

Asistencia letrada y muestras de ADN del detenido en el sistema de justicia penal español: algunas consideraciones de interés

Cristina Alonso Salgado

(Investigadora del Área de Derecho Procesal /
Universidad de Santiago de Compostela)

SUMARIO: 1.-De inicio: un contexto de dificultades; 2.-La “intervención acordada” del Tribunal Supremo en la materia; 3.-Un caso de interés en el análisis del Tribunal Supremo; 3.-Para el debate: del Anteproyecto a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre; 4.- Para finalizar; 5.-Referencias bibliográficas.

1.-DE INICIO: UN CONTEXTO DE DIFICULTADES

La obsolescencia de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante, LECrim), –datada en las postrimerías del siglo XIX– viene causando una relación de problemas jurídicos cuyo crecimiento es proporcional al propio transcurso del tiempo.

Habida cuenta de la referida situación, no han sido pocas las iniciativas que, en los últimos años, se han impulsado con el objeto de promulgar una nueva Ley procesal penal. Con todo, los esfuerzos han ido fracasando uno tras otro.

Sin ánimo de agotar las posibilidades expositivas al respecto se trae a colación, en primer lugar, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en Consejo de Ministros de 27 de julio de 2011 (en adelante, ALECrim). Cabe comenzar, por paradójico que pueda parecer, por su propio epílogo: la

narración de un fracaso, motivado, como es sabido, por la disolución de las Cámaras Legislativas ante la convocatoria de elecciones generales anticipadas. Resulta por lo menos curioso que en el mismo prólogo de la obra editada por el Ministerio de Justicia por la que se publica el *Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal*, el propio Ministro afirmase que, “Al escribir esta breve introducción me consta que esta iniciativa decaerá antes de ser debatida en las Cortes Generales como consecuencia de la convocatoria anticipada de elecciones. No importa. Lo más importante ya está hecho”¹.

En segundo lugar, cabe destacar la Propuesta de Nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NPCPP) del año 2013. En efecto, el 25 de febrero del señalado año tenía lugar el acto de recepción y presentación de los textos elaborados por las Comisiones institucionales -creadas por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012- para la elaboración de propuestas de textos articulados de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley de Enjuiciamiento Criminal². Sin embargo, al

¹ “Estos anteproyectos contienen una regulación completa y coherente de un procedimiento penal concebido desde la constitución, que nos permitirá pasar del debate político al jurídico, de la especulación al examen de soluciones concretas, de lo indefinido a lo detallado, de los debates parciales a un tratamiento sistemático, de conjunto. Nuestra democracia aguardaba pacientemente desde hacía treinta años por un texto así. Fin de la espera”, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “Prólogo”, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, p. 3.

Al apuntar que “Lo más importante ya está hecho”, probablemente entienda que el camino andado pudiera servir para el futuro. En esta línea GIMENO SENDRA señala que “Como primera consideración preliminar quisiera destacar la valoración altamente positiva del Anteproyecto de LECrim., de 2011, que debiera, tras las modificaciones pertinentes, convertirse en Ley, por cuanto puede contribuir a erradicar los males que aquejan a nuestra justicia penal (inquisitiva en la práctica, lenta e ineficaz) con un escrupuloso respeto a nuestra jurisprudencia constitucional.

Pero, en donde, en mi opinión, debieran efectuarse puntuales modificaciones es en el régimen de intervención de las partes privadas en el seno de la investigación, que habrá de efectuar el Ministerio Público”, en GIMENO SENDRA, V., “El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim. de 2011”, en *Diario La Ley*, número 7738, sección doctrina, 17 de noviembre de 2011, Editorial La Ley, La Ley 17661/2011.

² Con respecto al Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 por el que se crea una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, se indica que, “El Consejo de Ministros ha acordado la creación de dos Comisiones Institucionales que serán las encargadas de elaborar las propuestas de textos articulados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley de Demarcación y de Planta Judicial.

Ambas Comisiones estarán integradas por magistrados, fiscales, catedráticos de Derecho, abogados, procuradores y secretarios judiciales, todos ellos expertos en cada una de sus áreas. Las

igual que el Anteproyecto de 2011, la PNCP pasó, también, a dormir el sueño de los justos.

Constatado el fracaso de esta última iniciativa y evidenciadas las escasas posibilidades de aprobar una nueva Ley procesal penal en lo inmediato, el legislador español optó, como veremos, por incorporar a través de reformas parciales, las modificaciones que la urgencia del contexto exigía.

2.-LA “INTERVENCIÓN ACORDADA” DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA MATERIA

Una de las reformas exigidas por el propio transcurso del tiempo era, sin duda, la materia relativa al ADN. Sin embargo, la evolución de los acontecimientos hace imprescindible realizar un pequeño recorrido analítico en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere.

