

INTERVENCIONES CORPORALES: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Fernando Herrero-Tejedor Algar

Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. LAS ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS SOBRE EL CUERPO HUMANO.—II. LA INSUFICIENCIA DE SU REGULACIÓN LEGAL.—III. LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—IV. CLASES DE INTERVENCIONES CORPORALES: A) *Inspecciones corporales*. B) *Intervenciones corporales* stricto sensu.—V. LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—VI. EL ARTÍCULO 8 DEL CEDH.—VII. LA REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LOS SACRIFICIOS: A) *La necesidad de un fin constitucionalmente legítimo*. B) *El principio de legalidad*. C) *La jurisdiccionalidad de la medida*. D) *La necesaria motivación de la resolución judicial*. E) *Las condiciones del principio de proporcionalidad*. F) *Otras exigencias específicas*.—VIII. LAS CONCRETAS INTERVENCIONES Y SU COBERTURA LEGAL: A) *Intervenciones administrativas*. B) *Intervenciones policiales*. C) *Intervenciones jurisdiccionales civiles*. D) *Intervenciones corporales en el proceso penal*—IX. POSIBILIDAD DE SU PRÁCTICA COACTIVA

I. LAS ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS SOBRE EL CUERPO HUMANO

Los poderes públicos, tanto la Administración como el Poder Judicial, se ven obligados con cierta frecuencia a practicar diversas diligencias que tienen por objeto el examen (superficial o en profundidad) del cuerpo humano de una persona viva. Tales diligencias abarcan desde investigaciones de la Administración aduanera o penitenciaria hasta cacheos policiales o diligencias probatorias ordenadas por el órgano judicial y practicadas con frecuencia por el Médico Forense, tanto en el curso de un proceso penal (las más frecuentes) como en otros órdenes jurisdiccionales (como el análisis de sangre para la investigación de la paternidad en el proceso civil).

En un sentido amplio y poco técnico, todas esas actuaciones suelen encuadrarse bajo la denominación genérica de intervenciones corporales.

Tienen en común que se realizan sobre una persona, pero no considerada desde el punto de vista subjetivo, de ciudadano titular de derechos (aunque tal aspecto nunca pueda perderse de vista) sino que la investigación, pesquisa o pericia se realiza objetivamente sobre la materialidad del ser humano, y además mientras el mismo permanece vivo, excluyéndose por tanto los cadáveres.

El examen del cuerpo humano por parte de agentes de los poderes públicos y con la finalidad de alcanzar fines relacionados con el Derecho es lo que podría constituir el concepto amplio de las intervenciones corporales.

II. LA INSUFICIENCIA DE SU REGULACIÓN LEGAL

Pese a la importancia del tema, especialmente por recaer directamente sobre algo tan importante para la persona como es su cuerpo, brilla por su ausencia una mínima regulación de conjunto. Hay que acudir a una normativa fragmentaria y poco concreta, a modo de parte especial de una materia que bien se merece una regulación inicial e introductoria como parte general.

El problema crece si tenemos en cuenta que la legislación no ha seguido el ritmo de los adelantos técnicos, y especialmente en materia procesal penal existe un desfase muy notable entre las previsiones de la vieja y en su día excelente Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y las posibilidades y necesidades de la investigación actual.

El legislador ha ido poniendo remiendos al texto de la LECrim de 1882, pero de forma escasa, tardía y fragmentaria. Sirva –por todos– el ejemplo de la posibilidad de recogida de muestras corporales para la práctica de análisis de ADN u otros, introducida por la LO 15/2003¹, que viene a añadir dos artículos y una disposición adicional al texto de la LECrim:

Artículo 326: «Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282».

¹ LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal.

Como puede observarse, no puede afirmarse que el nuevo artículo sobre, pero sin duda el Juez de Instrucción podía ya antes de la reforma ordenar las medidas en él previstas.

El núcleo de la reforma se incorpora en el nuevo artículo 363, del siguiente tenor:

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

No deja de llamar la atención que una reforma que ha tardado tanto tiempo en efectuarse, se limite a un sólo precepto, en el que brillan más las lagunas que las nuevas previsiones: se otorga cobertura legal a la toma de muestras corporales para el análisis de ADN, pero sin hacer referencia a la posibilidad o no de su práctica coactiva, al destino y conservación de las muestras así obtenidas, a la destrucción de las mismas, etc.

Quizá porque el propio legislador es consciente de la cantidad de cabos sueltos que deja y de la complejidad de los mismos, sigue los consejos de uno de los principios de Parkinson²: «Cuando no quieras arreglar una cosa, nombra una comisión». Y así lo hace. Añade una Disposición Adicional tercera a la LECrim, con el siguiente contenido:

«El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia e Interior, y previos los informes legalmente procedentes, regulará mediante Real Decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes».

