

# La asistencia letrada en las diligencias de investigación

JAVIER ÁNGEL FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO

Letrado de la Administración de Justicia  
Juzgado Central de Instrucción n.º 2 Audiencia Nacional  
Doctor en Derecho

## RESUMEN

*De la exigencia de los arts. 17.3.º y 24.2.º CE sobre la asistencia de Abogado en las diligencias judiciales y policiales no se deriva su necesaria e ineludible presencia en todos y cada uno de los actos de la instrucción penal. En los actos procesales en los que no es necesario garantizar la contradicción la intervención del defensor no deviene obligatoria. En el presente trabajo analizaremos, a la luz de la jurisprudencia del TC y TS, algunos de esos supuestos concretos.*

Palabras clave: *Asistencia letrada, detenido, investigado, instrucción.*

## ABSTRACT

*From the requirement of 17.3.º and 24.2.º articles of the Spanish Constitution on the assistance of Attorney in judicial and police inquiries is not derived their necessary and unavoidable presence in each and every one of the acts of the criminal investigation. In the procedural acts in which it is not necessary to ensure the contradiction, defender intervention does not become mandatory. In this paper we analyze, in the light of the jurisprudence of the Constitutional Court and Supreme Court, some of those specific cases.*

Keywords: *Defense attorney, arrested, inquired, judicial investigation.*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Cacheos.—3. Diligencia de entrada y registro.—4. Pruebas radiológicas.—5. Reconocimientos de identidad. 5.1. Reconocimientos fotográficos. 5.2. Reconocimiento en rueda. 5.3. Toma de fotografías de detenidos.—6. Declaración espontánea.—7. Prueba de escritura.—8. Toma de muestras de ADN. 8.1. Muestras abandonadas. 8.2. Muestras cuya obtención requiera un acto de intervención corporal. 8.2.1. Investigado no detenido. 8.2.2. Obtención de ADN del detenido para la averiguación de un delito concreto. 8.2.3. Obtención de ADN del detenido para su inclusión en una base de datos.—9. Conclusiones.—Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia constitucional (1) se ha producido una marcada imbricación entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, relegando a un plano subsidiario el derecho a la autodefensa del ciudadano. Esta refundición de dos derechos en uno obligó, en primer lugar, a establecer una nítida frontera de separación entre el derecho a la asistencia letrada a que se refiere el art. 17.3 CE y el previsto en su art. 24.2 (2). Así, mientras en el art. 17.3 CE se garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y sumariales y, por ende a quien privado de su libertad se encuentra ante la eventuali-

---

(1) La STC 30/1981, Sala 1.<sup>a</sup>, de 24.07.1981 (*BOE* núm. 193 de 13.08.1981; MP: Gloria Begué Cantón), declaró que el derecho a la defensa y asistencia de Letrado, consagrado en el art. 24.2 CE, «comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación». Doctrina que de modo más específico recoge la STC 18/1995, Sala 1.<sup>a</sup>, de 24.01.1995 (*BOE* núm. 50 de 28.02.1995; MP: Vicente Gimeno Sendra) al determinar que «el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 CE de acuerdo con el art. 6.3 CEDH y con el art. 14.3 del PIDCP, es, en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable».

(2) Como destaca SOTO NIETO, *La Ley*, p. 1, «la forma en que aparece redactado el art. 24.2 de la CE induce a concluir que el pensamiento del legislador constitucional alberga la idea del reconocimiento separado, aun partiendo de indudable interrelación, de un derecho fundamental a la defensa y de un derecho fundamental a la asistencia letrada». Para MORENO CATENA, 1989, p. 459, el derecho de defensa se realiza a través de la asistencia técnica, que «es para el defendido de una importancia tal que nuestra CE lo reconoce como un derecho independiente, aunque cabe al derecho de defensa».

dad de quedar sometido a un proceso penal (3), el art. 24.2 CE faculta al ciudadano para hacer uso de una defensa técnica en toda clase de procesos. La asistencia del art. 17.3 CE es un instrumento de salvaguarda del derecho a la libertad del detenido y no investigado (4). La asistencia del art. 24.2 CE es una garantía complementaria del derecho de defensa en juicio (5). Esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada guarda esencial paralelismo con los textos internacionales reguladores de los derechos humanos suscritos por España, aunque, en materia de asistencia letrada al detenido, nuestra CE es más amplia que dichos textos internacionales. El CEDH (6) proclama en su art. 5 el derecho a la libertad, señalando los derechos del detenido preventivamente, entre los cuales no se incluye el de asistencia letrada. Es en su art. 6 donde consagra el derecho al proceso debido, determinando los derechos del acusado con mención específica del derecho a ser asistido por un defensor de su elección. El mismo modelo se acoge, sin diferencias sustanciales, en los arts. 9 y 14 PIDCP (7), el primero de los cuales no comprende el derecho del detenido a la asistencia letrada, reconociéndose en el segundo para el acusado de un delito en los mismos términos establecidos en el 6 CEDH. Por consiguiente, en esos textos internacionales, tiene especial importancia la diferenciación entre detenido y acusado en relación con el derecho a la asistencia letrada y así lo evidencia también la

---

(3) La STC 107/1985, Sala 2.ª, de 7.10.1985 (*BOE* núm. 265 de 5.11.1985; MP: Francisco Rubio Llorente), despejó toda duda sobre el particular al declarar que «el art. 17.3 CE reconoce este derecho al detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 CE lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, y por tanto, en relación con el acusado o imputado».

(4) En este sentido OÑA NAVARRO, CDJ, p. 172; y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, CDP, pp. 120 y ss.

(5) STC 196/1987, Pleno, de 11.12.1987 (*BOE* núm. 7 de 8.01.1988; MP: Eugenio Díaz Eimil). DE LA OLIVA SANTOS, 2004, pp. 450 y ss., se decanta por no confundir el derecho de defensa letrada, que se refiere a la que requiere estar involucrado en un proceso, con el derecho a la asistencia letrada al simple detenido (art. 17.3 CE), con independencia de que la detención se incardine en un proceso ya iniciado o sea, por así decirlo, autónoma.

(6) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4.11.1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6.05.1963 y 20.01.1966, respectivamente, y ratificado por España mediante Instrumento de 4.10.1979 (*BOE* núm. 243, de 10.10.1979).

(7) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19.12.1966, ratificado por España mediante Instrumento de 20.04.1977 (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977).

doctrina del TEDH (8), que ha interpretado el término «acusado» del art. 6 en un sentido material y no formal. Y consecuencia de esa interpretación material es la consideración de que la acusación en ocasiones comienza con «el momento del arresto, de la inculpación o de la apertura de las investigaciones preliminares». En definitiva, si al detenido por la policía se le hace ya una imputación material (atribución, aunque sea indiciaria, de un hecho delictivo), deberá ser considerado acusado a los efectos de extenderle las garantías de los arts. 24.2 CE y 6 CEDH. Lo que no ocurrirá cuando la detención no suponga imputación, por ejemplo porque sea a efectos de identificación.

La necesidad de asistencia letrada en las diligencias de investigación, policiales o judiciales, que tienen lugar durante la fase de instrucción, sólo es preceptiva en aquellos casos en que la ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el investigado o procesado tenga que estar presente. El derecho de asistencia letrada al detenido, conforme a lo dispuesto en el art. 17.3 CE, se halla establecido para las diligencias policiales y judiciales «en los términos que la ley establezca» (9). En la práctica, el TC reclama dicha intervención en la detención (10) y en la prueba sumarial anticipada (11), actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la CE, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes. Pero, en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas

---

(8) SSTEDH, Sala, de 27.06.1966, Neumeister c. Austria (Solicitud núm. 1936/63); 27.02.1980, Deweer c. Bélgica (Solicitud núm. 6903/75); 13.05.1980, Ártico c. Italia (Solicitud núm. 6694/74); y 26.03.1982, Adolf c. Austria (Solicitud núm. 8269/78). Así en el caso Deweer se da un concepto general de «acusación» a estos efectos como «la notificación oficial, proveniente de la autoridad competente del reproche de haber cometido una infracción penal.»

(9) Para QUERALT JIMÉNEZ, *CGC*, p. 15, el 17.3 CE no limita «el número de diligencias policiales en las que quepa exigir el derecho de asistencia letrada, por lo que no sólo se circunscribe a las diligencias de declaración y de reconocimiento de identidad, y en consecuencia todas las demás diligencias que tengan que ver con el detenido deben contar con la presencia activa del abogado que le asista».

(10) SSTC 66/1989, Sala 1.ª, de 17.04.1989 (*BOE* núm. 119 de 19.05.1989; MP: Luis López Guerra); 47/1986, Sala 1.ª, de 21.04.1986 (*BOE* núm. 102 de 29.04.1986; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer); y 42/1982, Sala 2.ª, de 5.07.1982 (*BOE* núm. 185 de 4.08.1982; MP: Francisco Rubio Llorente).

(11) SSTC 80/1991, Sala 1.ª, de 15.04.1991 (*BOE* núm. 115 de 14.05.1991; MP: Luis López Guerra); 59/1991, Sala 1.ª, 14.03.1991 (*BOE* núm. 91 de 16.04.1991; MP: Francisco Tomás y Valiente); y 217/1989, Sala 1.ª, de 21.12.1989 (*BOE* núm. 10 de 11.01.1990; MP: Vicente Gimeno Sendra).

limitaciones derivadas del secreto de la fase de instrucción, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que tales diligencias hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado.

El TC (12) señala una triple finalidad a la exigencia de intervención del Abogado en la detención, que coincide con lo que podríamos llamar los tres elementos de su contenido esencial. Función de garantía, consistente en «asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración». Función probatoria, que se concreta en «comprobar, una vez realizados y concluidos los interrogatorios, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma». Y función de defensa, que estriba en un «asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio», así como en la «presencia activa del Letrado» en esos interrogatorios. Siendo esta última función la más relevante conforme a la doctrina del TC, que señala que «lo esencial del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarlo, no en la modalidad de designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la CE es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda».

El TS (13) destaca, en cuanto al derecho de defensa y a la asistencia letrada, que tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes y prevenir limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido por el art. 24.1 CE. En este sentido el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el art. 17.3 CE, adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el apartado primero del propio artículo y su función consiste en asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados y no sufra coacción o trato incompatible con su

---

(12) STC 38/2003, Sala 1.ª, de 27.02.2003 (*BOE* núm. 63 de 14.03.2003; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

(13) SSTS, Sala 2.ª, de 25.02.2014 (ROJ: STS 764/2014; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 199/2003, Sala 2.ª, de 10.11.2003 (*BOE* núm. 296 de 11.12.2003; MP: Pablo Cachón Villar); 229/1999, Sala 1.ª, de 13.12.1999 (*BOE* núm. 17 de 20.01.2000; MP: María Emilia Casas Baamonde; y 252/1994, Sala 1.ª, de 19.09.1994 (*BOE* núm. 252 de 21.10.1994; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

dignidad y libertad de declaración y que tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma (14).

En definitiva, de acuerdo con una reiterada praxis jurisprudencial (15) el art. 24.2 se refiere a la asistencia de Letrado para evitar la indefensión material que se originaría en aquellos casos en los que el investigado, por dicha causa, sufriera una manifiesta merma en sus garantías jurídicas. Se quiere, en definitiva, proteger y apoyar moralmente, o ayudar profesionalmente, al acusado (16). La finalidad de tal derecho es asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o de evitar limitaciones en la defensa que causen indefensión. Debe recordarse la diferencia entre la infracción de normas procesales de un lado y la indefensión de otro, pues esta sólo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos, «con menoscabo real y efectivo de los mismos» (17). De ahí que la falta de asistencia letrada provocará la indefensión, con los efectos consiguientes, si esa circunstancia ha causado o ha podido causar razonablemente un perjuicio a la parte, incluso habría de probarse el que racionalmente apareciera demostrado que la falta procesal cometida podía influenciar o cambiar el signo de la resolución adoptada. La función del Letrado principalmente es evitar la autoinculpación del detenido por ignorancia de los derechos que le asisten (18), bien entendida que de la exigencia de los arts. 17.3.º y 24.2.º CE sobre la asistencia de Abogado en las diligencias judiciales y policiales no se deriva su necesaria e ineludible presencia en todos y cada uno de los actos de instrucción. En los actos procesales en los que no es necesaria-

---

(14) Véase MORENO CATENA, 2011, p. 147.

(15) SSTS, Sala 2.ª, de 9.02.2001 (ROJ: STS 850/2001; MP: Roberto García-Calvo Montiel); 10.07.2000 (ROJ: STS 5638/2000; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar); y 10.10.1996 (ROJ: STS 5432/1996; MP: José Augusto de Vega Ruiz), entre otras.

(16) STC 107/1985, Sala 2.ª, de 7.10.1985, cit.

(17) STC 47/1987, Pleno, de 22.04.1987 (*BOE* núm. 107 de 5.05.1987; MP: Eugenio Díaz Eimil).

(18) SSTS, Sala 2.ª, de 18.07.2015 (ROJ: STS 2862/2015; MP: Carlos Granados Pérez); 8.05.2014 (ROJ: STS 2370/2014; Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 15.11.2002 (ROJ: STS 7596/2002; MP: José Aparicio Calvo-Rubio).

rio garantizar la contradicción, la intervención del defensor no deviene obligatoria (19).

## 2. CACHEOS

El denominado cacheo consistente en el registro de una persona para saber si oculta elementos, sustancias u objetos que puedan servir para la prueba de un delito (20). El cacheo, acompañado de la identificación, constituye por lo general la primera y más frecuente medida de intervención policial que indudablemente implica una medida coactiva que afecta, de alguna forma, tanto a la libertad (art. 17 CE), como a la libre circulación (art. 19 CE), en tanto que, como la identificación misma, comportan inevitablemente, la inmovilización durante el tiempo imprescindible para su práctica, y además, puede afectar a la intimidad personal (art. 18 CE), en la medida que sea practicado con exceso en cuanto a la justificación de su necesidad, al lugar en que se efectúe o el trato vejatorio y abusivo dispensado en él por los agentes actuantes, o incluso en la integridad corporal (art. 15 CE), en función de la violencia o vis coactiva aplicada en su práctica.

En cuanto a sus garantías el TS (21) ha distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el art. 17 CE y las meras retenciones o provisionálsimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas en principio contra la libertad ambulatoria o *strictu sensu*, tal y como sucede con las pruebas de alcoholemia, la identificación, los controles preventivos o el desplazamiento a dependencias policiales para ciertas diligencias. Y de forma unánime afirma que el cacheo se diferencia de forma esencial de la detención (22), pues es cuantitativamente reducido y

---

(19) SSTC 17/2004, Sala 1.<sup>a</sup>, de 23.02.2004. (BOE núm. 74 de 26.03.2004; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez); y 206/1991, Sala 1.<sup>a</sup>, de 30.10.1991 (BOE núm. 284 de 27.11.1991; MP: Vicente Gimeno Sendra). Asimismo SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 25.02.2014, cit.; y 19.12.1996 (ROJ: José Augusto de Vega Ruiz).

(20) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 11.11.1997 (ROJ: STS 6740/1997; MP: Luis Román Puerta Luis). DÍAZ CABIALE, *CDJ*, pp. 79-83, define los cacheos como «una intervención corporal llevada a cabo para descubrir el cuerpo del delito: la cosa objeto del mismo, los instrumentos utilizados para su comisión y piezas de convicción, mediante un registro externo del cuerpo y la indumentaria del sujeto».

