiente, entre las que se encuentran la de informar, asesorar y supervisar el cumplimiento del Reglamento por el responsable o encargado.

Por tanto, y como resumen de los pasos para tratar datos personales sensibles:

- Analizar si el tipo de dato que estamos tratando se encuentra dentro de la categoría de sensible.
- Si es así, observar las excepciones a la prohibición del tratamiento.
- Obtener necesariamente el consentimiento explícito del afectado.
- Notificar cada una de las finalidades de uso de dichos datos.
- Llevar a cabo una evaluación de impacto antes de comenzar el tratamiento.
- Elaborar un Registro de las Actividades de Tratamiento.
- Emplear medidas de seguridad apropiadas.

El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos trata las categorías especiales de datos en el art. 9 y en los considerandos 51 a 56. En el art. 9, se mantienen los datos considerables sensibles o especialmente protegidos hasta el momento y añade nuevas definiciones, como son los datos genéticos y biométricos. Así considera datos sensibles los referidos a: Origen racial o étnico; Opiniones políticas; Creencias religiosas o filosóficas; Afiliación sindical; Los datos genéticos; y, los Datos biométricos con el objetivo de identificar de manera exclusiva a un individuo; Aquellos datos relativos a la salud o la vida sexual y/o la orientación sexual.

El art. 4.15 define como "datos relativos a la salud":

Los datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud.

En este sentido, el Considerando nº 35 aclara que también son datos de salud:

Todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro.

Por otra parte, el art.4.13 los define como “datos genéticos”:

Los datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona.

Al respecto, el Considerando nº 34, entiende por datos genéticos:

Los datos personales relacionados con características genéticas, heredadas o adquiridas, de una persona física, provenientes del análisis de una muestra biológica de la persona física en cuestión, en particular a través de un análisis cromosómico, un análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) o del ácido ribonucleico (ARN), o del análisis de cualquier otro elemento que permita obtener información equivalente.

Por último, el art. 4.14) define como “datos biométricos”:

Los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos.

El tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales, pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física. Tales datos personales no deben ser tratados, a menos que se permita su tratamiento en situaciones específicas contempladas en el presente Reglamento, habida cuenta de que los Estados miembros pueden establecer disposiciones específicas sobre protección de datos con objeto de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento al cumplimiento de una obligación legal o al cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento (Considerando 51).

Estas categorías serán tratadas conforme a lo indicado para las categorías de datos sensibles y será necesario ajustarlos en alguno de los supuestos en los que dicho tratamiento tenga base de legitimación, ya sea mediante el consentimiento explícito del interesado o mediante alguno de los supuestos de dicho tratamiento recogidos en el art. 9 del Reglamento (por ejemplo, para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, por razones de interés público esencial, etc), por ello exigen una especial protección, ya sea por su naturaleza o por la relación que puedan tener con los derechos y las libertades fundamentales de las personas como los que revelen el origen racial o étnico (Considerando 51), y les sujeta a disposiciones específicas cuando su tratamiento pueda suponer alto riesgo en la protección de datos, por lo que deben aplicarse los principios generales y otras normas del presente Reglamento, sobre todo en lo que se refiere a las condiciones de licitud del tratamiento.

Otras novedades

Por otra parte se resalta la "Privacidad desde el diseño" (art. 25.1), para garantizar que las aplicaciones que traten datos personales tienen que garantizar la privacidad de los datos desde el principio, como por ejemplo, los perfiles de los usuarios que aparecen en las redes sociales estarán por defecto cerrados a otros usuarios, debiendo ser el usuario quien los abra a otros, protegiendo así los datos desde el inicio, fomentando lo *seudo-anónimo*, para salvaguardar los beneficios de la innovación en Big Data protegiendo al mismo tiempo la privacidad.

Otras cuestiones recogidas en el Reglamento y sólo a modo de enunciado, es que se crea un organismo dependiente de la Comisión Europea, el "Comité Europeo de Protección de Datos". También establece un sistema de "ventanilla única", lo que significa que en caso de que quien tenga que realizar una reclamación dentro de cualquiera de los Estados miembros, podrá acudir ante la autoridad de su país pues hay una única Autoridad de protección de datos como interlocutora para tratamientos que afecten significativamente a ciudadanos en varios Estados de la Unión Europea. En España, la gestión será realizada por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que será también responsable de informar al interesado del resultado final de su reclamación o denuncia.

Para finalizar, el incumplimiento de este Reglamento puede tener "sanciones" que pueden alcanzar hasta los 20 millones de euros o hasta el 4% del volumen de negocio del infractor, a diferencia de las sanciones que están vigente en la actualidad que pueden ir desde 900 euros hasta 600.000.

Conclusiones

1.- La injerencia en la intimidad de los datos genéticos es legítima en determinados casos sin autorización judicial, cuando se realicen prácticas que constituyen una *intromisión leve* en la intimidad de las personas, como puede ser el *acceso al ADN no codificante*, con fines exclusivamente de identificación de personas implicadas en graves hechos delictivos, cuya identidad es desconocida.