Hace ya más de seis meses desde la entrada en vigor e tal normativa, pero nada más hemos sabido hasta ahora de la denominada Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN.

² PARKINSON, C. Northcote: *La Ley de Parkinson*, Barcelona 1998, p. 51 y ss.

III. LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se ha dicho muchas veces que el Tribunal Constitucional no debe actuar como un legislador. Si acaso, su función es la de «legislador negativo» en los procesos de depuración de la constitucionalidad de las leyes³. No obstante, cuando de derechos fundamentales se trata, su posición de órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales⁴ y la peculiar redacción dada en 1985 al artículo 5.1⁵ de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) hace que en no pocas ocasiones el supremo intérprete de la Constitución (siquiera sea por vía hermenéutica) tenga una labor de orientación del camino a seguir por los Jueces y Tribunales que le acerca a la de un legislador positivo⁶.

En la materia que tratamos fue también el Tribunal Constitucional quien puso de relieve la necesidad de dotar de cobertura legal a cualquier tipo de intervención corporal, especialmente en la STC 207/1996⁷. Se trata de una resolución de singular importancia para el tema que tratamos, de forma que la citaremos y seguiremos con frecuencia en este trabajo. En ella se encuentra una clasificación de las intervenciones corporales, con los diversos subtipos de cada una de sus especies, los requisitos a seguir para que su práctica resulte acorde con la Norma Suprema, y –lo que en nuestra opinión es más importante– unas directrices para establecer cuándo la intervención corporal afecta o no al contenido de un derecho fundamental.

IV. CLASES DE INTERVENCIONES CORPORALES

Cara a la resolución del caso concreto planteado por el recurso de amparo objeto de la sentencia que citamos, pero con una vocación de generalidad prácticamente normativa, la STC que citamos distingue en

³ KEISEN, Hans: «La garantie juridictionnelle de la constitution (La Justice constitutionnelle)», en *Revue de Droit Public*, 1929, p. 197.

⁴ Artículo 123 CE.

⁵ Artículo 5.1 LOPJ: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

⁶ Un buen ejemplo lo tenemos en la LO 13/2003, de 24 de octubre, reguladora de la prisión provisional al modificar los artículos 502 y ss. LECrim, siguiendo sustancialmente la doctrina del Tribunal Constitucional.

⁷ STC 207/1996, de 16 de diciembre, ponente Gimeno Sendra, caso «El pelo».

primer término entre dos grandes tipos de intervenciones corporales en sentido lato practicables dentro de un proceso penal:

A) **Inspecciones corporales**

La primera clase de actuaciones sobre el cuerpo humano a tener en cuenta son las denominadas «inspecciones o registros corporales». Se caracterizan por el derecho fundamental que puede verse afectado por su práctica: «en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad».

Dentro de ellas pueden establecerse diversos apartados, según la finalidad perseguida en cada caso:

- La determinación del imputado o de su identidad: diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropométricos, etc.
- La averiguación de circunstancias relativas al hecho punible: electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.
- El descubrimiento del objeto del delito: inspecciones anales o vaginales, etc.

B) **Intervenciones corporales *stricto sensu***

En ellas el derecho fundamental que se verá afectado por regla general será la integridad física del artículo 15 de la Constitución, en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, aunque sea mínima o afecte tan solo a su apariencia externa.

A su vez pueden consistir en:

- Extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial: análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.
- Exposición del cuerpo humano a radiaciones: rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.

Resulta importante distinguir dentro de ellas dos tipos, según el grado de sacrificio que imponen al derecho a la integridad física:

- Leves, cuando a la vista de todas las circunstancias concurrentes no puedan considerarse objetivamente susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada. Así ocurrirá, por lo general, en el caso de extracción de elementos externos del cuerpo (como pelo o uñas), o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre).
- Graves, en caso contrario. La sentencia que citamos señala como ejemplos las punciones lumbares o la extracción de líquido cefalorraquídeo.

Esta distinción tendrá importancia, como veremos, cara a la determinación de la autoridad o personal que puede llevarlas a cabo.

V. LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Las clasificaciones que acabamos de exponer poseen clara trascendencia, no solo por la estructuración del tema que llevan a cabo, sino principalmente por centrar el auténtico problema que en ellas radica: la afectación o no de algún derecho fundamental en su práctica, con las consecuencias que más tarde estudiaremos.