(21) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 12.11.2013 (ROJ: STS 5418/2013; MP: Francisco Monteverde Ferrer); y 17.06.1999 (ROJ: STS 4302/1999; MP: Carlos Granados Pérez).

(22) MAGRO SERVET, *La Ley*, pp. 1822-1831, afirma que «no se puede hablar de detención cuando se practica el cacheo. El TS tiene declarado desde 1993 que

por esta razón no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo las exigencias previstas en la LECRIM para la detención. Por ello el cacheo es una actuación inmediata sobre el detenido que no exige asistencia letrada. En primer lugar, por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia. En segundo lugar, porque la presencia de Letrado no supone un plus de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios. No cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia. Y finalmente, el derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo. La mínima intervención corporal que el cacheo supone excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado. En cuanto al derecho a la intimidad, queda preservado si se cumplen tres condiciones: que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo; que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado; y que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes (23).

En definitiva, la práctica del cacheo no se exige asistencia de Letrado, ni información de derechos y del hecho investigado (24). Precisamente, por su naturaleza y finalidad, se trata de una diligencia que normalmente se practicará con carácter previo a la imputación inicial.

### 3. DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO

No se pronuncia el art. 569 LECRIM sobre si ha de estar o no presente el Abogado del interesado en la práctica de esta diligencia. Con-

---

existe la posibilidad de retener y llevar a efecto la práctica del cacheo sin que sea preciso detener formalmente a una persona para llevarlo a cabo con lectura de derechos y asistencia letrada».

(23) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 23.02.1994 (ROJ: STS 15827/1994; MP: José Hermenegildo Moyna Ménguez). Véase BANACLOCHE PALAO, 2015, p. 171.

(24) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 13.04.2009 (ROJ: STS 2375/2009; MP: Manuel Marchena Gómez); 9.05.2001 (ROJ: STS 3766/2001; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar); 16.03.2001 (ROJ: STS 2130/2001; MP: Joaquín Delgado García); y 31.03.2000 (ROJ: STS 2623/2000; MP: Adolfo Prego de Oliver Tolivar).

forme a una reiterada y pacífica doctrina del TS (25), se atribuye a la diligencia de entrada y registro domiciliario la condición de prueba preconstituida de naturaleza documental con plenos efectos en el juicio oral. Al tratarse de una actuación judicial que afecta a un derecho constitucional como es la inviolabilidad del domicilio, la validez de la diligencia requiere la observancia de las garantías precisas de orden constitucional, de suerte que no siendo el caso de delito flagrante o de consentimiento del interesado, la adopción de esta medida deberá acordarse en auto suficientemente motivado bajo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto es, adecuación a la investigación, imposibilidad de sustitución por otro medio de prueba menos gravoso y gravedad del delito investigado. De tal manera que la diligencia practicada con vulneración de exigencias y garantías constitucionales, determinará la nulidad radical e insubsanable de la misma y de sus resultados, es decir, del acto realizado y del acta que lo describe, mientras que la practicada cumpliendo las referidas reglas tiene pleno valor probatorio, desde la perspectiva constitucional (26).

Conforme al art. 569.4 LECRIM, el registro se practicará siempre en presencia del Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del servicio de guardia que le sustituya. El TS ha establecido reiteradamente que tal intervención de la fe pública judicial, como garante de autenticidad, reviste de certeza lo acontecido en el registro, garantizando la realidad de los hallazgos efectuados, así como que la intromisión en el derecho fundamental afectado se realizó dentro de los límites de la resolución judicial (27). La doctrina del TC (28) viene manteniendo de forma constante que el único requisito necesario y suficiente por sí solo para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro de un domicilio, fuera del consentimiento expreso de quien lo ocupa o la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice, de suerte que, una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y el registro se practiquen, las incidencias que

---

(25) SSTS, Sala 2.ª, de 8.03.2012 (ROJ: STS 1562/2012; MP: Cándido Conde-Pumpido Touron); y 17.03.2009 (ROJ: STS 1261/2009; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo).

(26) En este sentido, BANACLOCHE PALAO, 2015, p. 188.

(27) SSTS, Sala 2.ª, de 23.09.2003 (ROJ: STS 5681/2003; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar); y 12.04.2006 (ROJ: STS 2057/2006; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), entre otras muchas.

(28) SSTC 94/1999, Sala 2.ª, de 31.05.1999 (BOE núm. 154 de 29.06.1999); 228/1997, Sala 1.ª, de 16.12.1997 (BOE núm. 18 de 21.01.1998; MP: Pablo García Manzano); 290/1994, Sala 1.ª, de 27.10.1994 (BOE núm. 285 de 29.11.1994; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

en su curso se puedan producir y los defectos en que se incurra, se inscriben y generan efectos sólo en el plano de la legalidad ordinaria. Además, como indica el TS (29), la presencia del fedatario público produce la plenitud probatoria que se deriva de la fe pública, haciendo innecesaria la presencia de testigos adicionales. Así se ha establecido por una reiterada jurisprudencia (30), en la que se señala que la redacción posterior a la LOPJ del art. 569 LECRIM, deja intacto el valor probatorio de la diligencia cuando concurre el Letrado de la Administración de Justicia. Solamente, para los casos en que el acta levantada careciera de la fe pública, por la ausencia de dicho funcionario público, no alcanzando el carácter de prueba preconstituída por ello, el TS (31) ha indicado que el contenido del registro debe ser ratificado y adverdado en el acto del juicio oral por los funcionarios intervinientes, medio para su incorporación regular al acervo probatorio. Lo que *a sensu contrario* descarta tal necesidad cuando interviene el fedatario, conforme a las exigencias del art. 569 LECRIM tras la reforma operada por la Ley 22/1995 (32). Siendo así, no es preceptiva la presencia del Abogado del investigado en la práctica del registro, salvo los supuestos de declaración o diligencia de reconocimiento de la identidad del investigado (33). La presencia de un Letrado en la entrada y registro no es una exigencia derivada de la Ley Procesal Penal, que no regula ese derecho, pues no hay norma alguna que establezca esa asistencia en los registros domiciliarios (34), ni es una exigencia constitucional en la medida que los derechos fundamentales en juego aparecen protegidos con la disciplina de garantía que para la diligencia previene la Ley Procesal Penal (35). Lo que sí es necesario, según reiterada

---

(29) SSTS, Sala 2.ª, de 30.06.2000 (ROJ: STS 5379/2000; MP: José Antonio Martín Pallín).

(30) SSTS, Sala 2.ª, de 22.10.2013 (ROJ: STS 5060/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 8.03.2012, cit.; y 19.01.2007 (ROJ: STS 1025/2007; MP: Francisco Monteverde Ferrer).

(31) SSTS, Sala 2.ª, de 26.04.2012 (ROJ: STS 3027/2012; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); y 6.03.2000 (ROJ: STS 1773/2000; MP: Juan Saavedra Ruiz).

(32) Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios (*BOE* núm. 170, de 18.07.1995).

(33) Véase MOLINA PÉREZ, *AJEE*, pp. 136-142.

(34) En este sentido, entre otras, SSTS, Sala 2.ª, de 12.07.2005 (ROJ: STS 4698/2005; MP: Joaquín Delgado García); 2.04.2004 (ROJ: STS 2306/2004; MP: José Ramón Soriano Soriano); 16.05.2003 (ROJ: STS 3303/2003; MP: José Aparicio Calvo-Rubio); 26.02.2002 (ROJ: STS 1356/2002; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); y 11.06.2001 (ROJ: STS 4947/2001; MP: Carlos Granados Pérez).

(35) SSTS, Sala 2.ª, de 22.10.2010 (ROJ: STS 5630/2010; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 7.04.2004 (ROJ: STS 2411/2004; MP: José Aparicio Calvo Rubio). En igual sentido, STC 32/2003, Sala 1.ª, de 13.02.2003 (*BOE* núm. 55 de 13.02.2003; MP: Pablo García Manzano).

doctrina del TS (36), cuando se procede a un registro domiciliario y el afectado por tal diligencia se halle detenido, es que en ese registro se encuentre presente el propio investigado. No cabe proceder al mencionado registro dejando al detenido en las dependencias policiales (37).

Cuestión distinta es la práctica de una entrada y registro realizada directamente por la policía con sustento en el consentimiento del interesado, pues en tal caso, si está detenido, será imprescindible que dicho consentimiento se preste en presencia del Letrado del detenido, lo que así se hará constar por diligencia policial. El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un Letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza (38). Por tanto si el titular está detenido su consentimiento no será válido de carecer al concederlo de asistencia letrada (39). Si la asistencia de Letrado es necesaria para que este preste declaración estando detenido, también le es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que se ha venido denominándose «la intimidación ambiental» o «la coacción que la presencia de los agentes de la actividad representan» (40). Pero existiendo autorización judicial no es preceptiva la presencia de Letrado en las diligencias de entrada y registro, sin que se produzca indefensión

---

(36) STS, Sala 2.ª, de 14.11.2003 (ROJ: STS 7146/2003; MP: Enrique Bacigalupo Zapater).

(37) SSTS, Sala 2.ª, de 24.06.2009 (ROJ: STS 4682/2009; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 14.03.2006 (ROJ: STS 6328/2006; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(38) SSTS, Sala 2.ª, de 10.03.2014 (ROJ: STS 1402/2014; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 30.09.2013 (ROJ: STS 4761/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 2.12.1998 (ROJ: STS 7234/1998; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo).

(39) SSTS, Sala 2.ª, de 3.04.2001 (ROJ: STS 2769/2001; MP: Juan Saavedra Ruiz); y 23.1.1998 (ROJ: STS 345/1998; MP: José Augusto de Vega Ruiz), entre otras.

(40) SSTS, Sala 2.ª, de 17.03.2016 (ROJ: STS 1187/2016; MP: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro); 24.02.2015 (ROJ: STS 823/2015; Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 23.12.2014 (ROJ: STS 5752/2014; José Ramón Soriano Soriano); y 16.05.2000 (ROJ: STS 3929/2000; MP: Luis Román Puerta Luis), entre otras muchas.

alguna cuando se ha practicado dándose cumplimiento a los requisitos que de orden constitucional y de legislación ordinaria vienen establecidos (41).

Por consiguiente, conforme a lo expuesto, en este tema hay que distinguir tres situaciones bien distintas. En primer lugar, si se encuentra el titular del domicilio detenido en Comisaría es precisa la asistencia letrada cuando expresa su consentimiento (42). En segundo lugar, si no se encuentra detenido y se le interesa el consentimiento no es precisa la asistencia letrada (43). Finalmente, tampoco es precisa la asistencia letrada al acto de entrada y registro. No hay infracción del art. 17.3 CE por el hecho de no haber asistido Letrado al mencionado registro, pues el art. 520 LECRIM sólo prevé esa asistencia letrada al detenido para las diligencias policiales y judiciales de declaración, los reconocimientos de identidad de que fuera objeto, y las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido, no para las diligencias de registro. Para la intervención de Letrado en los actos de registro judicial ha de estarse a lo dispuesto en el art. 333 LECRIM, que prevé su asistencia si lo solicitara el procesado (44).

---

(41) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 26.04.2012, cit.; 27.10.2010 (ROJ: STS 6010/2010; Manuel Marchena Gómez); 23.11.2006 (ROJ: STS 7614/2006; Carlos Granados Pérez).

(42) La STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 13.03.2001 (ROJ: STS 1994/2001; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo), recoge que «alega el recurrente que el acusado autorizó, efectivamente, a los funcionarios policiales la entrada y registro de su domicilio, pero que dicha autorización se otorgó estando aquél en situación de detenido en Comisaría y sin la presencia del Letrado de Oficio que había sido solicitada al informársele de sus derechos. En estas condiciones, es aplicable la doctrina de esta Sala que declara la nulidad del consentimiento prestado al tratarse de un consentimiento viciado y carente de eficacia por cuanto la presencia de Abogado garantiza los derechos del detenido y se configura como elemento de legitimación de la autorización concedida y garante de la libertad decisoria del interesado y de su información sobre esa decisión».

(43) Se refleja tal criterio, por ejemplo, en la STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 27.11.2000 (ROJ: STS 8666/2000; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar) que señala que «cuando se trata de prestar el consentimiento a la entrada y registro del domicilio, la jurisprudencia ha distinguido según se encuentre o no detenido el titular del derecho que va a ser afectado, considerando que en caso de detención, tal consentimiento debe prestarse con asistencia letrada». El TS tiene repetido hasta la saciedad la innecesariedad de la presencia de Abogado en SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 26.10.2004 (ROJ: STS 6804/2004; Juan Ramón Soriano Soriano); 25.06.1998 (ROJ: STS 4255/1998; José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); y 25.02.1996 (ROJ: STS 6652/1996; MP: Gregorio García Ancos), entre otras muchas.

(44) En este sentido RIFÁ SOLER, 2006, p. 312, afirma que «no se exige la intervención de Abogado en la práctica de esta diligencia, por lo que su ausencia no la invalida. Ahora bien, si la diligencia se practica habiéndose producido ya la imputación debe dársele la oportunidad de asistir con Abogado».

#### 4. PRUEBAS RADIOLÓGICAS

Una primera posición jurisprudencial (45) estima que los exámenes radiológicos a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos, en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo, en la medida que suponen una inspección del cuerpo humano inciden directamente en el ámbito de la propia intimidad y como para su práctica es precisa la colaboración de la persona y la privación de su capacidad ambulatoria, ha de estimarse que la situación jurídica de la persona a la que se le somete a este control es en todo equivalente a la de detención, con la consecuencia de serle aplicable el estándar de garantías previsto en el art. 520 LECRIM, es decir, información de sus derechos y presencia de Letrado en toda diligencia policial en que dicha persona vaya a intervenir, y por tanto, presencia del Letrado en el examen radiológico, siendo consecuencia de la inexistencia de estas garantías la nulidad de toda la diligencia con las consecuencias correspondientes.

Una segunda posición (46), que se ha terminado imponiendo, distingue que dicho examen radiológico haya sido voluntariamente acep-

---

(45) Esta posición ha tenido su reflejo en diversas SSTs. En este sentido, la STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 9.10.1998 (ROJ: STS 5763/1998; MP: Enrique Bacigalupo Zapater), absolvió al acusado, súbdito colombiano que había sido condenado por la Audiencia Provincial por un delito contra la salud pública, pues aunque en las dependencias de la Guardia Civil del aeropuerto, prestó su consentimiento para la práctica de la radiografía que permitió descubrir en el interior de su cuerpo la droga transportada, no fue informado de sus derechos antes de ser practicada esta prueba decisiva en su contra, ni tampoco contó con asesoramiento Letrado. Asimismo la STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 10.06.1998 (ROJ: STS 3812/1998; MP: José Jiménez Villarejo), consideró que «la ausencia del Letrado en dicha diligencia constituye, sin duda alguna, una infracción de lo dispuesto en el art. 17.3, segundo inciso, de la CE y en el art. 520.2.e) LECRIM» No obstante, en el caso enjuiciado por esta última sentencia, esta evidente irregularidad no produjo indefensión alguna, «puesto que el acusado nunca con posterioridad negó que llevase bolas de cocaína en el interior de su organismo, y la práctica inmediata del examen radiológico determinó desde otro punto de vista, su urgente traslado a un centro sanitario ante el evidente riesgo que suponía la presencia de dicha sustancia en el intestino» y además, «el voluntario sometimiento a un examen por rayos X en modo alguno equivale a una declaración de culpabilidad».