En este contexto hay que destacar el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas (en adelante, Anteproyecto). Informado por Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2014, con el Anteproyecto se buscó superar el marasmo legislativo provocado por la evidencia del fracaso de una propuesta de Ley procesal penal que, en tanto que comporta una metamorfosis

Comisiones se reunirán con una periodicidad semanal durante los próximos cinco meses, momento en el que tendrán que elevar su propuesta de texto articulado al Ministerio de Justicia. Los integrantes de estas comisiones no percibirán remuneración salarial por esta dedicación. Enjuiciamiento criminal. Los objetivos que se fija el Gobierno con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son los de luchar contra la creciente inseguridad jurídica; delimitar las atribuciones competenciales entre jueces y fiscales; instaurar la doble instancia penal; regular el sometimiento a plazo del secreto de sumario; incrementar el control de las intervenciones telefónicas; regular adecuadamente la fase de instrucción; incorporar la doctrina que en materia de derechos fundamentales han sentado el Tribunal Supremo, el Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; regular con mayor precisión el ejercicio de la acusación particular; regular adecuadamente los recursos o efectuar una revisión de los actuales supuestos de aforamiento y del sistema de ejecución de sentencias, entre otros”, en http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/_2012/refc20120302.htm, consulta a 14/12/2017.

sistémica de la justicia penal española, requería y sigue requiriendo en la actualidad un cierto grado de adhesión entre los operadores del sistema.

En este sentido se manifestaba la Exposición de Motivos de aquel Anteproyecto, de conformidad con el que la aprobación de una nueva Ley procesal penal “(...) requiere un amplio consenso, que parece que podrá fraguarse en un horizonte temporal cercano. En tanto dicho debate se mantiene, en la confianza de encontrar el máximo acuerdo posible sobre el nuevo modelo procesal penal, resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal y que son: i) la necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas; ii) el fortalecimiento de los derechos procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea; iii) la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos garantizados por el artículo 18 de la Constitución; iv) la previsión de un procedimiento de decomiso autónomo; v) la instauración general de la segunda instancia; y vi) la reforma del recurso extraordinario de revisión”³.

³ “El 5 de diciembre de 2014, justo antes de empezar el largo fin de semana constitucional, se presentó el ‘Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas’, en lo sucesivo, el Anteproyecto o el Anteproyecto 2014.

De un día para otro, se cierran así de golpe las grandes expectativas puestas en la reforma general de la justicia penal, que parecía que era cosa hecha en esta legislatura, habida cuenta de que el súper publicitado borrador de nuevo Código Procesal Penal de 2013, similar a su frustrado predecesor Anteproyecto de 2011, contaba con suficiente consenso político, aunque no académico, en lo referente a su principal novedad que consistía en atribuir la instrucción al fiscal. Pero como todo proyecto con pretensiones de regular ex novo el ejercicio del poder punitivo del Estado tiene que asumir el coste, no solo económico, sino político, social y hasta cultural que conlleva reorganizar medios, modos y formas de una Administración de Justicia en la que están implicados múltiples actores, públicos y privados, al prelegislador le ha parecido, y así lo confiesa en la Exposición de Motivos I, que su ‘implantación requiere un amplio consenso’, ¡todavía mayor!, y que, por tanto, el ‘debate’ debe continuar para alcanzarlo, lo que seguro que ‘podrá fraguarse en un horizonte temporal cercano’...

Ahora bien, como a estas alturas, por diversas razones (¿fin de ciclo político?, de legislatura, exigencias apremiantes de legalidad), la cosa ya no está para dejarse llevar por la estética de lo horizontal y se corre serio peligro de que se apague hasta la mismísima fragua, resulta muy probable que sea viable este nuevo injerto dirigido a: 1) la ‘agilización’ de la justicia penal;

Sin embargo, no podemos sino discrepar cordialmente con respecto al referido umbral –esto es, “*que parece que podrá fraguarse en un horizonte temporal cercano*”– toda vez que, precisamente, han sido las aciagas previsiones en cuanto a la aprobación de la última iniciativa para aprobar una nueva LECrim, las que evidenciaron la necesidad de recurrir a la modificación parcial de la vigente en relación, al menos, a aquellas cuestiones que, habida cuenta del actual contexto cambiante, exigían con urgencia una puesta al día legislativa⁴.

Enfocando sobre lo que ahora interesa, cabe comenzar señalando que el punto séptimo del artículo único del Anteproyecto por el que se instaba la reforma de la LECrim, formulaba una nueva literalidad para los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 520. Específicamente se destacaba como derecho del detenido designar Abogado y solicitar su presencia al objeto de que le asistiese en la preparación y curso de sus interrogatorios, y participase en todo reconocimiento de que fuese objeto a efectos de identificación. Asimismo, se establecía que, si el detenido no designaba Abogado, se procedería al nombramiento de uno de oficio.