Resulta bien conocido que la regulación de los derechos fundamentales sólo puede llevarse a cabo por ley (art. 53.1 de la Constitución). Y sin duda una afectación de su ámbito protegido es algo que incide en su regulación, por lo que necesita siempre de cobertura legal.

Desde esta óptica, la consecuencia más importante de la clasificación que acabamos de exponer es la siguiente: en las inspecciones corporales no se encuentra afectado, en principio, el derecho a la integridad física del artículo 15, sino –si acaso– el derecho a la intimidad corporal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución.

Ello nos lleva a la conveniencia de profundizar (siquiera sea someramente) en la distinción entre los dos derechos fundamentales que pueden hallarse implicados en este tipo de supuestos: la intimidad y la integridad corporal.

En ese sentido, quizá el primer elemento a tener en cuenta es que la intimidad corporal se halla integrada en el derecho más amplio a la intimidad personal, garantizado en el artículo 18.1 de la Norma Suprema. Así lo declara expresamente la STC 37/1989⁸: «La Constitución garanti-

⁸ STC 37/1989, de 15 de febrero, ponente Rubio Llorente, FJ 7.º

za la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal».

En cuanto al concepto y ámbito de la intimidad corporal, el Tribunal Constitucional efectúa precisiones de interés:

a) El bien jurídico protegido más en concreto parece ser el pudor: «la intimidad corporal [está] de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad».

b) El concepto de pudor debe determinarse con criterios sociológicos, atendiendo al sentimiento dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal. Ni todo el cuerpo humano se ve protegido por la intimidad corporal, ni resultan indiferentes los medios utilizados para llevar a cabo la inspección o intervención corporal: «El ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona⁹».

Esta jurisprudencia constitucional ha motivado críticas doctrinales. Es de resaltar la que considera que el Tribunal Constitucional devalúa la intimidad corporal¹⁰: «Resulta difuminada la intimidad hasta el punto de desaparecer como derecho fundamental. La intimidad recogida en la Constitución y elevada por ésta al rango de derecho fundamental se diluye mediante matizaciones que, finalmente, llevan al Tribunal Constitucional a conseguir una *«intimidad light»*.

c) La integridad puede resultar más amplia que la intimidad corporal, si las partes del cuerpo afectadas exceden del ámbito protegido por el pudor o recato o los medios utilizados no resultan agresivos: «De acuerdo con la anterior doctrina, resulta, pues, evidente que una intervención corporal consistente en la extracción de algunos cabellos de

⁹ STC 37/1989, FJ 7.º

¹⁰ LÓPEZ-BARJA, Jacobo, y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: «La intimidad corporal, devaluada», en *Poder Judicial*, núm. 14, 1.990, pp. 123 a 130.

diversas partes de la cabeza y del pelo de las axilas, por la parte externa del cuerpo afectada y la forma en que está prevista su ejecución (a realizar por el Médico Forense), no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal, ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo¹¹.

d) Sin embargo, la intimidad personal abarca más que la integridad. Ello puede ocurrir si la injerencia corporal pretende fines que invaden el ámbito de dignidad personal¹² reservado frente al conocimiento de los demás: «Otro tipo de diligencias o actos de prueba, como las intervenciones corporales, pueden conllevar asimismo, no ya por el hecho en sí de la intervención (que, como hemos visto, lo que determina es la afectación del derecho a la integridad física), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal».

Así sucede en el asunto resuelto por la STC 207/1996: «Esto es lo que ocurre cuando, como en el caso presente, y a través de un análisis del cabello, se pretende averiguar si el imputado en un proceso penal es «consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y el tiempo desde que lo pudiera ser», puesto que, con independencia de la relevancia que ello pueda tener a los fines de la investigación penal, y, por tanto, de su posible justificación (que se examinará posteriormente), no cabe por menos que admitir que la pericia acordada en unos términos objetivos y temporales tan amplios supone una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona, a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido en algún momento algún género de drogas, conducta que, si bien en nuestro ordenamiento es en sí misma impune, ello no obstante, el conocimiento por la sociedad de que un ciudadano es consumidor habitual de drogas provoca un juicio de valor social de reproche que lo hace desmerecer ante la comunidad, por lo que la publicidad del resultado pericial afectaría al ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal».

¹¹ STC 207/1996, FJ 3.º A).

¹² «Según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993 y 143/1994)» (STC 207/1996, FJ 3.º B).