(46) AATS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 16.03.2006 (ROJ: ATS 2995/2006; MP: Juan Saavedra Ruiz); 12.01.2006 (ROJ: ATS 94/2006; MP: José Manuel Maza Martín); y 28.04.2000 (ROJ: ATS 8567/2000; MP: Andrés Martínez Arrieta), entre otros: «El art. 17 CE consagra como derecho fundamental la libertad y prevé que nadie pueda ser privado de ella salvo en los supuestos que la ley establezca, regulando la LECRIM la detención por razón de delito y otras leyes orgánicas supuestos distintos de privación de libertad en los que no concurre la previa existencia de sospechas racionales de comisión de un delito (cfr. LO de Extranjería, Tratados Internacionales como el de la OACI, art. 420 LECRIM, CC respecto a incapaces, etc.).»

tado por la persona o bien esta se niegue. Para el caso de que la persona acepte voluntariamente el control radiológico, no haría falta ningún otro requisito, ya que sería la exteriorización de una decisión autónomamente aceptada por la persona que voluntariamente acepta, por lo que no sería situación semejante a la detención ni haría falta presencia de Letrado ni lectura de derechos. Si el resultado fuese positivo, es entonces cuando pudiera proceder la detención y lectura de derechos pero salvando el propio examen radiológico que siendo causa de la detención, queda extramuros de ella en virtud de la inicial y voluntaria aceptación del examen, y caso de ser negativo el resultado carecería de toda relevancia quedando relegado a una mera medida de control administrativa sin mayores consecuencias dado su resultado. Para el supuesto de que la persona concernida exprese su oposición al control radiológico, es decir, se niegue al examen, es entonces cuando el agente policial si lo estima justificado a las circunstancias del caso, podrá acordar la detención de dicha persona, y ya en ese *status detentionis*, proceder de conformidad con lo prevenido en el art. 520 LECRIM, del que se deriva la garantía de la presencia del Letrado en el examen radiológico (47).

Cuando los funcionarios encargados de la vigilancia fiscal en un aeropuerto privan de libertad deambulatoria a un viajero para comprobar el cumplimiento de la normativa de represión del contrabando, actúan en virtud de las facultades que el ordenamiento dispone para la vigilancia y entre ellas la privación de libertad deambulatoria. En ese marco se solicita el consentimiento a una exploración radiológica cuyo resultado determinará un distinto contenido de la subsiguiente actuación policial. La localización de efectos que pudieran ser constitutivos de un delito determinará la concurrencia de los presupuestos, conforme al art. 492 de la ley procesal, de una detención por razón de delito. Su ausencia, por el contrario, la finalización de la privación de libertad y, en su caso, del procedimiento de represión del contrabando.

La existencia de los indicios de la comisión de un hecho delictivo surge en el momento de la localización de cuerpos extraños en el intestino del viajero y es esa circunstancia la que determina la detención por razón de delito y, consiguientemente, la información de los derechos prevenidos en el art. 520 LECRIM. Las anteriores sospechas

---

(47) Según expresa MAGRO SERVET, La Ley, p. 1830, «para obtener una radiografía del sospechoso no es preciso practicar detención. Podrían plantearse problemas en los supuestos de oposición de la persona a la que se le debe practicar la radiografía, ya que en este caso se debe obtener autorización judicial del juez de guardia, salvo que exista riesgo para la salud de la persona en cuyo caso las razones de urgencia justificarían la inexistencia de autorización judicial».

que la fuerza policial pudiera tener no suponen los precisos indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo que sí podrían apreciarse tras el examen radiológico. De no entenderlo así, es decir, si se afirmara que el consentimiento a la exploración radiológica requiere la previa información de derechos del art. 520 LECRIM habría de partirse de la previa existencia de indicios racionales de comisión de un delito, precisamente cuando éstos no aparecen en los términos de racionalidad que la norma que habilita la detención por razón de delito exige. Su falta de concurrencia y, no obstante, la detención por razón de delito con información de derechos y el consentimiento prestado con asistencia letrada, determinaría la posible comisión de un delito de detención ilegal y, en todo caso, crearía un espacio de inseguridad especialmente grave (48).

Dos son, por tanto, los requisitos necesarios para que la exploración radiológica realizada sin previa información de derechos ni asistencia letrada sea constitucionalmente correcta y apta para ser valorada como prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia. En primer lugar, que la persona explorada no esté detenida, porque si lo estuviere le ampararían los derechos y garantías establecidos en el art. 17.3 CE. En segundo lugar, que preste libremente su consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que si no lo consintiere y fuere obligada por la fuerza a someterse a la prueba, desde ese mismo momento estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, con independencia de la posible restricción de otros derechos fundamentales que estarían en todo caso, bajo la tutela y salvaguarda de la autoridad judicial. Concurrentes esos dos requisitos 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 LECRIM (49).

---

(48) En este sentido, con fecha 5.02.1999, el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup> TS adoptó el siguiente Acuerdo: «Cuando una persona –normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero–, se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa detención con información de sus derechos».

(49) Doctrina recogida, entre otras, en STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 3.02.2000 (ROJ: STS 729/2000; MP: José Jiménez Villarejo), cuyo análisis aborda GASCÓN INCHAUSTI, *TJ*, pp. 1369-1374.

Además, para facilitar el posterior control judicial de esta situación, que ofrece una dinámica de actuación seriada en la que de forma más o menos rutinaria y aleatoria, los agentes policiales determinan qué personas de las que pasan por el control policial situado en el aeropuerto pueden ofrecer sospechas de ser portadores en sus equipajes o en su cuerpo de drogas, parece conveniente recordar que la presunción de inocencia también opera frente a las actuaciones o decisiones policiales, singularmente frente a aquellas que inciden en la capacidad ambulatoria de las personas limitándola, por lo que es preciso explicitar en el atestado las razones justificadoras de la intervención, eludiendo argumentaciones circulares que se centran en una sospecha indefinida. Asimismo, los agentes policiales, como primeros garantes del cumplimiento de las leyes y en concreto de los derechos de los ciudadanos, deben dejar constancia documental bastante del respeto a tales derechos, de forma que a posteriori se pueda comprobar, en caso de debate al respecto. Las concretas circunstancias y modus operandi de tales controles, y el no infrecuente escaso nivel de conocimiento del idioma, aconsejan un exquisito reflejo documental por parte de los agentes policiales de que en la invitación al control radiológico no existe ningún elemento coactivo difuso que pueda alterar la radical voluntariedad de la decisión de la persona, lo que puede ser de la mayor importancia en caso de posterior examen judicial por existir debate al respecto (50).

No obstante esta doctrina ha sido objeto de alguna matización por el TS (51), desestimando la solicitud del recurrente pidiendo la nulidad de la prueba porque al ser detenido en el aeropuerto y someterlo a una prueba radiológica no se le informó de sus derechos, dado que en tal momento no se disponía de intérprete. Dicho Tribunal estimó que los intentos de localizar a un intérprete para proceder a la lectura de los derechos del detenido fueron exhaustivos por parte de la policía, ante una situación de emergencia, urgencia o fuerza mayor, perfectamente diferenciable de un incumplimiento de lo que en modo alguno podía cumplirse. La obtención de la prueba de cargo no vulneró tal derecho, ya que la sustancia estupefaciente hubiera sido intervenida igualmente de haber conocido el idioma o disponer de intérprete, accediera el ofendido a la prueba de la diligencia o se opusiera a

---

(50) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 26.01.2000 (ROJ: STS 421/2000; MP: Joaquín Giménez García).

(51) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 3.07.2007 (ROJ: STS 4993/2007; MP: José Ramón Soriano Soriano).

ella (52). En síntesis podemos concluir que lo que no es posible ante una situación de emergencia 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.

## 5. RECONOCIMIENTOS DE IDENTIDAD

La diligencia de reconocimiento es una de las esenciales que normalmente deben practicarse en la fase de instrucción y, en su caso, deberá llevarse a efecto con las garantías previstas en la LECRIM (53), en la medida en que razonablemente puedan ser observadas, pues no siempre es posible hallar a otras personas de circunstancias exteriores semejantes. Pero, en cualquier caso, tiene carácter de subsidiaria, pues únicamente deberá practicarse cuando el Juez de Instrucción tenga dudas sobre la identificación del reo o por el mismo motivo lo pida alguna de las partes, con independencia de que, según ha declarado la jurisprudencia, cabe atribuir el mismo valor probatorio a otras formas de identificación del acusado, a efectos de enervar la presunción de inocencia (54). Así, no es infrecuente la identificación de los responsables de determinados hechos por medio de la prueba lofoscópica, cuando se han logrado revelar sus huellas dactilares en el lugar de los hechos. También cuando la víctima de algún hecho, acompañando a los agentes judiciales, reconoce al autor de la agresión que haya sufrido entre las personas que deambulan por la calle. No es infrecuente tampoco el caso en que la víctima conoce la identidad del autor de los hechos denunciados.

---

(52) Concluye la STS que «de haber podido entender y comprender lo que se le comunicaba con la lectura de derechos el ciudadano lituano pudo adoptar dos posiciones: acceder a la práctica de la prueba radiológica u oponerse a ella. En el primer caso las cosas se hubieran desarrollado como se desarrollaron en la realidad. En caso de negativa se hubiera comunicado de inmediato al juez instructor de guardia el cual, dada la urgencia del caso y vista la oposición del afectado, ponderando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las diligencias, hubiera podido acordar su práctica imperativamente y por auto motivado. Y sí todavía se resistía físicamente el recurrente, adoptar medidas para controlar la expulsión de las cápsulas, recogiendo el cuerpo del delito»

(53) Arts. 368 y ss.

(54) SSTs, Sala 2.ª, de 21.09.1988 (ROJ: STS 10614/1988; MP: Fernando Díaz Palos); y 18.11.1983 (ROJ: STS 547/1983; MP: José Hermenegildo Moyna Sánchez).

## 5.1 Reconocimientos fotográficos

En relación a los reconocimientos fotográficos en sede policial, por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación a veces imprescindible, porque no hay otra manera de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor. Entre las técnicas ampliamente permitidas a la Policía, como herramienta imprescindible para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra, por supuesto, la del denominado reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia del TS (55) como por la del TC (56), con ese específico alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias. Evidentemente, dicha diligencia originaria de identificación mediante imágenes fotográficas, debería, producirse, dada su innegable trascendencia, con estricto cumplimiento de una serie de requisitos (57), tendentes todos ellos a garantizar la fiabilidad y ausencia de contaminación por influencias externas, voluntarias o involuntarias, que pudieran producirse sobre el criterio expresado por quien lleva a cabo dicha identificación. En tal sentido, vienen requiriéndose los siguientes requisitos: a) La diligencia se lleve a cabo en las dependencias policiales, bajo la responsabilidad de los funcionarios, Instructor y Secretario, encargados del atestado, que fielmente habrán de documentarla; b) Se realice mediante la exhibición de un número lo más plural posible de clichés fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre sí ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc.), coincidentes con las ofrecidas inicialmente, en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación; c) De ser varias las personas convocadas a identificar, su intervención se produzca independientemente unas de otras, con la necesaria incomunicación entre ellas, con la lógica finalidad de evitar recíprocas

---

(55) SSTS, Sala 2.ª, de 8.06.2011 (ROJ: STS 4091/2011; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 18.03.2011 (ROJ: STS 1474/2011; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 18.05.2009 (ROJ: STS 3701/2009; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo).

(56) SSTC 340/2005, Sala 2.ª, de 20.12.2005 (BOE núm. 17 de 20.01.2006; MP: Vicente Conde Martín de Hijas); y 36/1995, Sala 1.ª, de 6.02.1995 (BOE núm. 59 de 10.03.1995; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

(57) Véase BELLOCH JULBE, 1989, pp. 193-210.

influencias y avalar la apariencia de acierto que supondría una posible coincidencia en la identificación por separado. Incluso en este sentido, para evitar más aún posibles interferencias, resulta aconsejable alterar el orden de exhibición de los fotogramas para cada una de esas intervenciones; d) Los funcionarios policiales se abstengan de dirigir a los participantes en la identificación cualquier sugerencia, o indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados; e) La documentación de la diligencia deberá incorporar al atestado la página del álbum exhibido donde se encuentra la fisonomía del identificado con la firma, sobre esa imagen, del declarante, así como cuantas manifestaciones de interés (certezas, dudas, reservas, ampliación de datos, etc.) este haya podido expresar al tiempo de llevar a cabo la identificación.

Este proceso se cierra, en dos diferentes fases ya de claro carácter procesal y, por ende, con posibilidad de plenos efectos en este ámbito, ante sendas Autoridades judiciales. De un lado, en nueva rueda, constituida y practicada con respeto a la norma procesal, ante el Juez de instrucción. De otro, con la posterior ratificación e interrogatorio contradictorio al respecto en el acto del juicio oral, a presencia del Juzgador a quien, en definitiva, compete la valoración sobre la credibilidad o el acierto de esa identificación. Por ello el reconocimiento fotográfico, como medio de investigación tiene razón de ser cuando no ha sido señalado ningún sospechoso o cuando ha sido señalado con dudas, con la finalidad de poder identificar a través de este medio al posible autor del delito investigado. Cuando ha sido señalado algún sospechoso con razonable seguridad debe procederse a la búsqueda del mismo para la práctica en su caso de una diligencia de reconocimiento en rueda. Por ello carece de sentido realizar un reconocimiento fotográfico cuando el sospechoso se encuentra detenido, pues en tales casos procede realizar el reconocimiento en rueda (58).

La necesidad de presencia de Letrado en los reconocimientos fotográficos ha sido valorada por la jurisprudencia (59), llegando a la conclusión de que no es precisa ni coherente la presencia de Letrado para asistir a las personas cuyas fotografías van a ser mostradas en una diligencia que pretende identificar, entre múltiples fotografías, a la persona sospechosa de haber cometido un delito, tratándose además

---

(58) SSTS, Sala 2.ª, de 21.09.2001 (ROJ: STS 7032/2001; MP: Joaquín Delgado García); y 22.12.1998 (ROJ: STS 7817/1998; MP: José Antonio Martín Pallín).

(59) SSTS, Sala 2.ª, de 25.09.2003 (ROJ: STS 6089/2003; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 19.10.1999 (ROJ: STS 6500/1999; MP: José Augusto de Vega Ruiz); y 10.05.1999 (ROJ: STS 4301/1999; MP: Carlos Granados Pérez).

de una simple diligencia de investigación. En este sentido el TS (60) recuerda que no se puede pretender que todas las personas cuyas fotografías sean mostradas estén físicamente presentes y asistidas de Letrado con ocasión de esa exhibición. A salvo quedaría la posibilidad de que se realizase un reconocimiento fotográfico cuando la persona sospechosa ya está detenida. En este supuesto si sería factible admitir que es precisa la presencia del que puede ser reconocido asistido de Letrado, pues cuando existe un sospechoso detenido si se sustrae la diligencia de identificación del control del Abogado defensor, puede comprometerse el derecho de defensa del investigado, si se tiende a sustituir el álbum de fotografías con el número más plural posible de clichés fotográficos por un número más reducido, sin dar oportunidad al Letrado de cómo controlar e impugnar la composición de la muestra fotográfica (61). El incumplimiento de tal formalidad podría provocar la nulidad de la diligencia pero ello no determinaría la nulidad del posterior reconocimiento en rueda cumpliendo las exigencias y garantías legales y constitucionales.

El derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes (62). La exhibición de varias fotografías de distintas personas a los testigos no constituye en realidad una diligencia de reconocimiento de identidad, sino una actuación previa de investigación, realizada generalmente por la Policía, con la finalidad de orientar adecuadamente las pesquisas encaminadas a la identificación del autor de los hechos. En realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción.