Particularmente, en relación a nuestro objeto de estudio, disponía que la asistencia letrada no resultaba necesaria para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido con los fines previstos en la legislación sobre bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir de ADN⁵.

2) regular las intromisiones en los derechos a la intimidad, la imagen, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos; 3) trasponer dos directivas comunitarias en materia de asistencia letrada y decomiso de efectos del delito; 4) generalizar la segunda instancia penal; y 5) establecer un cauce procesal para garantizar la eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, en JIMÉNEZ SEGADO, C., “Examen del Anteproyecto 2014 para ‘agilizar’ la justicia penal”, en *Diario La Ley*, número 8455, sección doctrina, 9 de enero de 2015, Editorial La Ley, La Ley 9238/2014.

⁴ Con respecto a nuestro objeto, véase: CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal”, en *Diario La Ley*, número 8213, sección doctrina, 17 de diciembre de 2013, Editorial La Ley, La Ley 9828/2013.

⁵ Por perfil de ácido desoxirribonucleico debe entenderse: “(...) un código alfabético o numérico que representa un conjunto de características identificativas de la parte no codificante de una muestra de ADN humano analizada, es decir, la estructura molecular específica en los diversos loci (posiciones) de ADN”, artículo 2.c) de la Decisión 2008/616/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008 relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

A la vista de lo que se viene de referir se entiende, sin dificultad, el asombro que causó la propuesta de texto⁶, en tanto que se daba de bruces con lo señalado al respecto por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014⁷. Además, no debe dejar de destacarse el elemento temporal: tal y como se indicó anteriormente, el Anteproyecto de 2014 fue informado por el Consejo de Ministros el 5 de diciembre del referido año, mientras que el Acuerdo fue tomado con un margen de diferencia que no alcanza los tres meses. Así pues, no puede sino interpretarse, que al tiempo que el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptaba una determinación en materia de ADN, el pre-legislador decidía entrar a legislar justo en sentido contrario al del Alto Tribunal.

Como se anticipaba, la extrañeza derivada de lo efectivamente dispuesto en el Anteproyecto viene motivada, en muy buena medida, por el más que categórico contenido del Acuerdo. De conformidad con los aspectos primeros y segundo de su único punto: *“Primero: Si la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado⁸, necesita la asistencia del Letrado cuando el imputado se encuentre detenido. Segundo: Si es*

Con respecto a este ámbito, “Además, esta normativa se ha visto complementada por la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, al disponer en su Disposición Adicional 3ª que para la investigación de determinados delitos graves, los previstos en la letra a) del apartado 1 de su art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito...”, en CASTILLEJO MANZANARES, R., “Prueba de ADN en los delitos contra la libertad sexual”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, pp. 242 y ss.

⁶ En relación a la materia resulta de interés, vid. GARCÍA SAN MARTÍN, J., “Consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, en *Diario La Ley*, número 8468, sección doctrina, 28 de enero de 2015, Editorial La Ley, La Ley 374/2015.

⁷ Véase por su aportación: RICHARD GONZÁLEZ, M., “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”, en *Diario La Ley*, número 8445, sección tribuna, 19 de diciembre de 2014, Editorial La Ley, La Ley 8940/2014.

⁸ Las referencias acerca de las personas imputadas, procesadas, etc., deben ser interpretadas en consideración con el *leitmotiv* del punto veintiuno del artículo único de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, cuando el acusado no ha cuestionado la ilicitud y validez de esos datos hasta el momento del juicio oral". Pues bien, en línea con lo señalado, el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal acuerda que la toma biológica de muestras⁹ con el permiso de la persona "imputada" necesita la asistencia de letrado, si aquélla se halla detenida y, en su defecto, autorización judicial.

Con todo resulta válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos de la base de datos policial procedentes de otra causa, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, si la persona acusada no ha cuestionado la licitud y validez de los señalados datos en la fase de investigación¹⁰.

Sin embargo, el pronunciamiento del Alto Tribunal no ha servido para amansar las aguas en materia de ADN, en tanto que –entre otras cuestiones– la muy diferente naturaleza de los diversos modos para la toma de muestras biológica para la determinación del ADN, genera interrogantes –aun cuando no

⁹ Con respecto a la relevancia del ADN en el proceso penal *vid.* CASTILLEJO MANZANARES, R., "La prueba pericial de los análisis de ADN", en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2013, pp. 343 y ss.