VI. EL ARTÍCULO 8 DEL CEDH

Aparte de la exigencia de cobertura legal para cualquier afectación del ámbito protegido por un derecho fundamental derivada de las previsiones del artículo 53.1 de nuestra Constitución, la propia STC 207/1996 recuerda que «La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho «al respeto de la vida privada y familiar» (Sentencias del TEDH «X. e Y./Holanda», de 26 de marzo de 1985, y «Costello-Roberts/Reino Unido», de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la C.E.D.H. núms. 8239/78 y 8278/78). Pues bien, el apartado 2. del mencionado artículo 8 expresamente señala que: «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...».

Existe un aspecto que no queda suficientemente claro en el planteamiento que antecede. Si no entendemos mal, lo que viene a afirmarse es una discrepancia entre la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del TEDH: ésta considera incluido el derecho a la integridad física dentro del más genérico a la vida privada y familiar, mientras que la doctrina constitucional española entiende que se trata de derechos distintos, y en nuestra Norma Suprema el derecho a la integridad sólo se encuentra garantizado por el artículo 15 y no por el 18, pues no forma parte de la vida privada. Ello permitiría que las meras inspecciones corporales puedan no afectar a derecho fundamental alguno, lo que desde luego no ocurre con las intervenciones en sentido propio.

Por otra parte, la propia jurisprudencia del TEDH incorpora determinadas exigencias para que la medida restrictiva del derecho a la vida privada pueda considerarse efectivamente «prevista por la ley»: el texto legal debe cumplir al menos dos requisitos: accesibilidad y previsibilidad.

Así lo establece la STEDH que resuelve el caso *The Sunday Times*¹³:

«En opinión del Tribunal, las dos condiciones siguientes se encuentran entre las que explican la expresión «previstas por la ley». La primera hace referencia a que la ley debe ser suficientemente accesible: el ciudadano tiene que disponer de patrones suficientes que se adecuen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. La segunda condición se refiere a que una norma no puede considerarse ley a menos que se

¹³ STEDH de 26 de abril de 1979.

formule con la consiguiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado. Estas consecuencias no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance. Además, la certeza, aunque sea muy deseable, va acompañada muy a menudo de una rigidez excesiva: el Derecho debe saber adaptarse a los cambios de la situación. Así, muchas leyes sirven por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica».

Esta última referencia del TEDH a la flexibilidad con que necesariamente debe entenderse la certeza y previsibilidad de la norma habilitadora para la restricción de derechos fundamentales de la persona resultará profética (como veremos) para el estudio de cada una de las inspecciones e intervenciones corporales.

VII. LA REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LOS SACRIFICIOS

Desde la STC 37/1989 se conoce con el nombre de regla de la proporcionalidad de los sacrificios el conjunto de requisitos (especialmente de motivación) necesarios para llevar a cabo la limitación de un derecho fundamental.

La restricción de un derecho fundamental o una libertad pública es considerada por el Tribunal Constitucional como «un acto tan grave¹⁴» que «necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos».

En un principio, la doctrina constitucional sobre la regla de la proporcionalidad de los sacrificios incluía fundamentalmente dos elementos:

a) La motivación exhaustiva¹⁵: «El respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, FJ 2.º), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental».

¹⁴ STC 26/1981, ponente Díez-Picazo, FJ 14.º

¹⁵ STC 37/1989, FJ 8.º

b) Una inversión de la carga de la prueba¹⁶: «Para concluir nuestro análisis, hay que resolver ver aun una última cuestión, que es establecer a quién compete o sobre quién pesa, en un caso como el presente, la carga de la prueba. Este problema se plantea así: ¿es la representación del Gobierno quien tiene que demostrar que los actos de restricción de derechos constitucionales tuvieron plena justificación o, al revés, son los impugnantes de tales actos y por ello demandantes de amparo quienes tienen que demostrar la falta de justificación de los actos del poder? Aun cuando una mimética aplicación de las reglas generales sobre distribución del *onus probandi* (*actore non probante reus est absolvendus*) parecería inclinar el ánimo en favor de la tesis de que el demandante del amparo, en cuanto actor, tiene que probar lo injustificado de la lesión de su derecho, como hecho constitutivo de su propia demanda, un examen más atento nos debe llevar a la conclusión contraria, esto es, a la idea de que cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, dado que el supuesto que se produce es modificativo o extintivo de tales derechos, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación. Lo anterior no significa como es obvio negarle a la autoridad la prerrogativa de probidad y de actuación racional. Significa simplemente que la limitación del derecho es una excepción puesta a su norma ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado».

Ahora bien, la STC 207/1996 concreta más, y exige explícitamente el cumplimiento de otros requisitos: «Que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.º)».