---

(60) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 1.03.2002 (ROJ: STS 1447/2002; MP: Joaquín Martín Canivell).

(61) La STC 36/1995, cit., otorgó amparo en supuesto de identificación por fotografías a quien ya se encontraba detenido por falta de neutralidad del investigador, dado que la propia testigo reconoció que ya antes del reconocimiento tuvo ocasión de ver a la acusada y que fue informada por los funcionarios policiales de que esta había sido detenida por la comisión de actos muy semejantes a los que se cometieron en relación con ella.

(62) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 29.05.2013 (ROJ: STS 2610/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 17.07.2008 (ROJ: STS 4587/2008; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); y 22.09.2003 (ROJ: STS 5599/2003; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

En definitiva, el reconocimiento fotográfico es un medio legítimo de iniciar la investigación policial, pero en modo alguno es medio de prueba por sí solo, para desvirtuar la presunción de inocencia (63). Cuando el art. 520.2 c) LECRIM concede el derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las correspondientes diligencias policiales y judiciales, se está refiriendo a aquellos casos en los que exista una persona detenida, presa o, al menos, directamente inculpada por los hechos concretos que van a ser objeto de las diligencias policiales o judiciales, pero no cuando se desconoce la identidad del sujeto activo del delito que se está investigando, diligencias que se inician precisamente con la exhibición de fotografías a los denunciante (64).

## 5.2 Reconocimiento en rueda

En cuanto a la diligencia de reconocimiento en rueda, la LECRIM, arts. 368 a 376, regula el procedimiento o diligencia de identificación por el que se pretende el reconocimiento visual a la persona contra la que se dirijan cargos o imputaciones por razón del delito, por el denunciante, con ciertas garantías que tienden a preservar la espontaneidad y sinceridad de la identificación, derivadas del método exigido, consistente en colocar al que debe ser reconocido entre otras personas de similares características físicas, a fin de evitar que aquel reconocimiento se vea inducido a converger sobre una única persona en virtud de meras apariencias creadas por la diligencia misma. En este sentido los arts. 368 y 369 LECRIM señalan que debería efectuarse poniendo a la vista del que hubiera de reconocer a la persona que haya de ser reconocida, en unión con otras de semejantes características exteriores, sin precisar el número total de integrantes, recogiendo las circunstancias del acto y los nombres de todos los que hubieran participado en la rueda o grupo en la diligencia, si bien cuando el art. 369 LECRIM, exige en cuanto a la rueda que haya «circunstancias exteriores semejantes», respecto de los que integren la rueda, ello no impide el que naturalmente, sean distintos entre sí, aun cuando sí se debe ser riguroso en el registro al protocolo del art. 369 LECRIM, en cuanto a la semejanza de los integrantes de la rueda porque es obvio que una rueda mal constituida por falta de esa semejanza puede

---

(63) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 19.09.1999 (ROJ: STS 6500/1999; MP: José Augusto de Vega Ruiz); y 7.03.1997 (ROJ: STS 1646/1997; MP: José Augusto de Vega Ruiz).

(64) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 28.06.1992 (ROJ: STS 5189/1992; MP: Gregorio García Ancos).

desembocar en un error de identificación y por tanto en un error judicial (65). De hecho en la práctica son numerosos los supuestos de alegaciones de vulneración del citado art. 369 por razón de la falta de semejanza entre los componentes de la rueda, ante lo que el TS (66) ha puesto de manifiesto que la exigencia de «circunstancias exteriores semejantes» no quiere decir «idénticas», lo que permite una interpretación amplia, de forma que cuando en el sujeto a reconocer concurre una peculiaridad física relevante (estatura, complexión física, edad, gafas, color de pelo, raza o etnias, etc.) que le diferencia de los demás integrantes, en orden a valorar la influencia que ello haya podido tener en la identificación, debe tomarse en consideración todas las circunstancias que lo rodearon.

La inexcusabilidad de la asistencia letrada como condición de validez de una rueda de reconocimiento ha sido reiteradamente declarada por el TS (67) con relación a los detenidos y presos. En ese sentido declara que el art. 520 LECRIM (68), establece el derecho, en favor de toda persona detenida o presa, a designar Abogado para que intervenga en todo reconocimiento de identidad, sin lo cual quedan afectados los derechos constitucionales del detenido, recogidos en los arts. 17.3 y 24 CE, con el efecto consiguiente de tener que considerar la diligencia de reconocimiento en rueda como inexistente e ineficaz para apoyar en ella el juicio de culpabilidad. En análogo sentido señala que la asistencia de Letrado, cuando de detenidos o presos se trata, es decir, de privados de libertad, se convierte en derecho irrenunciable salvo que se investiguen infracciones contra la seguridad del tráfico (69). La asistencia letrada no es en cambio un requisito de validez de las ruedas de reconocimiento que se practican con relación a investigados que, sin estar detenidos ni presos, han sido instruidos previamente de sus derechos según el art. 118 LECRIM, y voluntariamente se somete a la rueda identificativa sin ejercitar su derecho a la asistencia letrada, siempre en el ámbito de la instrucción sumarial propia-

---

(65) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 3.06.2009 (ROJ: STS 3687/2009; MP: Joaquín Giménez García).

(66) SSTs, Sala 2.<sup>a</sup>, de 8.07.2014 (ROJ: STS 3118/2014; MP: Francisco Monteverde Ferrer); 8.05.2014, cit.; y 28.09.1999 (ROJ: STS 5881/1999; MP: Roberto García-Calvo Montiel).

(67) SSTs, Sala 2.<sup>a</sup>, de 22.05.2001 (ROJ: STS 4217/2001; MP: Adolfo Prego de Oliver Tolivar); y 21.02.1995 (ROJ: STS 953/1995; MP: Joaquín Martín Canivell).

(68) A partir redacción conferida por la LO 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el art. 17.3 CE, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los arts. 520 y 527 LECRIM (*BOE* núm. 310, de 28.12.1983).

(69) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 25.06.1993 (ROJ: STS 16261/1993; MP: José Augusto de Vega Ruiz).

mente dicha y exceptuando por tanto los supuestos en que se trata la práctica de verdadera prueba anticipada destinada a ser valorada por sí misma en el juicio oral, en cuyo caso la asistencia letrada resulta inexcusable.

En definitiva, mientras que el detenido precisa forzosamente de la asistencia de Abogado en toda diligencia de identificación (art. 520 LECRIM), el investigado no privado de libertad tiene derecho a ejercitar su derecho a la defensa actuando en el procedimiento (art. 118 LECRIM) pero puede someterse, si así lo estima oportuno, a una rueda identificativa sin asistencia letrada, no teniendo entonces más valor que el de una mera diligencia sumarial carente de valor probatorio por sí misma, sin perjuicio de la identificación que pudiera hacerse, ya como prueba, en el acto del juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción, con la inexcusable asistencia de la defensa (70). En tal sentido, la doctrina del TS (71) mantiene la exigencia de la presencia letrada en el reconocimiento en rueda, en cuanto tal diligencia debe contener todas las garantías, pero ello no empece a su innecesariedad cuando en el momento cumbre del proceso, donde rigen plenamente los principios de publicidad, concentración e inmediación, el testigo reconoce al acusado con toda rotundidad. En tal caso la verdadera prueba queda integrada por la declaración hecha en juicio oral, con todas las garantías de la inmediación y la contradicción, siendo entonces irrelevante tanto la ausencia de rueda identificativa como la posible inobservancia de las condiciones legales de la practicada en el sumario, puesto que la identificación del juicio oral viene a integrar por sí misma una verdadera y autónoma prueba de cargo valorable por el Tribunal, como testifical. Cuando se trate, no de una formal ratificación de la rueda identificativa sumarial, sino de una reiteración de la identificación, que el testigo repite a la vista del acusado, afirmando que le reconoce en ese momento como el autor del hecho, su validez como prueba no queda afectada por las posibles irregularidades de la rueda identificativa sumarial.

### 5.3 Toma de fotografías de detenidos

La diligencia por la que los detenidos son obligados a ofrecer distintas poses para la práctica de un reportaje fotográfico fisonómico que sirva de base para la ulterior confección de un dictamen pericial,

---

(70) En este sentido, MARTÍN PALLÍN, *CDJ*, p. 159.

(71) STS, Sala 2.ª, de 2.02.1996 (ROJ: STS 591/1996; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

puede considerarse algo más que una diligencia de identificación. La actividad indagatoria de reportaje fisonómico puede significar una auténtica inspección y reconocimiento sobre el cuerpo del sospechoso, cuando tenga por objeto la búsqueda y localización de señas sobre la piel y la fisonomía del sujeto: rasgos, forma del cabello, marcas (lunares, tatuajes, agujeros de objetos colgantes o cicatrices, señales de nacimiento o manchas) y detalles diversos de su constitución. Esta diligencia policial tiene, desde luego, mayor grado de injerencia en el espacio de privacidad y/o dignidad reconocible a todo investigado que el que se produce, por ejemplo, en el momento de una reseña dactiloscópica o la toma de fotografías destinadas a su incorporación a un archivo o registro automatizado a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Si bien la práctica de esta diligencia no requiere autorización judicial, en atención a la menor entidad de la injerencia, dado el régimen de privación de libertad de las personas que son sometidas a la misma, sí resulta exigible la asistencia letrada, prevista en el art. 520. 2 c) LECRIM para «todo reconocimiento de identidad» (72). La validez de este razonamiento no queda afectada por el hecho de que la Directiva 2013/48/UE (73) limite en su art. 3.3.c) esa exigencia a los supuestos de práctica de ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones del hecho. No ya por su carácter de enumeración de mínimos, tal y como se desprende de la expresión «al menos» que incorpora el propio precepto, sino porque esas instantáneas constituyen elementos de una prueba pericial que, aun confeccionada en fase de investigación, puede resultar decisiva para la identificación de los responsables durante el desarrollo del plenario. Entra en juego así la vigencia del art. 476 LECRIM, que garantiza la contradicción, al menos la posibilidad de hacer valer la contradicción, en la elaboración del dictamen pericial. El legislador no ha querido que el informe pericial sea el resultado de una diligencia que, en la mayoría de las ocasiones, se incorpora a la causa sin el saludable filtro de la contradicción. Es cierto que este principio adquiere su verdadera dimensión en el acto del juicio oral. Sin embargo, el principio de contradicción, con todas las modulaciones que se quiera, no tiene por qué ser deste-

---

(72) STS, Sala 2.ª, de 7.03.2015 (ROJ: STS 812/2015; MP: Manuel Marchena Gómez).

(73) 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 (*DOUE* núm. L 294 de 6.11.2013)

rado de las diligencias sumariales que luego resultan trascendentes en el plenario. El propio TEDH (74) ha recordado la relevancia del principio de contradicción, incluso en la fase de investigación, en aquellas ocasiones en las que el dictamen pericial elaborado durante la instrucción, haya desplegado luego una influencia decisiva en la apreciación probatoria llevada a cabo por el Tribunal, llegando a estimar violación del derecho a un proceso justo la privación de la posibilidad de contradecir el informe de los expertos. En definitiva, la exigencia de una asistencia letrada efectiva, no puramente nominal, en las diligencias policiales de identificación que vayan más allá de una simple reseña fotográfica o dactiloscópica y que exijan del detenido una colaboración activa con los agentes que están acopiando los elementos de investigación indispensables para el esclarecimiento del hecho, constituye un requerimiento esencial, de modo singular, en aquellos casos en los que mediante esas instantáneas se realizan los primeros actos llamados a integrar el posterior dictamen pericial. Prescindir de ella puede conllevar, en función de las circunstancias que definan el caso concreto, el menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías (75).

## 6. DECLARACIÓN ESPONTÁNEA

En los supuestos en que el detenido, antes de que se persone su Abogado en la Comisaría, ofrezca datos reveladores para el esclarecimiento de los hechos, de forma espontánea, es posible que se tengan en cuenta a los efectos de determinar su participación en el delito enjuiciado. A

---

(74) STEDH, Sala, de 18.03.1997, Mantovanelli c. Francia (Solicitud núm. 21497/93).

(75) La STS, Sala 2.ª, de 21.11.2014 (ROJ: STS 5170/2014; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar), resuelve una alegación referida a la posible vulneración de los derechos de asistencia letrada y presunción de inocencia de un detenido, responsable de dos asesinatos intentados y una agresión sexual, cuya identificación, entre otros elementos de prueba, estuvo respaldada por una fotografía obtenida en comisaría del pene del detenido, cuya morfología había sido descrita por la víctima, expresando a tal efecto que «al practicar las fotografías del detenido se contó con su consentimiento, y aunque no conste si estuvo asistido de su abogado en ese momento, es lo cierto que, en su declaración judicial ante el Juzgado de Instrucción número 4 de Ciudad Real, con asistencia de letrado, admitió que era cierto que tiene tatuajes en el pecho, en el brazo y en el pene. Luego, una vez declarada la existencia de los tatuajes, con asistencia de letrado y ante el juez, lo que, por cierto, fue puesto también de manifiesto por sus más próximos parientes».

este respecto el TS (76) afirma que no existe obstáculo alguno para que los detenidos en una actuación policial proporcionen datos en caliente, de manera espontánea, libre y directa, que permitan continuar o completar la investigación y practicar detenciones preliminares, siempre que después estos datos se incorporen al atestado con todas las garantías legales y sean contrastados a lo largo de las actuaciones y en el momento del juicio oral. Una declaración espontánea, no supone vulneración de derechos fundamentales, pues en materia de infracción de la legalidad, hay que distinguir entre legalidad ordinaria y legalidad constitucional, y solo la vulneración de esta última, provoca las consecuencias previstas en el art. 11.1 LOPJ, según la dicción de dicho precepto. Por otra parte, si bien es cierto que el art. 17.3 CE, exige que toda persona detenida debe ser informada de sus derechos, garantizándose la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, sin embargo ninguna ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, determinadas manifestaciones a la autoridad o a sus agentes, confesando su culpabilidad e incluso ofreciéndose a colaborar con ellos, cualesquiera que puedan ser los móviles de su conducta o la finalidad perseguida (77), sea para evitar el agotamiento de la acción delictiva (78), sea para evitar la desaparición de los útiles, de los efectos o de los instrumentos de delito (79), sea para evitar la causación de perjuicios a terceras personas o para tratar de disminuir los efectos de la acción delictiva, por cuanto este tipo de conductas, cuya eficacia puede depender en muchos casos de la intervención urgente de los agentes de la autoridad, están expresamente previstas en la propia ley como circunstancias que pueden atenuar la responsabilidad de los delincuentes y que, en todo caso, procede potenciar en cuanto confluyentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social (80).

Por tanto, las declaraciones espontáneas de un detenido ante los funcionarios policiales, bien en dependencias policiales, bien en sus traslados, son consideradas aptas para enervar la presunción de ino-

---

(76) SSTS, Sala 2.ª, de 30.01.2014 (ROJ: STS 217/2014; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 25.09.2013 (ROJ: STS 4786/2013; MP: Carlos Granados Pérez); y 7.02.1996 (ROJ: STS 740/1996; MP: José Antonio Martín Pallín).

(77) SSTS, Sala 2.ª, de 20.03.2013 (ROJ: STS 3064/2013; MP: Antonio del Moral García); 25.01.2007 (ROJ: STS 772/2007; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 12.07.2004 (ROJ: STS 5000/2004; MP: Andrés Martínez Arrieta); y 7.02.2000 (ROJ: STS 796/2000; MP: Luis Román Puerta Luis).