¹⁰ En palabras de GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS: "(...) conforme al acuerdo del pleno de 14 de septiembre de 2014, los datos de ADN obtenidos fuera del procedimiento, si bien no precisan de un nuevo consentimiento del interesado, requieren contrastar el modo en que han sido obtenidos, cuando el acusado hubiera cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción", en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., "El empleo de la vis física para la toma de muestras de ADN", en *Diario La Ley*, número 8571, sección doctrina, 29 de junio de 2015, Editorial La Ley.

De interés del mismo autor: "(...) tras el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN, con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido, y en su defecto autorización judicial.

Sin embargo, añade el punto segundo del Acuerdo, es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción", en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., "Inversión de la carga de la prueba en la obtención del material de ADN: Análisis de la STS de 13 de marzo de 2015 (1)", en *La Ley Penal*, número 114, sección jurisprudencia aplicada a la práctica, mayo-junio de 2015, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 4110/2015.

se compartan- con respecto a la exigencia de asistencia de letrado para la prestación de consentimiento del detenido.

3.-UN CASO DE INTERÉS EN EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SUPREMO

En el ánimo de explicar lo *supra* referido, resulta de interés destacar la sentencia del Tribunal Supremo, número 734/2014, de 11 de noviembre (en adelante, STS 734/2014)¹¹. Con el telón de fondo de un frotis bucal, a través de la señalada sentencia el Supremo nos brinda un análisis más que sugestivo en relación a su dialéctica argumentativa al respecto que ahora interesa.

El párrafo segundo del artículo 363 de la LECrim -incorporado por la reforma operada a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal- dispone que siempre que confluayan acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar en resolución motivada la obtención de muestras biológicas de la persona sospechosa que resulten imprescindibles para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En relación a la conformidad del afectado, se destaca por parte de la jurisprudencia que si se hallare detenido, el consentimiento debe ser asistido¹².

¹¹ Sobre la evolución jurisprudencial, véase: ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J., “La impugnación de la prueba de ADN por falta de asistencia letrada en la recogida de muestras del detenido (Análisis del Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014)”, en *Diario La Ley*, número 8748, sección doctrina, 25 de abril de 2016, Editorial La Ley, La Ley 2297/2016.

¹² En este sentido cabe subrayar la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, número 685/2010, de 7 de julio; o la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, número 827/2011, de 25 de octubre.

De igual modo -aun cuando con menor interés por el aspecto cronológico- se puede traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo, número 709/2013, de 10 de octubre, de acuerdo con la que “*Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada*”.

Habida cuenta de lo que se viene de señalar, y en línea con lo anticipado, no cabe duda de que la sentencia de 2014 es un buen punto de referencia para ilustrar las disparidades doctrinales en relación a la exigencia de que la conformidad de la persona acusada detenida precise de asistencia letrada. Nótese en este sentido el voto particular del magistrado BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE a la señalada sentencia. En él se formula de manera más que diáfana una posición de indiscutible interés, máxime si se tienen presentes las implicaciones de la controversia. En esta línea, se disiente en cuanto a la exigencia de que la conformidad del acusado detenido para la práctica de prueba de ADN y su inclusión en la base de datos policial exija asistencia letrada¹³. El señalado voto no niega que en diferentes ocasiones el Tribunal Supremo¹⁴ ha exigido asistencia letrada para el consentimiento de las personas detenidas. Sin embargo, sitúa el acento en la relevancia de la STS 1204/2012, de 14 de febrero, pues hace una alusión nada desdeñable a que el Alto Tribunal sólo se ha pronunciado sobre la validez probatoria de la pericia en los supuestos en los que se ha obtenido la muestra sin la intervención de un letrado asesor de manera “más bien incidental”, sin considerar “(...) *en ninguna de ellas la validez probatoria de la pericia cuando la muestra ha sido obtenida sin intervención de letrado al no ser la misma la prueba inculpativa de cargo*”¹⁵.

El voto particular subraya que, comoquiera que la asistencia letrada sólo es preceptiva “(...) *en aquellos casos en que la Ley procesal así lo requiera, no*

Cabe subrayar que la alusión se realiza con respecto a la persona detenida, referencia ésta “(...) suficiente para indicar su situación: en manos de la policía, la cual inevitablemente nunca estará libre de sospecha (y que mejor manera de evitarlo sino exigiendo la asistencia de abogado). No es un imputado ni un procesado, sino un detenido. Y en todo caso, si quisiéramos extender este concepto a la detención judicial difícilmente el juez instructor adoptaría ninguna medida sin antes preocuparse de la asistencia letrada, libremente elegida o de oficio”, en MUÑOZ SABATÉ, L., “Sobre la práctica judicial de obtención de ADN”, en *Diario La Ley*, número 8471, sección tribuna, 2 de febrero de 2015, Editorial La Ley, La Ley 529/2015.

¹³ De interés, CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pp. 104 y ss.