A) La necesidad de un fin constitucionalmente legítimo

Aunque el tenor literal de los artículos 15 y 18.1 de la Constitución no contempla expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad, a diferencia de lo que

¹⁶ STC 26/1981, FJ 16.º

ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (arts. 18.2 y 18.3), ello no significa obviamente que nos encontremos ante derechos absolutos.

El Tribunal Constitucional declaró ya desde su STC 2/1982¹⁷ que «no existen derechos ilimitados». En consecuencia, los derechos a que estamos haciendo referencia pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la ley. Que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado puede ser una de ellas es algo que ya declaró la STC 37/1989.

Con estas premisas, la STC 207/1996 declara que «el interés propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede legitimar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la ley».

Ello nos lleva de la mano al siguiente requisito exigido por la sentencia constitucional que comentamos: la previsión legal.

B) El principio de legalidad

Antes hemos hecho referencia a los artículos 53.1 de la Constitución y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que exigen cobertura legal para la afectación de cualquier derecho fundamental (art. 53.1 CE), y singularmente de la vida privada (art. 8 CEDH). La STC 207/1996 concreta el tema en su fundamento jurídico 4 B), concluyendo que «toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino ha de estar prevista por la ley».

Este será precisamente el motivo fundamental de otorgamiento del amparo: la LECrim no prevé la toma de muestras corporales para el análisis de ADN, ni lo hace tampoco ninguna otra norma de rango legal. Quiebra, por tanto, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios. Apreciada también una vulneración del derecho a la intimidad personal, el Tribunal Constitucional concluye que esta lesión debería ocasionar la nulidad parcial de las resoluciones impugnadas, con reposición de las actuaciones para que por el órgano de instancia se dictase una nueva resolución cuyo concreto alcance temporal y material no resultase lesivo del derecho a la intimidad del recurrente. Pero la falta de cobertura legal

¹⁷ STC 2/1982, de 29 de enero, ponente Gómez-Ferrer, FJ 5.º

de la medida acordada, de ser llevada a la práctica, vulneraría los derechos a la integridad física y a la intimidad¹⁸.

C) **La jurisdiccionalidad de la medida**

A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (entradas y registros, intervención de las comunicaciones, etc.), no existe en la Constitución reserva absoluta de resolución judicial en lo referente a las inspecciones o intervenciones corporales. Ello plantea el problema relativo a si –como sucede con las anteriormente citadas– sólo pueden ser autorizadas por los Jueces y Tribunales.

Esta falta de reserva constitucional a la resolución judicial permite que la ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento, o, incluso, una intervención corporal leve, siempre que se respeten los requisitos derivados de los principios de proporcionalidad y razonabilidad¹⁹.

Nótese que la posibilidad de actuación policial directa se configura como una excepción al principio de monopolio judicial en la limitación de los derechos fundamentales.

Sin embargo, tal doctrina no resulta del todo coherente con la sentada anteriormente, pues en la mayoría de los supuestos de inspecciones corporales se ha afirmado que no se encuentran afectados ni el derecho a la integridad corporal ni –ordinariamente– a la intimidad. Ello implica la falta de necesidad de aplicar la denominada regla de la proporcionalidad de los sacrificios, pues ninguna limitación se produce del ámbito protegido por derecho fundamental alguno. Con ello viene a facilitarse en gran manera las cosas en aquellos supuestos en que nos encontremos frente a una mera inspección (no intervención *stricto sensu*) corporal.

D) **La necesaria motivación de la resolución judicial**

Antes hemos hecho referencia a que éste constituía inicialmente el elemento esencial de la llamada regla de la proporcionalidad de los sacrificios. Aunque ahora se incorporan a la misma otros requisitos que

¹⁸ STC 207/1966, FJ 6 D).

¹⁹ STC 207/1996, FJ 4 C).

estamos examinando, no por ello se olvida la necesidad de motivación. Y se afirma explícitamente que no nos encontramos ante una consecuencia más del artículo 120.3 de la Constitución ni de la genérica obligación de motivar las resoluciones jurisdiccionales para que la tutela prestada pueda considerarse efectiva, *ex* artículo 24.1 de la Norma Suprema.

La motivación aparece aquí como un estricto requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en todas las resoluciones limitativas de derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido. De tal balance, en que deben sopesarse los bienes en pugna, ha de evidenciarse la necesidad de la adopción de la medida de que se trate.

Tan es así que en estos casos la falta de motivación no provoca sin más una quiebra formal del derecho a la tutela judicial efectiva (con la consecuencia en amparo de la devolución de los autos al juzgador *a quo* para que razone debidamente), sino que se produce una vulneración del contenido sustantivo del derecho fundamental.