2.- La injerencia en la intimidad de los datos genéticos también es legítima, en el ámbito de *investigaciones por delito*, siempre que no haya otro modo de identificar a su autor y se hayan respetado primero las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad y razonabilidad consistentes fundamentalmente en que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo

3.- Sería muy grave desvelar los datos genéticos sin causa motivada y que éstos no se custodiaran de forma adecuada, pues podría suponer una gran limitación en el desarrollo de la personalidad de cualquier individuo, ya que un conocimiento público de dichos datos podría dar lugar al fin de un contrato laboral, o al fin de una póliza de un seguro de vida, etc... en caso de que los datos permitiesen, por ejemplo, predecir enfermedades futuras.

4.- La tecnología y la ciencia avanzan a pasos agigantados, máxime cuando desconocemos los múltiples medios de acceso a la intimidad que pueden llegar a establecerse en un futuro y las implicaciones que podría suponer la revelación de los mismos para nuestros descendientes por lo que debe seguir poniéndose al día la regulación en este campo, pues no cesan de surgir situaciones desprovistas de la protección legal que merecen.

5.- Esta revisión regulatoria debería valorar la actualización de las sanciones vigentes, ya que serán, con seguridad, un medio persuasivo para la prevención, en gran número de ocasiones, de graves abusos.

6.- La última norma europea de Protección de Datos de inmediata entrada en vigor trata de proteger el derecho a la Intimidad de las personas físicas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos. Dicha norma introduce las definiciones de datos genéticos y biométricos como categorías especiales de datos. Estas dos categorías serán tratadas conforme a lo indicado para las categorías de datos sensibles y será necesario que se incluya en algún supuesto en que dicho tratamiento pueda estar legitimado, bien por el consentimiento explícito del interesado o por alguno de los supuestos de dicho tratamiento que recoge el nuevo Reglamento en su art. 9.

Bibliografía

ABELLÁN-GARCÍA, F y SÁNCHEZ-CARO, (2004), *Datos de SALUD Y Datos Genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España*, Fundación Salud 2000 y Ed. Comares, Granada.

ALBALADEJO GARCÍA, M., (2002) *Derecho Civil*, II, 11ª Ed., Ed. J.M. Bosch, Barcelona.

CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, (2012). "La Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet". *Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional*. Edit. Aranzadi. Pamplona.

YAGUÉZ, R. (1974), "La protección de la personalidad en el Derecho Privado", *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo.

DE TORRES SOTO, María Luisa, (2015) "Últimas cuestiones jurisprudenciales en relación a la revelación de los datos genéticos en las investigaciones policiales y judiciales" (Págs.) en obra colectiva *QUAESTIO IURIS – MISCELÁNEA JURÍDICA con motivo del XX Aniversario de la Universidad Alfonso X el Sabio*". López de Goicoechea, Javier (Coord). Ed. BDS. Madrid.

DÍEZ PICAZO. L. y GULLÓN BALLESTEROS; A., (2003) *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, 11ª ed., Ed. Tecnos, Madrid.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, Mª Luisa. (1999), "El impacto de las nuevas tecnologías e Internet en los derechos del art. 18 de la Constitución". *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura. Nº 17.

GRIMALT SERVERA, Pedro. (1999) *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Ed. Comares, Granada.

GRIMALT SERVERA, Pedro. (2007) *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Iustel. Madrid.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. (1994) *Honor, Intimidad y propia imagen*; 2ª Edic. Edit. Colex. Madrid.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. (1998) *La Intimidad como Derecho Fundamental*. 1ª Edic. Edit. Colex. Madrid.

- MAGRO SERVET, V., (2012), "Las intervenciones corporales por los agentes de la autoridad: ¿Intervención judicial permanente y en cualquier caso?" *La Ley Penal*, nº 89, Sección Práctica penal. Edit. LA LEY.
- MIERES MIERES, L. J., (2002) "Intimidad personal y familiar" *Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Ed. Aranzadi.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (2009) *Derecho Penal*. Part. Esp. 1, 7ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, (1991), *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho reunidas.(Edersa) Madrid.
- PEREZ LUÑO, A., (2003) "El derecho a la intimidad en el ámbito de la Biomedicina" en la obra colectiva *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, edic. a cargo de Martínez Morán, Narciso. Edit. Comares, Granada.
- PEREZ LUÑO, A., (1998) *Los Derechos Fundamentales*. 7ª Edic. Edit., Tecnos. Madrid.
- PÉREZ ROYO, Javier, (2010) *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid. Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán. Duodécima Edición.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. (2003)"El tratamiento y la protección de los datos genéticos". *Gen-Ética* . Coords. Federico mayor Zaragoza y Carlos Alonso Bedate., Edit. Ariel.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. (2002) "El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos" *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Editor ROMEO CASABONA, Carlos Mª. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao-Granada.