¹⁴ La sentencia número 685/2010, de 7 julio, de la Sección 1ª, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por ejemplo.

¹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Voto particular”, en la STS 734/2014.

como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente¹⁶, la asistencia letrada al detenido se circunscribe legalmente al interrogatorio y al reconocimiento de identidad, no a las identificaciones policiales resultantes de la huella dactilar. Es por ello que, en opinión de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, del mismo modo que no procede aplicar la señalada exigencia a la reseña dactilar, tampoco procede a la genética. Se aduce, en esta línea, que en la práctica de la toma de muestra de ADN no codificante¹⁷ no está prevista la asistencia letrada, sino el consentimiento informado del afectado y, en caso de no prestarlo, la autorización judicial¹⁸.

¹⁶ A este respecto véase el fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Constitucional, Sentencia número 314/2002, de 26 de febrero, “El motivo no puede ser estimado, pues la doctrina de esta Sala tiene un sentido contrario al invocado por el recurrente. En primer lugar es muy reiterada la doctrina jurisprudencial de esta Sala (por todas Sentencias de 18 de octubre de 1996, núm. 721/1996, 28 de enero de 2000, núm. 64/2000, 20 de marzo de 2000, núm. 440/2000 y 5 de mayo de 2000, núm. 756/2000), que señala que los automóviles, como mera pertenencia dominical y medio de transporte, carecen de la especial protección que otorga a la intimidad domiciliaria el art. 18.2 de la Constitución Española –salvo supuestos excepcionales en que se utilicen como domicilios móviles, p. ej. roulottes o autocaravanas–, por lo que su inspección o registro no se encuentra sometido a los rigurosos requisitos prevenidos en los arts. 545 y siguientes de la LECrim, pudiendo efectuarse en ellos diligencias de investigación policial, en las labores de prevención y descubrimiento de los hechos delictivos, sin necesidad de autorización judicial, con sometimiento en todo caso a los principios materiales de proporcionalidad y justificación. Estos controles tampoco requieren, en principio, la presencia judicial o del Letrado del interesado, por su propio carácter de meras diligencias policiales de investigación. En consecuencia la ausencia de autorización judicial o de consentimiento del interesado en las diligencias de investigación policial de un hecho delictivo que justificada y proporcionadamente incluyen la inspección de un vehículo automóvil, o la inasistencia de un Juez o de un letrado, no implican vulneración de derechos constitucionales, no siendo aplicable a las pruebas así obtenidas el art. 11.1 de la LOPJ, precisamente por el propio carácter de meras diligencias policiales de investigación (Sentencia de esta Sala de 14-2-2001, núm. 193/2001, entre otras muchas)”. Y en el fundamento de Derecho sexto se insiste que “Como señala la Sentencia de 6 de julio de 2000, núm. 1241/2000, ‘la presencia de Letrado en una diligencia de entrada y registro domiciliario no es una exigencia legal ni constitucional. La ley no lo exige, pues los arts. 520 y 118 de la Ley procesal refieren la exigencia a los actos procesales de carácter personal, como declaraciones y diligencias de reconocimiento, y no para otras diligencias de investigación en que habrán de observarse las garantías propias de cada diligencia’”.

¹⁷ Por parte no codificante del ácido desoxirribonucleico se entiende “(...) las regiones cromosómicas sin expresión genética, es decir, aquellas de cuya capacidad para determinar alguna propiedad funcional del organismo no se tiene constancia”, artículo 2.d) de la Decisión 2008/616/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008 relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

“(...) ADN no codificante, esto es, de aquella parte del ADN que no aportaría información sobre las características individuales, pero que resultaría útil a efectos de su utilización para comparar e

De igual modo, se pone en tela de juicio la posibilidad de una analogía de la orientación doctrinal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la exigencia de asistencia letrada en exploraciones radiológicas para la validez del consentimiento de la persona detenida. Se sostiene lo acabado de señalar en que, primeramente, la Sala del Tribunal Supremo ha manifestado, en no pocas ocasiones¹⁹, que el examen radiológico en materia de seguridad aeroportuaria, por ejemplo, no constituye por sí mismo, una detención, ni implica que obligatoriamente ésta se haya practicado previamente. Son exámenes que no comportan la limitación forzosa de la libre circulación propia de una detención en sentido estricto, en tanto que sólo implican la práctica de actos administrativos en el contexto de las relaciones de prevención policial y seguridad. Asimismo, se argumenta que, examinado desde un prisma referido a la actividad probatoria, la asistencia letrada tampoco es condicionante de la licitud del examen radiológico practicado de manera voluntaria, toda vez que, sin perjuicio del beneficio que implique para encauzar la investigación, no cuenta por sí mismo de valor alguno. El referido análisis no puede situarse en el ámbito de la prueba anticipada, sino en el de la investigación policial. Habida cuenta de lo que se viene de apuntar por la línea señalada, para que la exploración radiológica realizada sin previa información de derechos, ni asistencia letrada, resulte válida, es necesario que converjan dos aspectos: que la

identificar perfiles", en SARRIÓN ESTEVE, J. y CABEZUDO BAJO, M. J., "El intercambio de perfiles de ADN en la UE y la armonización de su nivel de protección: el plazo de cancelación de los perfiles en la base de datos", en *La Ley*, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, junio 2012, La Ley 7964/2012. Esta doctrina forma parte del libro *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*.