E) Las condiciones del principio de proporcionalidad

Se trata del requisito que da nombre a la regla de que tratamos, lo que evidencia su importancia. Con cita de sentencias anteriores, la resolución constitucional que comentamos distingue dentro del principio de proporcionalidad en sentido genérico tres condiciones o aspectos específicos:

- El juicio de idoneidad: consiste en verificar si la medida adoptada es susceptible de conseguir el objetivo propuesto. Ha de resultar apta y adecuada para conseguir el fin constitucionalmente legítimo propuesto con ella, esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal.
- El juicio de necesidad: ha de constatarse que no existe otra medida más moderada para la consecución del fin buscado con igual eficacia. Si hay otras posibilidades menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno del derecho fundamental o con un menor grado de sacrificio del mismo sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, la diligencia acordada no resultará efectivamente «necesaria».
- El juicio de proporcionalidad en sentido estricto: ha de tratarse de una medida ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre

otros bienes o valores en conflicto. Es decir, que el sacrificio que imponga al derecho afectado no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

El resumen de las tres condiciones podría efectuarse afirmando que la medida en cuestión restrictiva de derechos fundamentales ha de resultar imprescindible. Así lo subraya la sentencia que comentamos: «En el ámbito de las inspecciones corporales afectantes al derecho a la intimidad en el proceso penal hemos subrayado la necesidad de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi* (STC 37/1989, fundamento jurídico 8.º)».

F) **Otras exigencias específicas**

Por fin, la práctica de las intervenciones corporales incorpora una serie de exigencias específicas, que cabe derivar del artículo 15 de la Norma Suprema. Son fundamentalmente tres:

a) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, un riesgo o quebranto para la salud de quien tenga la obligación de soportarla.

b) La ejecución de tales medidas se habrá de efectuar por personal sanitario, que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones corporales graves que lo requieran por sus características.

c) Nunca son admisibles actuaciones que puedan constituir, en sí mismas o por la forma de realizarlas, un trato inhumano o degradante, que por resultar contrario a la dignidad de la persona se encuentra absolutamente prohibido.

VIII. LAS CONCRETAS INTERVENCIONES Y SU COBERTURA LEGAL

Como antes hemos señalado, el ordenamiento jurídico español dista mucho de ser un modelo a seguir en el tema que tratamos. No existe una regulación general de la materia, y las previsiones concretas resultan inconexas, deslabazadas y generalmente poco concretas.

Las exigencias del TEDH de «calidad de la ley» se encuentran con frecuencia desoidas mediante normas inconcretas, de las que pretende extraerse una cobertura legal más que dudosa. Tampoco se observa

generalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional norteamericano, según la cual toda limitación de un derecho (especialmente de la intimidad) debe encontrarse redactada de forma estricta (*narrowly tailored*²⁰) y ceñida de forma precisa al fin perseguido.

Por otra parte, tampoco aparece excesivamente claro cuándo las inspecciones corporales afectan al contenido de un derecho fundamental (generalmente, como hemos visto, no a la integridad física sino –en algunos casos– a la intimidad). Ello dificulta sin duda el esclarecimiento de las garantías a adoptar.

En cualquier caso, podemos dar un somero repaso a diversas intervenciones corporales previstas (con mayor o menor concreción) en nuestro ordenamiento jurídico, distinguiendo el ámbito procedimental o procesal en que se realizan y la autoridad que las ordena.

A) **Intervenciones administrativas**

Aunque las mismas no afectan directamente al proceso penal, sí que pueden encontrarse relacionadas con el mismo, especialmente si como fruto de las mismas aparecen algunos efectos que puedan hallarse relacionados con actividades delictivas.

a) *Aduanas*

La LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, contiene previsiones en su artículo 16 que pueden afectar al tema que ahora tratamos, al autorizar el reconocimiento y registro de cualquier vehículo, caravana, paquete o bulto en los recintos aduaneros. Aunque el ilícito perseguido puede tener naturaleza meramente administrativa, obviamente no cabe excluir consecuencias penales.

b) *Establecimientos Penitenciarios*

1. Principio general.

La LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) prevé con carácter general en su artículo 23 la posibilidad de efectuar cacheos y registros a los internos.

²⁰ Expresión utilizada por vez primera por el Tribunal Supremo americano en el caso *Globe Newspapers Co. v. Superior Court*, 443 US 97, 1979.