(78) Por ejemplo la posibilidad de informar de la colocación de explosivos programados, de la pretensión de los implicados de matar a determinada persona, etc.

(79) Por ejemplo los casos de depósitos de armas o de explosivos, del cuerpo del delito, etc.

(80) Arts. 21.4.ª, 5.ª y 6.ª CP

cencia por la jurisprudencia (81). Ahora bien, las declaraciones del investigado o de los testigos, prestadas en sede policial y como tales incorporadas al correspondiente atestado, no tienen, por sí mismas, valor probatorio alguno, según reiterada doctrina jurisprudencial, tanto del TS (82) como del TC (83). Si bien, cosa distinta es que, compareciendo al juicio oral los funcionarios que se encontraban presentes en esas declaraciones, manifiesten, como testigos de ese concreto hecho y con estricto sometimiento a los principios básicos del procedimiento, en especial los de contradicción, intermediación y defensa, el que las mismas efectivamente se produjeron, ya que si bien el atestado policial no puede erigirse en medio de prueba, los extremos en él contenidos sí que pueden ser objeto de acreditación contradictoria (84). Semejante posibilidad es reconocida en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS de 28.11.2006, hoy vigente, en el que se afirma que «las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la Jurisprudencia» (85).

(81) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 11.04.2012 (ROJ: STS 3998/2012; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar); 26.01.2009 (ROJ: STS 85/2009; MP: José Antonio Martín Pallín); 12.04.2006; y 23.03.2005 (ROJ: STS 1847/2005; MP: Andrés Martínez Arrieta). Se consideran como tales: la comparecencia voluntaria ante los agentes; la manifestación que se produce espontáneamente, sin interrogatorio alguno, cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito; y la declaración no provocada, seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como, por ejemplo, cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Pero no se pueden considerar como tal las declaraciones que se producen en un interrogatorio policial preliminar, en sede policial, sin Abogado y sin previa información de derechos, y en respuesta a preguntas referidas específicamente al hecho delictivo investigado.

(82) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 6.11.2009 (ROJ: STS 7483/2009; MP: Adolfo Prego de Oliver Tolivar); y 14.06.2007 (ROJ: STS 4531/2007; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar).

(83) SSTC 7/1999, Sala 2.<sup>a</sup>, de 8.02.1999 (*BOE* núm. 48 de 25.02.1999; MP: Julio D. González Campos); y 153/1997, Sala 2.<sup>a</sup>, de 29.09.1997 (*BOE* núm. 260 de 30.10.1997; MP: Fernando García-Mon y González-Regueral).

(84) SSTC 188/2002, Sala 1.<sup>a</sup>, de 14.10.2002 (*BOE* núm. 271 de 12.11.2002); y 22/2000, Sala 2.<sup>a</sup>, de 31.01.2000 (*BOE* núm. 54 de 3.03.2000; MP: arles Viver Pi-Sunyer).

(85) En este sentido, la STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 18.07.2013 (ROJ: STS 4322/2013; MP: José Manuel Maza Martín), afirma el valor y eficacia probatoria de las manifestaciones en su día realizadas en Comisaría, acreditadas por los funcionarios policiales que se encontraban presentes cuando las mismas se produjeron.

Es preciso diferenciar entre lo que son manifestaciones espontáneas de un sospechoso a terceros o ante los agentes de la Policía (86), de lo que es una declaración oficial efectuada en sede policial, con asistencia de Letrado y previa advertencia de los derechos (87). En cuanto a las primeras no existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los terceros o funcionarios policiales que hayan recibido esas manifestaciones espontáneas del acusado, si bien aclarando que en cualquier caso el testimonio es de referencia *auditio alieno*, y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación del acusado. No puede aportar fehaciencia en cuanto a la realidad o veracidad del contenido de lo manifestado, lo que evidentemente queda ajeno a su conocimiento, pero es directo – *auditio proprio*– en cuanto al hecho en sí de haberse producido o exteriorizado por el acusado y de las circunstancias en que se produjo. En este extremo respecto a las manifestaciones espontáneas del acusado fuera del atestado, la doctrina del TS (88) precisa que el derecho a no declarar, que el investigado haya expresado a los investigadores policiales, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, porque lo prohibido es la indagación (89), antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales. La manifestación que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico y pueden ser concluyentes con los fines de la justicia, en definitiva, del interés social (90). Las manifestaciones que una persona efectúa en sede policial, tras haber sido detenida y antes de ser informada de sus derechos, realizadas voluntaria y espontáneamente, no pueden ser contrarias, sin más, al ordenamiento jurídico, a no ser que dichas manifestaciones fuesen recogidos por escrito en el atestado instruido con motivo de los hechos

---

(86) SSTS, Sala 2.ª, de 15.10.2014 (ROJ: STS 4622/2014; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 27.06.2014 (ROJ: STS 2819/2014; MP: Carlos Granados Pérez); y 17.10.2000 (ROJ: STS 7460/2000; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

(87) STS, Sala 2.ª, de 22.11.2011 (ROJ: 1236/2011; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(88) STS, Sala 2.ª, de 5.11.2008 (ROJ: STS 6095/2008; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(89) Las SSTEDH de 3.05.2001, JB c. Suiza, (núm. 3 1827/96); y 8.04.2004, Weh c. Austria, (núm. 38544/97), han declarado que el derecho a la no autoincriminación «presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada».

(90) STS, Sala 2.ª, de 21.01.2005 (ROJ: STS 217/2005; MP: Siro Francisco García Pérez).

y suscritas por el detenido, pues los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito este tipo de declaraciones hechas sin la previa información de los derechos que asisten al detenido, pero si así se hiciera la ilegalidad consiguiente tendría carácter de ordinaria y por lo tanto la prueba habría de conceptuarse de irregular, de manera que no deberá afectar a las restantes diligencias practicadas con pleno respeto a las exigencias legales y constitucionales (91). Por ello la jurisprudencia del TS (92) ha admitido la validez probatoria de la confesión extrajudicial, aunque ha exigido que se incorpore al juicio oral, y ser sometida a debate contradictorio con presencia de aquellos ante quienes se realizó, de forma que las partes hayan podido interrogarlos sobre ese extremo.

De la anterior doctrina jurisprudencial se puede concluir que si bien las manifestaciones espontáneas de un detenido en sede policial una vez informado de sus derechos, pueden formar parte del acervo probatorio, resulta evidente que en ningún caso podrán ser el único indicio de la participación del acusado. En efecto si se ha afirmado por el TC (93), que las declaraciones autoinculporatorias en sede policial asistido de Letrado, no son una prueba de confesión ni es diligencia sumarial, y no es posible fundamentar un pronunciamiento condenatorio con exclusivo apoyo en una declaración policial en la que su emisor hubiere reconocido su participación en los hechos que se le atribuyen, y si se ha sostenido con reiteración que las declaraciones heteroinculporatorias de los coacusados, incluso en sede judicial carecen de consistencia plena cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por datos externos (94), mucho menos valor

---

(91) STS, Sala 2.ª, de 31.10. 2007 (ROJ: STS 6914/2007; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(92) SSTS, Sala 2.ª, de 2.10.2003 (ROJ: STS 5932/2003; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); y 25.09.2000 (ROJ: STS 6715/2000; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

(93) SSTC 53/2013, Pleno, de 28.02.2013 (*BOE* núm. 73 de 26.03.2013; MP: Fernando Valdés Dal-Ré); y 68/2010, Sala 2.ª, de 18.10.2010 (*BOE* núm. 279 de 18.11.2010; MP: Elisa Pérez Vera). En igual sentido SSTS, Sala 2.ª, de 17.07.2013 (ROJ: STS 4293/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 21.05.2013 (ROJ: STS 3003/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 6.03.2013 (ROJ: STS 1277/2013; MP: Juan Saavedra Ruiz). 429/2013 de 21.5.

(94) SSTC 134/2009, Sala 1.ª, de 1.06.2009 (*BOE* núm. 159 de 2.07. 2009; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez); 125/2009, Sala 2.ª, de 18.05.2009 (*BOE* núm. 149 de 20.06.2009; MP: Pascual Sala Sánchez); y 57/2009, Sala 1.ª, de 9.03.2009 (*BOE* núm. 91 de 14.04.2009; MP: Manuel Aragón Reyes), entre otras.

deben tener estas manifestaciones espontáneas ante agentes de policía, sin asistencia letrada (95).

Asimismo el TS (96) excluye de la consideración de manifestaciones espontáneas las efectuadas por el acusado en presencia policial antes de su declaración formal con asistencia de Abogado, cuando constituyeron en realidad un interrogatorio sin Abogado. Las manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que admite la jurisprudencia que se valoren probatoriamente, si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la CE establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron, pero en ningún caso la provocaron.

## 7. PRUEBA DE ESCRITURA

Señala el TS (97) que, según el art. 391 LECRIM, el Juez puede pedir al procesado que escriba a su presencia algunas palabras o frases con el fin de poder luego practicar una pericial o dictamen caligráfico, lo que es muy importante en diversos delitos, principalmente falsedades. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 17.3 y 24.2 CE el investigado puede negarse a hacer ese cuerpo de escritura y ante esa negativa el Juez no puede hacer nada, sino intentar valerse de otras pruebas y hacer constar esa negativa (98). Estos derechos no se refie-

---

(95) Para CAMPANER MUÑOZ, *SEPIN*, p. 18, las declaraciones testificales de los investigadores policiales deben valorarse con suma cautela, en cuanto que surge, de modo inevitable, una sospecha objetiva de parcialidad en las mismas en aquellos casos en los que el policía no ha sido testigo presencial de un hecho por pura casualidad (como mero testigo pasivo), sino que sus declaraciones versan sobre hechos en los que ha intervenido activamente, mediante la realización de actos de investigación (erigiéndose en testigo activo). En este sentido apunta CLIMENT DURÁN, 2005, p. 159, que cabe apreciar en tales casos la posible concurrencia de un cierto interés policial en que el resultado de la expresada investigación se traduzca en una sentencia condenatoria.

(96) STS, Sala 2.ª, de 25.03.2014 (ROJ: STS 1215/2014; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

(97) STS, Sala 2.ª, de 9.11.2011 (ROJ: STS 7598/2011; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(98) STS, Sala 2.ª, de 14.10.2004 (ROJ: STS 6483/2004; MP: Enrique Bacigalupo Zapater), señala que el derecho a no declarar contra sí mismo y el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* constituyen derechos reconocidos en el art. 24.2 CE.

ren solo a las declaraciones autoinculpatorias, se refieren también a la inexistencia de obligación alguna del investigado de proporcionar ninguna clase de elementos a la acusación que pudieran servir para los fines de esta. Por esta razón, no existe obligación del inculpado de proporcionar ningún cuerpo de escritura que pueda servir para la práctica de una pericia caligráfica. El TS (99), tras recordar que la tutela judicial efectiva comporta y significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes mediante la oportunidad de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses, concluye que la asistencia de Letrado no es precisa para formar el cuerpo de escritura, sin que pueda olvidarse que no se trata de una declaración autoincurminatoria sino medio para verificar una pericial técnica de resultado incierto y, por consiguiente, como tiene declarado el TC (100), no está cubierto ni amparado por el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Parece obvio que la presencia letrada en el momento de realizarse el cuerpo de escritura es innecesaria, pues poco o nulo asesoramiento puede ser prestado, al tratarse de una diligencia estrictamente material y personalísima. Igualmente el Letrado podrá solicitar posteriormente la práctica de otra pericia distinta, por peritos de su elección o la ampliación o ratificación de la ya practicada, con lo cual se desvanece la posibilidad de una indefensión absoluta e insubsanable (101). En la elaboración del cuerpo de escritura la única presencia inexcusable es la del Letrado de la Administración de Justicia, que adviera y constata la realización del cuerpo de escritura y la veracidad de cuanto expone en la diligencia correspondiente como titular que es de la fe pública judicial. El hecho de prestarse a realizar un cuerpo de escritura para una prueba pericial caligráfica no constituye una diligencia de declaración ni, menos aún, una autoinculpación, por lo que no afectan a esos derechos fundamentales de orden procesal del art. 24.2 CE relativos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables (102). En ese momento de la obtención del cuerpo de escritura ni siquiera se sabe cuál va a ser el resultado de la prueba. La práctica de esta diligencia no constituye

---

(99) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 20.10.2004 (ROJ: STS 6607/2004; MP: Joaquín Delgado García); y 5.06.1998 (ROJ: STS 3683/1998; MP: Carlos Granados Pérez).

(100) SSTC 234/1997, Pleno, de 18.12.1997 (BOE núm. 18 de 21.01.1998; MP: Julio Diego González Campos); 161/1997, Pleno, de 2.10.1997 (BOE núm. 260 de 30.10.1997; MP: Carles Viver Pi-Sunyer); y 107/1985, cit.

(101) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 26.11.1998 (ROJ: STS 7071/1998; MP: José Augusto de Vega Ruiz).

(102) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 3.06.2014 (ROJ: STS 2665/2014; ROJ: STS 2665/2014; MP: Ana María Ferrer García); y 21.05.2013, cit.

actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos sino simple pericia de resultado incierto que con independencia de que su mecánica comitiva no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligación de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente su propia imputación penal ya que quien se ha sometido a estas pruebas no está haciendo una declaración de voluntad sin límite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad. En definitiva, la presencia del Letrado en el momento de formación material del cuerpo de escritura no es imprescindible en tanto que no supone modificación alguna de las posibilidades de defensa, dada la naturaleza y características de la diligencia (103).

## 8. TOMA DE MUESTRAS DE ADN

La incorporación de los avances de la tecnobiología al campo de la prueba penal, en concreto, del representado por la determinación y el examen del ADN a partir de los restos del material biológico eventualmente dejados por el autor o autores del delito en la víctima o en el escenario del mismo, ha supuesto un cambio de trascendencia ciertamente revolucionaria en los procedimientos de investigación, suscitando, a la vez, interrogantes jurídicos de no pequeño calado (104). De un lado, porque, en virtud de esas técnicas, el investigado se convierte en objeto pasivo de la averiguación probatoria, llevada a cabo ahora con medios extraordinariamente incisivos en su esfera más personal, en la medida en que están dotados de una capacidad de hacer hablar al cuerpo humano, en su materialidad, con una locuacidad inédita y en

---

(103) SSTS, Sala 2.ª, de 10.02.2009, (STS 607/2009; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); 20.10.2004, cit.; y 7.02.2002 (ROJ: STS 1609/2002; MP: Andrés Martínez Arrieta).

(104) Si en los comienzos y a consecuencia precisamente de la incidencia de esta prueba en los derechos fundamentales y el necesario respeto al principio de proporcionalidad se consideró indispensable la convergencia de indicios de racionalidad suficientes, en la actualidad este requisito se ha atenuado notablemente derivando en la mera conjunción de sospechas en torno a una persona. La regulación española puede considerarse un buen ejemplo de esta tendencia, en cuanto el art. 363.3 LECRIM se refiere a la obtención de muestras biológicas del sospechoso, que conforme expresa SOLETO MUÑOZ, 2013, p. 338, «no dejaría de ser una (...) persona que tiene probabilidades de ser imputada, de la misma manera que el imputado las tendría de ser acusado».

términos de una extraordinaria fertilidad informativa, que podría ser eficazmente de cargo. De otro lado porque, precisamente por esto, tales medios y procedimientos inciden con la misma extraordinaria capacidad, en la esfera jurídica del sujeto, y podrían hacerlo prescindiendo incluso de su colaboración. Siendo así, es claro, comprometen sensiblemente la libertad personal, en todas sus implicaciones.