¹⁸ Se insiste en el razonamiento diferenciando el caso que nos ocupa del supuesto representado por la necesaria asistencia letrada en el consentimiento del detenido para la entrada y registro domiciliario. Se distingue con base en que, en este último caso, la exigencia deviene porque cabe que, esa manifestación de carácter personal efectuada por la persona detenida, afecte a su derecho de defensa, motivo por el que debe recibir asesoramiento acerca de las eventuales consecuencias de su acto, toda vez que "*no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que ha venido denominándose "la intimidación ambiental" o "la coacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan" (SSTS. 831/2000 de 16.5)*", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, "Voto particular", en la STS 734/2014.

¹⁹ Sentencia número 1579/2005, de 22 diciembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por ejemplo.

persona no esté detenida, pues, en caso contrario, estaría amparada por los derechos y garantías del artículo 17.3 de la Carta Magna española; y que preste libremente su consentimiento²⁰, toda vez que si no lo manifestara y se viese forzada a la práctica de la prueba, además de una eventual limitación de otros derechos fundamentales, se le estaría infligiendo una privación de libertad constitutiva de detención²¹.

En otro orden, se aduce en beneficio de tesis que, la naturaleza ambivalente de la práctica –pues posibilita diferentes lecturas: desfavorable si existe coincidencia en unos índices muy altos entre el perfil genético indubitado con el dubitado; y favorable si no se produce la señalada coincidencia- permite refutar la idea de que es evidentemente incriminatoria, elemento éste sobre el que existe unanimidad en la jurisprudencia. Así las cosas, si la práctica puede no sólo no perjudicar al detenido, sino incluso ser positiva para su específica situación, a la vista de la referida naturaleza ambivalente, “(...) *no debería extremarse las garantías derivadas de la asistencia letrada, la cual podría incluso aconsejar la no prestación del consentimiento en contra del propio detenido y de las expectativas de ser descartado en la investigación penal no prestación del consentimiento en contra del propio detenido y de las expectativas de ser descartado en la investigación penal*”²².

²⁰ “Concurrentes esos dos requisitos -y con ello contestamos a las alegaciones del recurrente- no habría vulneración del derecho a la intimidad porque el acceso a la misma, que supone la exploración radiológica, estaría legitimada por el consentimiento del interesado, ni la habría del derecho a la asistencia de letrado, toda vez que este derecho nace de la situación de detención ex art. 17.3 CE, o de la existencia de la imputación de un delito de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 LECr. (sentencias 2070/2001 de 5.11 (FJ. 2), 516/2005 de 25.4”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Voto particular”, en la STS 734/2014.

²¹ Con todo, no se puede obviar que la línea jurisprudencial aquí descrita ha sido objeto de alguna matización por esta Sala. En definitiva, a juicio del voto se puede concluir que “(...) *lo que no es posible ante una situación emergente o de fuerza mayor, es que se dilate una diligencia con peligro para la vida del sujeto deje de practicarse a pesar de la responsabilidad que afectaba a la policía judicial y posteriormente al juez de instrucción, quienes tienen la obligación no sólo de impedir la muerte del sospechoso, sino de investigar y descubrir los delitos, deteniendo a los presuntos autores*”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Voto particular”, en la STS número 734/2014.

²² Para concluir, se enarbola la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de septiembre de 2014 que, en relación a un frotis bucal, practicado en Comisaría con un hisopo de algodón, con la

Cuanto se viene de señalar hace a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE defender que el referido acuerdo del Alto Tribunal debió eliminar la referencia a la persona “imputada”, cuando el magistrado destaca que *“Los datos que obren en el Registro y no hayan sido objeto de cancelación podrán ser utilizados con fines de identificación en procesos penales ulteriores en los que la determinación del perfil genético del imputado resulte indispensable, sin perjuicio del derecho del investigado a su impugnación o interesar una prueba pericial contradictoria”*. Asimismo, a su juicio debió tomar la excepción como regla básica de procedimiento -*“Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas (...)”*- y por tanto, retirar la alusión a que *“La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial”*.