2. La orden de desnudarse y hacer flexiones.

Por su especial trascendencia (y, en su caso, dada la posible traslabilidad de la doctrina a los cacheos policiales) conviene resaltar el supuesto resuelto por la STC 57/1994. Se trataba de la orden dada a un interno por los funcionarios de la Administración Penitenciaria para que se desnudase y efectuase flexiones, al objeto de comprobar si portaba algún objeto prohibido en sus partes íntimas. La medida se basaba en el citado artículo 23 LOGP, pero el Tribunal Constitucional la declaró contraria al derecho a la intimidad, debido a la falta de motivación específica que respetase la regla de la proporcionalidad de los sacrificios. El argumento fundamental fue el siguiente ²¹:

«Si la medida implica la exposición o exhibición del cuerpo del recluso ante un funcionario del establecimiento penitenciario, de las actuaciones no se desprende que el examen visual del cuerpo de recluso hubiera de llevarse a cabo por personal del centro penitenciario adecuado para tal finalidad. De otra parte, a la situación de desnudez del recluso viene a agregarse otro elemento significativo como es que, en tal situación, aquel se halle obligado a practicar varias flexiones, lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse, por último, que por la posición inhabitual e inferior del cuerpo respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre».

3. Las observaciones radiológicas.

También interesa citar la STC 35/1996, que declara lícitas y cubiertas por los artículos 1 y 23 de la LOGP las observaciones radiológicas a un interno para garantizar la seguridad del establecimiento penitenciario.

El Tribunal Constitucional comienza afirmando el riesgo teórico para la salud del recluso de dichas medidas: «Es en relación con la doctrina expuesta como hay que analizar si se ha producido la denunciada vulneración del derecho a la integridad física protegido por el artículo 15 CE, al haber sido sometido el actor a sesiones de rayos X. Este derecho, en efecto, podría verse afectado por actuaciones coactivas que, con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, puedan determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud, puesto que también el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal, el cual, como señalábamos en la STC 120/1990, resultará afectado incluso en el caso

²¹ STC 57/1994, de 28 de febrero, ponente González Campos, FJ 7.º

de que «se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad». Y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional». Este riesgo es el que ha determinado las previas quejas del interno y finalmente el recurso de amparo, en cuanto la lesión del derecho a la integridad física podría resultar eventualmente de la aplicación reiterada, o técnicamente incontrolada, de sesiones de rayos X.

Que ese riesgo general no es meramente teórico resulta del propio informe médico emitido en el expediente para acreditar la inocuidad de las aplicaciones efectuadas que si certificaba de ello es precisamente porque según el mismo se aplicaron del modo y con los medios adecuados para prevenir tales riesgos. Puede por consiguiente afirmarse que aquel peligro para la salud y la integridad física existe si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuviesen lugar con excesiva intensidad, las sesiones fuesen excesivamente frecuentes y no separadas por el tiempo adecuado y se practicasen en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles».

No obstante, descendiendo al caso concreto, el supremo intérprete de la Constitución declara la medida adecuada y proporcionada, por no vulnerar el derecho a la integridad física: «En el caso, y según los hechos que en las resoluciones judiciales se declaran probados (y que por consiguiente nosotros no podemos revisar), el dictamen facultativo no reveló que las técnicas de aplicación y la periodicidad de los exámenes hubieran superado el nivel de riesgo exigible para temer o considerar daños futuros a la salud y consiguiente vulneración del derecho a la integridad física. Y así, las circunstancias concretas por las cuales el hoy recurrente se vio sometido a las exploraciones con rayos X son explicadas razonadamente, utilizando como criterio las normas establecidas por la Organización Mundial de la Salud, tanto en el Auto dictado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, como en el de la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación. En ellos se especifica que la utilización aislada y esporádica, bajo control médico, de un aparato de rayos X que se encontraba en perfecto estado y cuyas radiaciones no suponen peligro alguno para la salud y que incluso en las últimas exploraciones se disminuyó el nivel de radiación (a pesar de especificarse que la radiología utilizada era de menor intensidad que los máximos permitidos por la Organización Mundial de la Salud) no supone vulneración del derecho a la integridad física».

4. La asistencia médica obligatoria a reclusos en huelga de hambre.

La posibilidad de que un interno en centros penitenciarios en huelga de hambre reciba contra su voluntad alimentación forzada es una medida declarada acorde con la Norma Suprema por el Tribunal Constitucional,

con base en la relación de sujeción especial en la que se encuentra los reclusos respecto a la Administración Penitenciaria. Las SSTC 120/1990, 137/1990 y 11/1991 encuentran la norma de cobertura en el artículo 3.4 LOGP: «La asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración Penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia, deber que le viene impuesto por el artículo 3.4 LOGP, que es la ley a la que se remite el artículo 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados como son la vida y la salud de las personas.