Como premisa de partida desde el punto de vista funcional es necesario precisar que el ADN puede clasificarse como codificante en referencia a los genes con información para la síntesis de proteínas, y no codificante en referencia a las regiones de ADN cuya secuencia no aporta información directa para la síntesis de proteínas y por lo tanto de su estudio no se obtiene información alguna de las características físicas o fenotípicas del sujeto (predisposición individual de padecer enfermedades de base genética) (105). Los marcadores del ADN codificante aportan una información excesiva e íntima del sujeto: su huella o herencia genética, rasgos físicos, enfermedades congénitas o predisposición a contraer determinadas enfermedades. El conocimiento de esta información afecta sin discusión a la intimidad de la persona. El perfil del ADN no codificante consiste en cambio en una serie de números que confirman un código anónimo diferenciador de los que no se puede descubrir ningún dato relativo al contenido genético de la persona. De hecho la información que aportan carece de valor hasta ser contrastada con otro perfil procedente de muestra dubitada. La LO 10/2007 (106), a efectos de identificación los análisis de la cadena de ADN, se ciñe al estudio de los marcadores del ADN no codificante, que solo contienen información sobre identidad y sexo (107).

---

(105) Véase ETXEBERRIA GURIDI, 2000, pp. 61 y 190. En igual sentido, SOLETO MUÑOZ, 2009, pp. 102 y ss.; e IGLESIAS CANLE, 2003, pp. 18 y ss.

(106) LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (*BOE* núm. 242, de 9.10.2007). Como advierte PRIETO RAMÍREZ, *La Ley*, p. 26, debería haberse afrontado de forma coherente una reforma de la LECRIM. Para FIGUEROA NAVARRO, *La Ley*, p. 11, esta LO, si bien ha venido a despejar algunas dudas, ha desaprovechado la oportunidad de establecer una regulación más específica y adecuada sobre la materia.

(107) La Exposición de Motivos de esta Ley indica que «esta regulación contiene una salvaguarda muy especial que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que solo podrán ser suscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores exclusivamente de la identidad del sujeto –la misma que ofrece una huella dactilar– y del sexo, pero en ningún caso los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética». Y en el art. 4 de la Ley se insiste en que solo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en la Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionan exclusivamente información reveladora de la identidad de la persona y su sexo (ADN no codificante) pero no los perfiles que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética.

Efectuada esta precisión previa hemos de partir de las siguientes distinciones fundamentales: En primer lugar, si se trata de recoger muestras genéticas abandonadas, o si por el contrario se hace preciso para su extracción un acto de injerencia corporal. Asimismo, dentro de este segundo supuesto, una cosa es la obtención de ADN identificativo para comparar en la averiguación de un delito concreto en el que tal dato puede ser primordial, al ser el detenido sospechoso y haberse encontrado restos biológicos en el lugar de los hechos o en la víctima, y otra cosa es la obtención de aquel ADN de un detenido, con su consentimiento, para elaborar una base de datos en aras a la averiguación de otros delitos cometidos o por cometer, esto es, distintos de los que motivó aquella detención.

### 8.1 Muestras abandonadas

Cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la policía judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial (108). A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. En este sentido se pronuncia el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup> TS de 31.01.2006, conforme al cual «la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial» (109). Esta tesis es plena-

---

(108) El art. 326 LECRIM establece que el Juez adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de las muestras se cotejen en las circunstancias que aseguren su fiabilidad. Para ROMEO CASABONA, 2010, p. 93, lo que realmente se establece en la literalidad de este precepto es que «la recogida, custodia y examen de esas muestras o vestigios deberá contar con la autorización y control judicial, sin perjuicio, naturalmente de que todo ello se lleve a cabo con la diligencia y cautela exigibles».

(109) Este Acuerdo ha sido aplicado en numerosas SSTS, pudiéndose citar al efecto las SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 3.12.2009 (ROJ: STS 7710/2009; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 27.06.2006 (ROJ: STS 4075/2006; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 20.12.2006 (ROJ: STS 8275/2006; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo).

mente congruente con el art. 126 CE, que impone a la Policía Judicial la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le atribuye la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría. Y precisamente para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, como expresamente se recoge en el art. 282 LECRIM, que faculta a la Policía Judicial para «recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial». Se trata, en definitiva, de actos de investigación policial que los arts. 282 y 770.3 LECRIM atribuyen a la Policía Judicial y que el art. 11.1.g) LO 2/1986, otorga a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. En suma, el descubrimiento y recogida de objetos para su ulterior examen en busca de huellas, perfiles genéticos, restos de sangre u otras actuaciones de similar naturaleza, son tareas que exigen una especialización técnica de la que gozan los funcionarios de la Policía científica a los que compete la realización de tales investigaciones, sin perjuicio de que las conclusiones de las mismas habrán de acceder al Tribunal sentenciador para que, sometidas a contradicción puedan alcanzar el valor de pruebas (110).

En estos supuestos, es decir, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio investigado, no será exigible la asistencia letrada, aun detenido, tal y como reiteradamente mantiene la jurisprudencia del TS (111). En estas circunstancias será más fácil para la Policía Judicial acudir al subterfugio de las muestras abandonadas, incluso provocando su abandono, simplemente, por ejemplo, invitando a fumar al sospechoso para luego recoger su colilla abando-

---

(110) Esta interpretación jurisprudencial, que buscaba integrar la estricta literalidad de los arts. 326 y 363 LECRIM con los principios constitucionales que informan nuestro sistema de investigación y enjuiciamiento, se ha visto confirmada por la ya citada LO 10/2007, que en su DA 3.<sup>a</sup>, a la que el propio texto adjudica el carácter de ley orgánica, establece que «para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECRIM».

(111) SSTs, Sala 2.<sup>a</sup>, de 3.12.2015 (ROJ: STS 5117/2015; ROJ: Manuel Marchena Gómez); 10.07.2013 (ROJ: STS 4006/2013; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); y 25.10.2011 (ROJ: STS 7287/2011; Manuel Marchena Gómez), entre otras.

nada u ofreciéndole un vaso de agua para luego recoger sus restos de saliva (112), que impetrar el auxilio judicial (113). La situación actual conduce a prever que el recurso a las muestras abandonadas se acabará imponiendo en la práctica, máxime cuando las actuales investigaciones sobre el ADN permiten su análisis en restos genéticos cada vez menores (114). En cualquier caso, la recogida de la muestra tiene en todo caso y como finalidad inmediata el análisis de la misma de cara a la obtención del perfil biológico, por lo que corresponderá siempre a la autoridad judicial ordenar la realización del análisis de la muestra (115).

---

(112) Así, por ejemplo, el 13.08.2010, el diario *El País* informaba que el ADN que se recogió en la Audiencia Nacional de una botella de agua de la que bebió el acusado del asesinato del jefe de la Policía Municipal de Andoain (Guipúzcoa), tras su comparecencia ante el Juez, coincidía con el que se encontró en la taza de café que bebió en el bar el asesino mientras esperaba que se vaciara el local donde estaba desayunando la víctima. Con anterioridad se habían obtenido otras muestras indubitadas del sospechoso de otra botella de agua que había dejado abandonada en la barra del bar donde se la había bebido. Prueba de ADN que resultó esencial para la condena del acusado, tal como es de ver en la STS, Sala 2.ª, de 9.07.2012 (ROJ: STS 4844/2012; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar), desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria SAN, Sala 1.ª, Sec. 3.ª, de 7.12.2011 (ROJ: SAN 5452/2011; MP: M.ª de los Ángeles Barreiro Avellaneda).

(113) A favor de esta práctica, ARMENTEROS LEÓN, *La Ley*, p. 1887.

(114) Las técnicas actuales de análisis genéticos, cada vez más sensibles, permiten incrementar el tipo y el número de posibles muestras biológicas susceptibles de ser identificadas por ADN. No en vano, cualquier célula sirve para identificar a una persona, como advierte LORENTE ACOSTA, 2004, p. 16.

(115) Esta también parece ser la opción del ordenamiento alemán, cuyo art. 81 StPO prevé la realización de análisis sobre muestras obtenidas directamente del cuerpo del interesado y sobre vestigios encontrados, si bien la competencia para ordenar dichos análisis compete exclusivamente al juez. A estos efectos hemos de traer a colación la STC 199/2013, Pleno, de 5.12.2013 (*BOE* núm. 7 de 8.01.2014; MP: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel), que versa sobre los siguientes hechos: La Policía Autónoma vasca practica un análisis de ADN a partir de la recogida subrepticia de un esputo arrojado en una celda por una persona detenida como sospechosa de la comisión de un hecho delictivo en el marco de la *kale borroka*. Sin mediar autorización judicial, el ADN obtenido tras el análisis de la muestra fue posteriormente cotejado con un perfil genético obtenido a partir de los restos biológicos hallados en una prenda encontrada en el lugar de la comisión del delito investigado. Una vez obtenidos los resultados e identificado el sospechoso como autor de los hechos, el análisis fue puesto a disposición judicial para su incorporación al proceso. Los órganos judiciales ordinarios validaron la actuación policial carente de intervención judicial, dando lugar a sentencia condenatoria sobre el luego recurrente en amparo ante el Constitucional. Esta STC concluye que no se requiere autorización judicial para obtener perfil de ADN meramente identificador respecto a vestigios abandonados por el sospechoso; que existe una escasa incidencia material en su intimidad por realizarse el análisis sobre regiones no codificantes de ADN y para una

## 8.2 Muestras cuya obtención requiera un acto de intervención corporal

Cuando se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del investigado, el consentimiento de este actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del investigado o este niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. En estos supuestos, a efectos de determinar la necesidad o no de la asistencia letrada en la prestación del consentimiento, hemos de distinguir si el investigado se encuentra o no detenido, y asimismo, caso de encontrarse detenido, habremos de diferenciar según sea la finalidad a la que pretende ser destinada la muestra obtenida, la investigación de un delito concreto o su inclusión en la base datos creada por la LO 10/2007.

---

comparación neutral y exclusivamente identificativa del perfil del ADN; y asimismo una nula afectación al derecho a la autodeterminación informativa ya que la identificación del acusado no se produjo por incorporación del perfil genético a una base de datos de personas sospechosas sino de su comparación con los perfiles de personas desconocidas a partir de los vestigios hallados en el lugar de los hechos delictivos. En la misma se formularon dos votos particulares. En el primero (Adela Asua Batarrita), se concluye, tras analizar la legalidad constitucional de la toma subrepticia de muestras biológicas de un detenido para contrastar prospectivamente con muestras anónimas tomada con ocasión de la comisión de otros hechos delictivos, y tras analizar si resulta correcta la evitación del control judicial del acto investigador aplicable por uso analógico del único precepto vigente a la fecha de los hechos con aptitud para amparar la actuación –art. 363 LECRIM en redacción vigente a la fecha de los hechos–, lo siguiente: la realización de los análisis de las muestras de saliva ordenadas por la policía sin contar con habilitación legal al efecto, supuso una invasión de la esfera privada del recurrente, llevada a cabo sin su consentimiento ni su conocimiento, sin autorización judicial y sin haberse acreditado la urgente necesidad de la intervención policial y no habiéndose emitido en las resoluciones impugnadas juicio alguno acerca de la proporcionalidad de la medida adoptada, por lo que habría que haber concluido que se lesionó el art. 18.1 CE, en relación a la intimidad personal, así como el derecho a un proceso con todas las garantías al haberse utilizado el análisis de ADN como elemento probatorio en el proceso. En el segundo voto particular (Andrés Ollero Tassara) se señala que la sentencia ha perdido una estupenda oportunidad para sentar doctrina sobre la posible incidencia en la protección derivada del art. 18.4 del almacenamiento de datos personales de titular no identificado, pero recogidos precisamente para hacer posible su identificación, sin la exigible cobertura legal. La alusión a que «tampoco consta que el perfil haya sido utilizado para una finalidad distinta de aquella para la que se obtuvo» resulta poco inteligible, por no existir ley previa que indicara cuál habría de ser dicha finalidad.

### 8.2.1 INVESTIGADO NO DETENIDO

La expresión del consentimiento cuando el investigado no se encuentre detenido no precisará la asistencia de Letrado (116), tal y como se desprende del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS de 24.09.2012, conforme al cual «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 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» (117).

La alegación de falta de consentimiento exigirá al investigado demostrar que la actuación del Estado a través de los agentes de policía desbordó el espacio de intimidad que toda persona, detenida o no, preserva frente a los poderes públicos. La oposición del investigado ha de constar de forma inequívoca (118). Afirmar que no se consiente y, pese a todo, permitir la toma de una muestra salival mediante torunda, se concilia mal con la reivindicación de la propia intimidad supuestamente vulnerada. La prestación del consentimiento puede ser, no sólo tácita, sino también mediante actos concluyentes (119). El

---

(116) ROMEO CASABONA, 2010, p. 194, propone que su presencia sea preceptiva cuando el investigado así lo demandare.

(117) Para RICHARD GONZÁLEZ, *La Ley*, p. 4, no debemos tener en cuenta lo establecido en este Acuerdo, «en tanto que carece de sentido, ya que de ningún modo el derecho de defensa del sospechoso detenido puede quedar mediatizado por lo establecido en este Acuerdo».

(118) Para DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 1997, p. 264, el consentimiento del sujeto afectado por la medida ha de ser libremente prestado y consciente de sus efectos, lo que se garantiza además con la asistencia de abogado, pues en otro caso se podría tratar de un consentimiento viciado que haría la prueba ineficaz o nula. GUZMÁN FLUJA, 2006, p. 359, justifica la presencia de la defensa letrada por la mayor garantía que ello supone para la posición del inculpado en cuanto toma conocimiento directo de los procesos y resultados y puede sobre la marcha hacer las observaciones y sugerencias que crean oportunas, pedir la repetición de los análisis si es posible, solicitar la aplicación de otras técnicas.

(119) Así, en la STC 196/2004, Sala 1.<sup>a</sup>, de 15.11.2004 (*BOE* núm. 306 de 21.12.2004; MP: Javier Delgado Barrio), en que se analizaba si un reconocimiento médico realizado a un trabajador había afectado a su intimidad personal, se reconoce no sólo la eficacia del consentimiento prestado verbalmente, sino además la del derivado de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad. También llegan esta conclusión las SSTC 22/1984, Sala 2.<sup>a</sup>, de 17.02.1984 (*BOE* núm. 59 de 9.03.1984; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León), y 209/2007, de 24 de septiembre, en supuestos referentes al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE,

alcance del consentimiento del interesado, cuando de lo que se trata es de aceptar voluntariamente una relación de los mecanismos de exclusión que cada uno de nosotros define frente a terceros y los poderes públicos, ha sido también abordado por la jurisprudencia constitucional (120) expresando que «el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno» (121), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento. Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto «aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida» (122). Este criterio ha inspirado la toma de muestras del ya condenado, en los términos previstos en el art. 129 bis CP. De ahí que cobre especial importancia que la negativa del investigado o condenado a prestarse voluntariamente a esa diligencia, se exteriorice de tal forma que no admita interpretaciones sobrevenidas, cuando ya es inviable el contraste, basadas en la falta de aceptación de lo que, sin embargo, resultó finalmente aceptado.

#### 8.2.2 OBTENCIÓN DE ADN DEL DETENIDO PARA LA AVERIGUACIÓN DE UN DELITO CONCRETO

Frente a la doctrina anterior (123), que había declarado que la asistencia letrada únicamente es preceptiva en «aquellos casos en que la Ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente» y por lo tanto no venía exigiendo la asis-

---

manifestando en la primera que este consentimiento no necesita ser expreso, y en la segunda que, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar no podrá entenderse como un consentimiento tácito.