4.-PARA EL DEBATE: DEL ANTEPROYECTO A LA LEY ORGÁNICA 13/2015, DE 5 DE OCTUBRE

A la vista del cotejo entre el texto del Acuerdo y el del Anteproyecto, cabe destacar que el tránsito del segundo al Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica implicó un reenfoque en la orientación de nuestro objeto de interés, que no fue sino ratificado con la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de

conformidad de la persona detenida pero sin la presencia de letrado y sin autorización judicial, una vez desechado el quebrantamiento del derecho a la intimidad personal con respecto a la queja por la ausencia del abogado en el transcurso de la diligencia, señaló que *“(...) el recurrente fue informado de su derecho a ser asistido de letrado, con carácter previo a la práctica de la diligencia policial de obtención de la muestras biológica, a pesar de lo cual en el momento en que se llevó a cabo esta diligencia no solicitó la presencia de letrado”*. En esta línea, el Tribunal acabó desestimando la queja con respecto al derecho a la intimidad personal y al derecho a la asistencia letrada. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Voto particular”, en la STS número 734/2014.

investigación tecnológica²³. En efecto, el texto de la ley establece²⁴ una nueva literalidad para los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 6 del artículo 520 e incorpora nuevos apartados 2 bis, 7 y 8 en la misma disposición.

En particular, según lo dispuesto en el apartado 6, la asistencia del abogado consistirá, entre otras cuestiones, en facilitar información al detenido sobre los efectos de la prestación o denegación de conformidad a la práctica de diligencias que se le soliciten. Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras a través de frotis bucal, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Público, el juez de instrucción podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante las medidas coactivas mínimas que resulten indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con la dignidad del implicado.

De este modo, de lo previsto en el artículo 520.6 c), párrafo primero de la LECrim cabe colegir que la asistencia letrada es preceptiva para la toma de

²³ En adelante, LO 13/2015.

²⁴ Mediante el punto cuarto del artículo único por el que se modifica la LECrim.

“Con esta reforma, se ha producido, de un lado, el reforzamiento de garantías procesales que venían siendo exigidas por el derecho de la Unión, y, de otro, se ha incluido una regulación relativa a medidas de investigación tecnológica que era inaplazable para algunos supuestos —caso de las intervenciones telefónicas—, y necesaria para otros atendiendo a la criminalidad que es enjuiciada actualmente por nuestros tribunales (captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; registros remotos sobre equipos informáticos).

*No han sido objeto de revisión, con esta reforma, medidas de investigación que recaen sobre el cuerpo humano (inspecciones e intervenciones corporales) y que pueden afectar a derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y el derecho a la intimidad personal. Sin embargo, se ha añadido, en el art. 520.6.c Lecrim, la posibilidad de emplear medidas coactivas para obtener muestras biológicas del detenido sobre las que practicar los análisis de ADN, cuando el detenido se opone a la recogida de tales muestras, y se cuenta con la autorización judicial. Con ello, se ha insertado, en el contexto de la Lecrim, la última previsión de una materia que se ha ido construyendo al margen de una adecuada regulación legal y, como en otros tantos aspectos, a través de resoluciones judiciales y acuerdos no jurisdiccionales adoptados por nuestros más altos tribunales”, en ARMENGOT VILAPLANA, A., “La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas”, en *La Ley Penal*, número 128, sección derecho procesal penal, septiembre-octubre 2017, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 15686/2017.*

muestras biológicas indubitadas. Idéntica lectura se infiere de las exigencias derivadas de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. La transposición de la Directiva, llevada a cabo por el artículo único 1 de la LO 13/2015, repercute en el artículo 118 de la LECrim que, como es sabido, es la clave de bóveda del derecho a la defensa.

A este respecto corresponde volver a traer a colación lo anticipado con respecto a la controvertida segunda alusión del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. *Ad maiorem* de lo anteriormente apuntado, se subraya la referida naturaleza controvertida, en tanto que implica una validación del contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial derivados de una causa diferente, aunque en la prestación de la conformidad no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de investigación²⁵.

5.- PARA FINALIZAR

En nuestra opinión, de la literalidad de los artículos 17.3 y 24 de la Constitución española se colige una lectura que exige la asistencia de un letrado para asesorar al detenido sobre el alcance de sus derechos, y la relevancia e implicación de la recogida de muestras biológicas. Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado en diversas ocasiones la injerencia que la prueba genética comporta para los derechos fundamentales y los riesgos que implica su conservación, pero “(...) además estableció al referirse a la necesidad de

²⁵ De interés, *vid.*, ÁLVAREZ BUJÁN, M.V., “Prueba de ADN, bases de datos genéticos y proceso penal: panorama normativo en España y Portugal”, en *Dereito*, volumen 24, número 2, 2015, pp. 85-118.

*asistencia letrada que, de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal injerencia ha de estar suficientemente precisada y regulada en las legislaciones de los estados, para permitir que el detenido decida sobre su conducta, asistido por un 'consejero' que le informe del alcance de la misma*²⁶.

En conclusión, más allá de las vicisitudes de un debate, sin duda, complejo, es necesario saludar el tímido viraje del legislador, así como la posición que el Tribunal Supremo ha asentado a través del Acuerdo de su pleno no jurisdiccional, en tanto que representan una opción inequívocamente garantista en una materia que exige que cualquier avance se efectúe con la mayor de las precauciones.

²⁶ BODEGAS, C., "En peligro la asistencia letrada al detenido en la toma de muestras de ADN", en <http://lamiradadeunalettrada.blogspot.com.es/2014/12/en-peligro-la-asistencia-letrada-al.html>, consulta a 14/12/2017.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Prueba de ADN, bases de datos genéticos y proceso penal: panorama normativo en España y Portugal”, en *Dereito*, volumen 24, número 2. 2015.

ARMENGOT VILAPLANA, A., “La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas”, en *La Ley Penal*, número 128, sección derecho procesal penal, septiembre-octubre 2017, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 15686/2017.

BODEGAS, C., “En peligro la asistencia letrada al detenido en la toma de muestras de ADN”, en <http://lamiradadeunalettrada.blogspot.com.es/2014/12/en-peligro-la-asistencia-letrada-al.html>, consulta a 14/12/2017.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “Prólogo”, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.

CARNICER DÍEZ, C., “Justicia debe rectificar: la asistencia letrada al detenido, imprescindible en la recogida de muestras de ADN”, en <http://www.abogacia.es/2014/12/05/justicia-debe-rectificar-la-asistencia-letrada-al-detenido-imprescindible-en-la-recogida-de-muestras-de-adn/>.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba de ADN en el borrador de Código Procesal Penal”, en *Diario La Ley*, número 8213, sección doctrina, 17 de diciembre de 2013, Editorial La Ley, La Ley 9828/2013.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “La prueba pericial de los análisis de ADN”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Problemas actuales de la justicia penal*.

Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales, Colex, Madrid, 2013.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Prueba de ADN en los delitos contra la libertad sexual”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

GARCÍA SAN MARTÍN, J., “Consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, en *Diario La Ley*, número 8468, sección doctrina, 28 de enero de 2015, Editorial La Ley, La Ley 374/2015.

GIMENO SENDRA, V., “El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim. de 2011”, en *Diario La Ley*, número 7738, sección doctrina, 17 de noviembre de 2011, Editorial La Ley, La Ley 17661/2011.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., “El empleo de la vis física para la toma de muestras de ADN”, en *Diario La Ley*, número 8571, sección doctrina, 29 de junio de 2015, Editorial La Ley.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E., “Inversión de la carga de la prueba en la obtención del material de ADN: Análisis de la STS de 13 de marzo de 2015 (1)”, en

La Ley Penal, número 114, sección jurisprudencia aplicada a la práctica, mayo-junio de 2015, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 4110/2015.

JIMÉNEZ SEGADO, C., “Examen del Anteproyecto 2014 para ‘agilizar’ la justicia penal”, en *Diario La Ley*, número 8455, sección doctrina, 9 de enero de 2015, Editorial La Ley, La Ley 9238/2014.

LEAL MEDINA, J., “El tratamiento procesal y penal del ADN. Aspectos biológicos y jurídicos que definen su aplicación y las consecuencias que produce en el campo de la prueba”, en *Diario La Ley*, número 8190, Sección Doctrina, 13 de noviembre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-388, Editorial LA LEY, LA LEY 8486/2013.

MUÑOZ SABATÉ, L., “Sobre la práctica judicial de obtención de ADN”, en *Diario La Ley*, número 8471, sección tribuna, 2 de febrero de 2015, Editorial La Ley, La Ley 529/2015.

RICHARD GONZÁLEZ, M., “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”, en *Diario La Ley*, número 8445, sección tribuna, 19 de diciembre de 2014, Editorial La Ley, La Ley 8940/2014.

SARRIÓN ESTEVE, J. y CABEZUDO BAJO, M. J., “El intercambio de perfiles de ADN en la UE y la armonización de su nivel de protección: el plazo de cancelación de los perfiles en la base de datos”, en *La Ley*, edición número 1, Editorial La Ley, La Ley 7964/2012. Esta doctrina forma parte del libro *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*.

ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J., “La impugnación de la prueba de ADN por falta de asistencia letrada en la recogida de muestras del detenido (Análisis del Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014)”, en *Diario La Ley*, número 8748, sección doctrina, 25 de abril de 2016, Editorial La Ley, La Ley 2297/2016.