(120) SSTC 173/2011, Sala 2.ª, de 7.11.2011 (*BOE* núm. 294 de 7.12.2011; MP: Eugeni Gay Montalvo); 196/2006, Sala 1.ª, de 3.07.2006 (*BOE* núm. 185 de 4.08.2006; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez); y 83/2002, Sala 1.ª, de 22.04.2002 (*BOE* núm. 122 de 22.05.2002; MP: Pablo García Manzano).

(121) STC 159/2009, Sala 2.ª, de 29.06.2009 (*BOE* núm. 181 de 28.07.2009; MP: Vicente Conde Martín de Hijas).

(122) SSTC 70/2009, Sala 1.ª, de 23.03.2009 (*BOE* núm. 102 de 27.04.2009; MP: María Emilia Casas Baamonde); y 206/2007, Sala 1.ª, de 24.09.2007 (*BOE* núm. 261 de 31.10.2007; MP: Manuel Aragón Reyes).

(123) Recogida entre otras en SSTC 32/2003, cit.; y SSTS, Sala 2.ª, de 20.04.2012 (ROJ: MP: José Manuel Maza Martín); 3.12.2008 (ROJ: STS 7078/2008; MP: Joaquín Delgado García); 12.07.2005, cit.; 2.04.2004, cit.; y 16.05.2003, cit.

tencia letrada en la toma de muestras al detenido con su consentimiento, a partir de la STS de 7.07.2010 (124) se suceden pronunciamientos jurisprudenciales (125) en esta materia, en los que, a modo de *obiter dicta*, se exige la asistencia letrada al detenido para que preste consentimiento para la obtención de muestras biológicas para análisis de ADN. En estos supuestos, por analogía con lo que sucede en el supuesto de los registros domiciliarios, esta línea jurisprudencial entiende que el consentimiento del afectado debe ser consentimiento asistido (126), pues se trata de una garantía potencial del derecho de defensa en y frente al posible resultado de una diligencia de investigación, que, de ser incriminatorio, difícilmente podría discutirse luego de forma contradictoria en el juicio (127). Y en la perspectiva de la garantía del derecho a la intimidad domiciliaria, importaría poco que la actuación fuera de la norma hubiese estado exclusivamente dirigida a un fin representativo de una mínima, incluso insignificante, afectación de aquel, dado que la previsión de tutela es incondicionada y no está sujeta a ninguna valoración de esa índole. Tal es también, en general, el punto de vista del TS (128), en lo relativo a la validez del consentimiento prestado por el detenido, cuando de él depende la afectación

---

(124) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 7.07.2010 (ROJ: STS 3971/2010; MP: Manuel Marchena Gómez).

(125) Este criterio ha sido seguido en las SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, 10.12.2013, cit., que mantiene con rotundidad que «en suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la determinación de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24.2 CE). Así se desprende además de lo previsto en el art. 767 LECRIM»; 9.05.2011 (ROJ: STS 3334/2011; MP: Luciano Varela Castro); 25.10.2011, cit.

(126) Por todas, SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 23.10.2001 (ROJ: STS 8181/2001; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez); y 21.01.1999 (ROJ: STS 219/1999; MP: Eduardo Moner Muñoz).

(127) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 11.11.2014 (ROJ: STS 4722/2014; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez).

(128) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 7.07.2010, cit.; y 25.10.2011, cit., en el sentido de «la exigencia de asistencia letrada para la obtención de muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido cuando estos sean necesarios para la definición de su perfil genético». Es lo que explica el énfasis advertible en dos expresivos pasajes de esta última STS. A saber, el que resalta «la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva», dado que la incorporación al registro policial «no es cuestión menor». Y el que reza, «en suma, conviene insistir en la exigencia de la asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido cuando estos sean necesario para la definición de su perfil genético».

a alguno de sus derechos fundamentales. Y esta es igualmente la opción acogida por el prelegislador de 2013, que en el art. 284 de la Propuesta de Texto Articulado de Código Procesal Penal (129), que regula las intervenciones corporales, prevé que aquellas «intervenciones corporales que tengan por objeto la toma de muestras destinadas a la práctica de análisis médicos o biológicos y que no exijan acceder a zonas íntimas, podrán ser realizadas si el sospechoso prestare su consentimiento. Si se hallare cautelarmente privado de libertad, el consentimiento habrá de prestarse con asistencia y previo asesoramiento de Letrado». Sin embargo, la línea jurisprudencial citada no era del todo uniforme, pues otras resoluciones (130) no han exigido la asistencia letrada con la misma rotundidad. El diferente planteamiento dado por el propio TS dio lugar a que la cuestión fuera objeto de debate y al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 24.09.2014 que estableció 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».

### 8.2.3 OBTENCIÓN DE ADN DEL DETENIDO PARA SU INCLUSIÓN EN UNA BASE DE DATOS

En el caso de la obtención del ADN de un detenido, con su consentimiento, para elaborar una base de datos en aras a la averiguación de otros delitos cometidos o por cometer, esto es, distintos de los que motivó aquella detención, existe una corriente jurisprudencial del TS (131), conforme a la cual la toma de muestras de ADN mediante frotis bucal no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos meramente identificativos, entendidos estos como identifica-

---

(129) Presentado por el Ministerio de Justicia con fecha 25.02.2013.

(130) Así la STS, Sala 2.ª, de 10.10.2013 (ROJ: STS 5078/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) dice: «es cierto que *obiter dicta* diversas sentencias de esta Sala Segunda, SSTS 685/2010 de 7.7, 353/2011 de 7.7, 827/2011 de 25.10, se refieren a que en caso de detenidos es necesario que éstos cuenten con asistencia letrada para prestar el consentimiento, aun cuando la STS 1204/2012 de 14.2 recuerda que el TS solo se ha pronunciado sobre la cuestión de la validez probatoria de la pericia cuando la muestra ha sido obtenida sin la intervención de un letrado asesor del imputado de forma más bien incidental, sin tener en cuenta 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 incriminatoria de cargo».

(131) STS, Sala 2.ª, de 9.10.2013 (ROJ: STS 5078/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

ción genética de ADN no codificante (132), salvo levemente al derecho a la intimidad, el cual puede verse limitado en aras a la investigación penal, incluso sin autorización judicial (133). Para este sector jurisprudencial es irracional pensar que esta toma de muestras afecta al derecho a la integridad física, olvidando que esta tiene un contenido más trascendente que el mero desprendimiento del frotis bucal de unas microscópicas células, las cuales con frecuencia se desprenden del cuerpo humano sin ninguna intervención corporal en el procedimiento permanente de regeneración celular que tiene el organismo humano. La LO 10/2007 tanto en su exposición de motivos, que compara la huella genética con la huella dactilar, como en su articulado, expresa que para preservar el derecho a la intimidad sólo se permite la inscripción en la base de datos de ADN no codificante a los solos efectos identificativos (134), relevantes para la identidad y el sexo, sin que puedan revelarse otros datos genéticos (enfermedades, antecedentes familiares, etc.) (135).

En lo que hace al régimen jurídico de la toma de muestras biológicas a detenidos para la determinación del perfil genético no codificante y su inscripción en la correspondiente base de datos, la Recomendación núm. 1 (1992) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, sobre la utilización del análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la Administración de Justicia Penal (136), no contempla la asistencia letrada. Tampoco los arts. 326, 363, y 778,3.º LECRIM, ni la DA 3.ª LO 10/2007. La Directiva 2013/48/UE (137) consideran preceptiva esa asistencia

---

(132) SSTS, Sala 2.ª, de 22.02.2010 (ROJ: STS 913/2010; MP: Manuel Marchena Gómez); 4.10.2006 (ROJ: STS 6190/2006; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 14.10.2005 (ROJ: STS 6158/2005; MP: José Antonio Martín Pallín).

(133) SSTS, Sala 2.ª, de 15.03.2006 (ROJ: STS 2148/2006; MP: Carlos Granados Pérez); 14.04.2005 (ROJ: STS 2299/2005; MP: Andrés Martínez Arrieta); y 9.02.2001, cit.

(134) Conforme al art. 4 LO 10/2007 «sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo».

(135) Según ROMEO CASABONA, 2010, p. 30, los perfiles de ADN indican, entre otras informaciones de carácter personal, el sexo de la persona, su etnia y su filiación y/o paternidad e, incluso, tratándose de marcadores no genéticos, pueden aportar pistas muy relevantes sobre anomalías, enfermedades o patologías del sujeto examinado.

(136) Aprobada por el Comité de Ministros el 10.02.1992 en la 470.ª reunión de Ministros adjuntos.

(137) Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22.10.2013, 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

para la obtención de muestras biológicas de detenidos, cuya previsión con ese carácter sí se recomienda a los estados miembros en el caso de ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de los hechos. Del examen del referido Acuerdo del Pleno de la Sala 2.<sup>a</sup> TS y de la jurisprudencia del TS puede concluirse que la asistencia letrada solo es exigible en los supuestos en que la ley lo prevea, y esta previsión no concurre en el caso de la prestación del consentimiento para la toma de muestras biológicas para la determinación del ADN no codificante, con destino al registro de referencia (138).

La toma de muestra de ADN no codificante no es un interrogatorio ni un reconocimiento de identidad (139), solo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación en cuya práctica no está prevista la asistencia letrada, sino el consentimiento informado del afectado y en caso de negativa la autorización judicial. Por ello, no es equiparable a la asistencia letrada al detenido cuando se le solicita el consentimiento para la entrada y registro domiciliario, que la jurisprudencia exige porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar a la articulación de su defensa en ese concreto proceso penal en que está detenido, por lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y el alcance del acto de naturaleza procesal que realiza (140). Además el resultado de la pericial es inequívocamente favorable si se descarta la coincidencia del perfil genético del detenido con el dubitado (141) y altamente desfavorable si se aprecia su coincidencia en unos índices muy altos (142). En consecuencia, no se puede afirmar que sea una diligencia netamente incriminatoria, extremo sobre el que hay unánime acuerdo jurisprudencial. De ahí que si es

---

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 (*DOUE* núm. L 294/1 de 6.11.2013).

(138) DOLZ LAGO, *La Ley*, p. 2, (Fiscal del TS y miembro de la Comisión Nacional para uso de ADN), se muestra contrario a la exigencia de asistencia letrada al detenido para recabar el consentimiento en la toma de muestras para inclusión en la base.

(139) Véase por ejemplo, la forma analógica jurisprudencial TC sobre pruebas de alcoholemia, desde la STC 103/85, Sala 2.<sup>a</sup>, de 4.10.1985 (*BOE* núm. 265 de 5.11.1985; MP: Jerónimo Arozamena Sierra).

(140) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 2.12.1998, cit.; y 16.05.2000, cit.

(141) SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 9.10.2013, cit.; 2.02.2010 (ROJ: STS 925/2010; MP: Adolfo Prego de Oliver Tolivar); y 16.07.2009 (ROJ: STS 4850/2009; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(142) Expresado desde la primera sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS sobre el ADN, STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 13.07.1992 (ROJ: STS 14808/1992; MP: Enrique Ruiz Vadillo).

ambivalente, y puede también favorecer al detenido no debería extermarse las garantías derivadas de la asistencia letrada (143).

Recientemente el TC (144), en un supuesto en el que a un detenido en Comisaria se le realizó un frotis bucal con un hisopo de algodón, con su consentimiento pero sin presencia de Abogado, tras descartar la vulneración del derecho a la intimidad personal en relación a la queja de no haber estado asistido de Letrado durante la diligencia de obtención de la muestra biológica, declaró que el detenido fue informado de su derecho a ser asistido de Letrado, con carácter previo a la práctica de la diligencia policial de obtención de la muestra biológica, a pesar de lo cual en el momento en que se llevó a cabo esta diligencia no solicitó su presencia, y concluyó desestimando la queja en relación con el derecho a la intimidad personal, y el derecho a la asistencia letrada.

El citado Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS contiene un segundo pronunciamiento según el cual, la protesta de invalidez de la inclusión en el registro del ADN de un sujeto, basada en la falta de asistencia letrada a este en el momento de prestar su consentimiento para la obtención del material biológico con esa finalidad, solo será atendible y producirá efectos en otra causa cuando ese cuestionamiento se haya producido durante la fase de instrucción (145). La razón de ser de esta exigencia (146) es doble, pues por un lado guarda relación con el deber de buena fe o lealtad procesal consagrado en el art. 11.1.º LOPJ, que priva de legitimidad a las tácticas dirigidas a impedir el desarrollo del principio de contradicción, que debería regir de forma incondicionada en relación con la totalidad de las pretensiones parciales. Y, por otro, mira a hacer posible, en caso de negativa del requerido a prestar el consentimiento de la DA 3.<sup>a</sup> LO 10/2007 el

---

(143) SOLETO MUÑOZ, 2009, pp. 112 y 113, afirma que la condición de imputado otorga el derecho de defensa a la persona que soporta la investigación penal, que incluye el derecho de asistencia letrada. El sospechoso, conforme a la LECRIM no gozará de tal derecho. De este modo, la falta de necesidad de asistencia de abogado para la prestación de consentimiento, se justifica en la poca relevancia de la toma de muestras.

(144) STC 135/2014, Sala 1.<sup>a</sup>, de 8.09.2014 (*BOE* núm. 243 de 7.10.2014; MP: Luis Ignacio Ortega Álvarez).

(145) En realidad, este Acuerdo tiene idéntico fundamento de principio que el de fecha 26.05.2009, según el cual, cuando la legitimidad de la información de cargo obtenida merced a un medio probatorio, dependa de la de los antecedentes de este producidos en otra causa, el interesado en cuestionarla deberá hacerlo en un momento procesal que permita someter el asunto a un debate contradictorio.

(146) Exigencia expresada, entre otras, en SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 24.06.2010 (ROJ: STS 3856/2010; MP: Andrés Martínez Arrieta); 22.02.2010, cit.; y 4.02.2003 (ROJ: STS 651/2003; MP: José Antonio Martín Pallín).

recurso a la autorización judicial para la toma de muestras, previsto en la misma.

En definitiva, para esta corriente jurisprudencial expuesta, puede concluirse que el consentimiento para la toma de muestras biológicas encaminada a la obtención de ADN no codificante de una persona detenida cuando no esté orientada a la práctica de una prueba pertinente para el esclarecimiento del hecho que justificó la detención, sino a los efectos de su inclusión en la base de datos policiales sobre identificadores a partir del ADN, no requiere la asistencia letrada. No obstante la falta de asistencia letrada permitirá al afectado ejercer, conforme a la legislación reguladora del derecho de protección de datos, los derechos de información, acceso y cancelación del asiento practicado (147). 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 resulte indispensable, sin perjuicio del derecho del investigado a su impugnación o interesar una prueba pericial contradictoria. Impugnación que deberá verificarse en fase de instrucción y no en el acto del juicio oral (148).

Encontramos otra línea jurisprudencial del TS (149) conforme a la cual el acceso a la base de datos creada por la LO 10/2007, solo puede tener lugar, válidamente, previo consentimiento del investigado con la correspondiente asistencia letrada o, a falta de esta y previa información en todo caso de sus derechos, previa autorización judicial, pues, a pesar de la sencillez y relativa inocuidad del modo de acceso a la materia prima idónea para la determinación del ADN, lo cierto es que este, como recinto, encierra una información genética de extraordinaria amplitud y riqueza de datos personalísimos, que es lo que lo convierte en un ámbito digno del máximo de protección (150). Al igual que, por ejemplo, el domicilio, en tanto que espacio privilegiado de ejercicio de la intimidad, se encuentra tute-

---

(147) LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (*BOE* núm. 298, de 14/12/1999).

(148) En este sentido SSTS, Sala 2.ª, de 24.07.2015 (ROJ: STS 3513/2015; Francisco Monteverde Ferrer); 10.10.2013, cit.; así como el voto particular formulado por el expresado Magistrado en relación con la STS, Sala 2.ª, de 11.11.2014.

(149) SSTS, Sala 2.ª, de 11.11.2014 (ROJ: STS 4722/2014; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez); 10.12.2013 (ROJ: STS 6351/2013; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 7.07.2010, cit.; y 25.10.2011.

(150) Para MIRANDA ESTRAMPES/NIEVA FENOLL, *RDGH*, pp. 119-134, «la potencialidad investigadora del vestigio biológico es tan grande que la lesión de derechos fundamentales que comporta solamente puede ser practicada en una persona que previamente ha sido advertida de tal lesión».

lado frente a todo tipo de invasiones, incluidas las que pudieran producir un efecto banal en sus consecuencias últimas. Cuando el procedimiento de extracción del material biológico se concreta en la simple introducción de una torunda en la boca del sujeto, con esta intervención corporal, a pesar de su sencillez, lo que se requiere del afectado no es tanto un «hacer» como un «sufrir», que demanda una mínima colaboración, de la que no se derivará efecto negativo alguno para la integridad física y, menos aún, para la salud. Asimismo, al contrario de lo que sucede, por ejemplo en el supuesto de las extracciones de sangre, tal actuación no quiebra y ni siquiera altera objetivamente los límites del organismo con el exterior, pues no establece entre ambos ningún tipo de continuidad. Pero, de una parte, lo cierto es que la boca es una cavidad del cuerpo que se mantiene regularmente oculta frente a terceros, y en la que nadie consiente intromisiones ajenas, salvo con fines terapéuticos. Es, pues, un reducto íntimo del sujeto, al que, ya solo por eso, se extiende la garantía del art. 18 CE, que lo convierte en ámbito constitucionalmente protegido (151). Y, por otro lado, ese primer objeto de tutela está en estrechísima relación con ese otro, ciertamente nuclear de la persona, representado por su patrimonio genético. Por eso, la relevancia jurídica de una intervención como la que se considera, no puede abordarse únicamente bajo el prisma del grado de afectación de la región anatómica concernida, ni tampoco medirse por el significado práctico del objeto final perseguido, esto es, la comparación de ciertos datos a efectos de la sola determinación de la identidad, sino que debe evaluarse la calidad, sensibilidad y potencial trascendencia del caudal de datos al que aquella franquea objetivamente el acceso. Tanto que la cantidad de información personal contenida en las muestras celulares conduce a considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho a la vida privada, de suerte que poco importa que las autoridades extraigan o utilicen solo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN. Porque 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. La incorporación de algún segmento de aquellos perfiles a una base de datos policial constituye una suerte de preconstitución de prueba a perpetua memoria, eventualmente de cargo, de particular relevancia, en contra de quien, por eso, accederá a una genérica y abierta condición de sospechoso. Porque tal es el fin de ese modo de

---

(151) STC 199/2013, Pleno, de 5.12.2013, cit.

operar, y no la innecesaria identificación de alguien, que ya está perfectamente identificado en la causa en la que se toma la muestra biológica para la determinación del ADN no codificante y su incorporación al registro policial. Por eso, y por analogía con lo que sucede en el supuesto de los registros domiciliarios, el consentimiento del afectado detenido debe ser consentimiento asistido, pues se trata de una garantía potencial del derecho de defensa en y frente al posible resultado de una diligencia de investigación, que, de ser incriminatorio, difícilmente podría discutirse luego de forma contradictoria en el juicio. Y en la perspectiva de la garantía del derecho a la intimidad domiciliaria importaría poco que la actuación fuera de la norma hubiese estado exclusivamente dirigida a un fin representativo de una mínima, incluso insignificante, afectación de aquel, dado que la previsión de tutela es incondicionada y no está sujeta a ninguna valoración de esa índole.

Para esta línea jurisprudencial, este criterio tiene indudable respaldo legal en la DA 3.<sup>a</sup> LO 10/2007, que prevé que, en defecto de consentimiento del afectado, se precisará autorización judicial. Así, un consentimiento que, a juicio del legislador, tiene que suplirse de forma tan garantizada, es porque deberá ser consentimiento informado, consciente y libre. La importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva, dado que la incorporación al registro policial no es cuestión menor. En suma, insiste esta corriente doctrinal, en la exigencia de la asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido cuando estos sean necesarios para la definición de su perfil genético.

Esta última es la opción del legislador plasmada en la reforma introducida por la LO 13/2015 (152), que ha dado nueva redacción al art. 520 LECRIM. En este sentido, el apartado 6.º, letra c) incluye expresamente que la asistencia del abogado consistirá en «informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten». Y añade el párrafo segundo que «si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el juez de instrucción, a

---

(152) LO 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 investigación tecnológica (BOE núm. 239, de 6.10.2015).

instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

En cualquier caso, conforme a la jurisprudencia del TS (153) las consecuencias de la infracción de algunos de los presupuestos exigidos en la obtención de muestras de ADN, –consentimiento, autorización judicial o asistencia letrada si el investigado se halla detenido–, sólo podrá ser el resultado de la ponderación del caso concreto y de las circunstancias que lo individualicen.

## 9. CONCLUSIONES

1. El derecho a la asistencia letrada, reconocido en los arts. 17.3 y 24.2 CE, no puede ser interpretado unitariamente por la diversa función que la garantía cumple en atención al bien jurídico protegido. El art. 17.3 reconoce este derecho al detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad, mientras que el art. 24.2 lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva como garantía del proceso debido a todo acusado o investigado. La asistencia letrada se configura en la Ley Procesal Penal de forma preceptiva en determinados supuestos, tanto para los detenidos o presos, como para los investigados, designándoles Abogado de oficio cuando no lo hubiesen nombrado por sí mismo y lo solicitaran o no tuviesen aptitud legal para hacerlo. En todo caso, cuando la causa llegue a tal estado en que se necesite el consejo del Letrado, o haya de intentarse algún recurso que hiciese indispensable su actuación, el órgano jurisdiccional debe requerir al interesado para que designe Abogado, o nombrársele del turno de oficio, si una vez requerido aquél no lo hiciese. El TS añade que de la exigencia de tal principio de asistencia letrada no se deriva la ineludible y necesaria presencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios, habiendo reclamado tan sólo tal intervención profesional en la detención y en la prueba anticipada, pero en los demás actos y con independencia de que se haya de proveer de Abogado al preso o detenido y de que el defensor puede participar libremente en las diligencias sumariales, con las únicas excepciones derivadas del secreto de la instrucción, la intervención del Letrado no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales

---

(153) STS, Sala 2.<sup>a</sup>, de 7.07.2010, cit.

diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor.

2. La práctica de la diligencia de cacheo no precisa de asistencia letrada, ni aún tratándose de un detenido, pues se trata de una actuación inmediata que ha de cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia. La asistencia de Letrado no supone un plus de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios. No cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia.

3. La intervención de Letrado en los registros domiciliarios no es exigida ni por el art. 17.3 CE ni por los Pactos Internacionales suscritos por España, distinguiéndose al respecto tres situaciones. Si el titular del domicilio fruto de la diligencia de entrada y registro se encuentra detenido se requerirá de la presencia de Abogado para que el consentimiento otorgado resulte válido. Si se otorga consentimiento por el titular del domicilio para que se practique la diligencia de entrada y registro y este no se encuentra detenido, se dota de validez a la diligencia. Durante el desarrollo de la diligencia de entrada y registro tampoco se requiere de la presencia de Letrado.

4. El examen radiológico a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos españoles en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo, no es por sí misma una detención, ni comporta que necesariamente esta previamente se haya practicado. Se trata de un mero control dentro de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva que, cuando se realiza voluntariamente, a instancias de los Agentes que solicitan del pasajero ser examinado, prestándose este voluntariamente a la comprobación interesada, no entraña limitación o constricción forzosa de la libre deambulacion, propia de una verdadera detención, por lo mismo que no lo es tampoco la momentánea interrupción que soporta el peatón a quien se le pide la identificación personal, o el conductor a quien se ordena parar para someterse a la prueba de alcoholemia. Se trata en todos estos casos de actos administrativos en el ámbito de las relaciones de prevención policial y seguridad, en los que la orden dada por el Agente pasa por la aceptación del administrado para la lícita realización de la comprobación perseguida. Otra cosa es que tras su realiza-

ción decida entonces el Agente, a la vista de la existencia de indicios de criminalidad, detener al interesado, o bien que el examen radiológico se haya llevado a cabo estando ya el interesado detenido previamente. Será entonces cuando, por su condición de detenido, resultará inexcusable la previa información de derechos y la asistencia letrada, lo que no sucede cuando el sujeto, no estando aún detenido se somete voluntariamente al examen radiológico.

5. Los reconocimientos de identidad efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado.

6. Aun cuando el art. 17.3 CE exige que toda persona detenida debe ser informada de sus derechos, garantizándose la asistencia letrada a la misma tanto en diligencias policiales como judiciales, ninguna Ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, manifestaciones a los agentes policiales confesando su culpabilidad o incluso ofreciéndose a colaborar con ellos. Ello con independencia del móvil o finalidad perseguida. Estas manifestaciones, para que sean válidas, deben haber tenido lugar con posterioridad a la información de derechos constitucionales. Tales declaraciones espontáneas no pueden servir para fundamentar la convicción exclusivamente sobre ellas, debiendo, por tanto, corroborarse por otras fuentes complementarias que apunten en la misma dirección y que conduzcan de modo inequívoco a idéntica conclusión inculpativa. Lo prohibido es la indagación policial antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales. No obstante, los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito este tipo de manifestaciones hechas sin la previa información de derechos, ni, por ende, suscribirlas el detenido. De producirse esto último, se trataría de una mera ilegalidad sin categoría de infracción constitucional necesaria para la aplicación de la sanción contemplada en el art. 11.1 LOPJ, pero que debería reputarse nula y, por tanto, ineficaz

desde el punto de vista probatorio. Mas esta nulidad no afectaría a la validez y posible eficacia probatoria de las ulteriores diligencias practicadas conforme a la legalidad.

7. Realizar un cuerpo de escritura por sus características no supone una intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales. El TS considera, en relación con una prueba pericial caligráfica, que si el acusado no está detenido, ni se ha adoptado medida cautelar alguna, ni se ha dictado una resolución susceptible de recurso, no resultan aplicables los arts. 520 y 118 LECRIM. Pero aunque hubiese estado detenido o lo estuviese por otra causa, tal diligencia no es de las que necesariamente precise de la presencia de Letrado, ya que no se trata de emitir ninguna declaración o testimonio ni de realizar ningún reconocimiento de identidad. Realizar el cuerpo de escritura no supone necesariamente que su resultado vaya a perjudicar al que lo realiza, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuera negativo, puede exculpar al investigado.

8. Cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, o de muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. En estos casos, no será necesaria la asistencia del abogado, aún cuando el investigado se encuentre detenido, dado que no es necesaria la prestación del consentimiento de este. Por el contrario, si se trata de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del investigado, 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 investigado se hallare detenido, para prestar su consentimiento precisará la asistencia letrada, aun cuando la obtención del ADN tenga por objeto su inclusión en una base de datos en aras a la averiguación de otros delitos cometidos o por cometer, esto es, distintos de los que motivó aquella detención, sin perjuicio de su impugnación durante la fase de instrucción del proceso en el que tales datos pudieran ser tenidos en cuenta.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTEROS LEÓN, M., «Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2007, pp. 1882-1896
- BANACLOCHE PALAO J. / ZARZALEOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal Penal*, 3.ª ed., La Ley, Madrid, 2015.
- BELLOCH JULBE, J. A., «La Policía Judicial», en *Policía y sociedad: I Seminario de colaboración Institucional entre la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Dirección General de Policía*, (Santander, 17 al 21.07.1989), Ministerio del Interior, Madrid, 1989.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M., «El derecho a la defensa y a la asistencia letrada: el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000, pp. 113-132.
- CAMPANER MUÑOZ, J., «El valor de la mal llamada prueba pericial de inteligencia en el proceso penal», *Sepín*, Sección Doctrina, diciembre 2011, referencia: SP/DOCT/15896.
- CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Proceso y Derechos Fundamentales», en DE LA OLIVA SANTOS, A. / DÍEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I. / VEGA TORRES, J.: *Derecho procesal: Introducción*, 3.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., «Exámenes radiológicos, extracciones y análisis de aliento, orina, sangre, pelos, uñas y otros tejidos humanos», en *El proceso penal, Derecho Procesal Penal. Manual para criminólogos y Policías*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DÍAZ CABIALE, J. A., «Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XII, Medidas restrictivas de derechos fundamentales, 1996, CGPJ, Madrid, pp. 67-196.
- DOLZ LAGO, M. J., «ADN y Derechos fundamentales. Breves notas sobre la problemática de muestras de ADN –frotis bucal– a detenidos o imputados», *Diario La Ley*, núm. 7774, 2012.
- ETXEBERRIA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000.
- FIGUEROA NAVARRO, C., «Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN», *La Ley Penal*, núm. 54, 2008.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «Comentario a la STS de 3.02.2000», *Tribunales de Justicia, Revista española de derecho procesal*, 2000, núm. 12.
- GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- IGLESIAS CANLE, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003.
- LORENTE ACOSTA, J. A., *Un detective llamado ADN: tras las huellas de criminales, desaparecidos y personajes históricos*, Temas de hoy, Madrid, 2004.

- MAGRO SERVET, V., «La actitud policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2001, pp. 1822-1831.
- MARTÍN PALLÍN, J. A., «La identificación del delincuente», en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. / NIEVA FENOLL, J., «Comentario a la sentencia Maryland vs. King del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América (3-VI-2013)», *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 39, pp. 119-134
- MOLINA PÉREZ, T., «La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción», *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, XLIII, 2010, pp. 127-142.
- MORENO CATENA, V., «Algunos problemas del derecho de defensa», en *La reforma del Proceso Penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- «El Derecho de defensa», en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal Penal*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 147.
- OÑA NAVARRO, J. M., «El derecho de Defensa en la fase de instrucción del Proceso Penal en la doctrina del TC», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 15, 2003.
- PRIETO RAMÍREZ, L. M., «La LO de Registro de perfiles de ADN para fines de investigación criminal, en el marco del Derecho comparado», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 54, 2008.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Asistencia letrada al detenido», *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm 6, 1991.
- 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 TS de 24.09.2014 en esta materia», *Diario La Ley*, núm. 8445, 19.12.2014.
- RIFÁ SOLER, J. M. / RICHARD GONZÁLEZ, M. / RIAÑO BRUN, I., *Derecho Procesal Penal*, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006.
- ROMEO CASABONA, C. M. / ROMEO MALANDA, S., *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN, ... de los métodos basados en la percepción de la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- SOLETO MUÑOZ, H. / ALCOCEBA GIL, J., «Protección de datos y transferencia de perfiles de ADN», en CABEZUDO BAJO, M. J. (Dir.), et. al.: *Las bases de datos policiales de ADN, ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, Dykinson, Madrid, 2013.
- SOTO NIETO, F., «La asistencia de Letrado al detenido o acusado», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2004, pp. 1690-1692.