Por otro lado, la necesidad de cohonestar el derecho a la integridad física y moral de los internos en un centro penitenciario y la obligación de la Administración de defender su vida y salud, como bienes también constitucionalmente protegidos, encuentra en la resolución judicial recurrida una realización equilibrada y proporcionada que no merece el más mínimo reproche, puesto que se limita a autorizar la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la justifica. En efecto, únicamente se permite el empleo de los medios coercitivos que sean «estrictamente necesarios» tan pronto como, según la Ciencia Médica, corra riesgo grave y cierto la vida del recluso y sin esperar a que se presente una situación irreversible que cause daño persistente a su integridad física, y ello, como explica la Audiencia Provincial, «para que los internos obtengan el tratamiento que la Ciencia y Arte Médico estimen necesarios en cada momento y conforme a la evolución de su situación clínica para la conservación de la vida». Es claro, por tanto, que ha sido la preservación de la vida de los recurrentes lo que ha determinado la proporcionada limitación de su derecho a la integridad física y moral, cuyo sacrificio resulta, por ello, constitucionalmente lícito²².

B) **Intervenciones policiales**

a) *Diligencias de reconocimiento en rueda, fotografías y exámenes dactiloscópicos o antropomórficos*

Aunque se trata de reconocimientos o medidas que recaen sobre cuerpo humano, básicamente para determinar la identidad del imputado,

²² STC 137/1990, de 19 de julio, ponente Leguina Villa, FJ 6.º

en realidad no suponen lesión o menoscabo alguno de la corporeidad, por lo que no se encuentra afectado el derecho a la integridad física ni (ordinariamente) la intimidad²³. Por tanto, nos encontramos ante simples inspecciones corporales en cuya práctica no entra en juego la regla de la proporcionalidad de los sacrificios.

b) *Cacheos*

En tanto en cuanto los cacheos²⁴ pertenecen también a la categoría de meras inspecciones corporales, no suponen propiamente la afectación de un derecho fundamental. No obstante, cuando la persona que los sufre no se encuentra previamente privada de libertad, la realización del cacheo incide en lo que el Tribunal Constitucional ha denominado «libertad deambulatoria». Si fuera así, existiría una injerencia en el derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 de la Constitución, y entraría en juego la regla de la proporcionalidad.

La LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, (LOFCSE) contiene un precepto de interés para el tema que tratamos: su artículo 11 establece las siguientes funciones de las FCSE:

«f) Prevenir la comisión de hechos delictivos.

g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales pertinentes.»

Con base en dichos preceptos se ha intentado afirmar la cobertura legal de los cacheos policiales. Aunque el tema nos parece dudoso, sobre todo después de las estrictas exigencias de la STC 207/1996, en relación con las condiciones de «calidad de la ley» derivadas de la jurisprudencia del TEDH, lo cierto es que el Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de tales medidas en tres controvertidas providencias²⁵. La primera de ellas es de 26 de noviembre de 1990, en el recurso de amparo 2252/1990, y las otras dos de 28 de enero de 1991, en los recursos de amparo 2260/1990 y 2262/1990.

²³ STC 207/1996, FJ 2 a).

²⁴ Sobre el tema, vid. DÍAZ CABIALE, José Antonio: «Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 1996, pp. 74 y ss.

²⁵ El Tribunal Constitucional niega valor de jurisprudencia a las providencias de inadmisión por unanimidad, dado que su «virtualidad jurídica se agota en la inadmisión en ella decretada» (AATC 85/1992 y 339/1992). Sin embargo, no por ello dejan de ser significativas.

Su texto es casi idéntico: «El derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone, para el afectado, un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 y 12 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo.

Esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una «privación de la libertad» ni atenta contra su derecho de libre circulación, que quedan intactos, tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los, funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen».

Tal doctrina constitucional encontró eco en la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, que en STS de 28 de octubre de 1993 declaró, con cita de las providencias antedichas, que: «El Tribunal Constitucional, en sus resoluciones de 26 de noviembre de 1990 y 28 de enero de 1991, y este Tribunal Supremo en sentencia de 15 de abril de 1993, han negado que el derecho a la libertad y a la libre circulación de vean afectadas por las diligencias policiales de cacheo y de identificación aunque comportan, inevitablemente, la inmovilización durante el tiempo imprescindible para su práctica».

Para evitar la aplicación de la doctrina que el Tribunal Constitucional sentó en su STC 98/1986, según la cual no existen zonas intermedias entre la detención y la libertad²⁶, con lo cual no cabría hablar de una situación de «retención», en la que sujeto no se encuentra todavía detenido, se argumenta que –con posterioridad a ella– el legislador ha previsto la posibilidad de detener a una persona a los solos efectos de identificar-

²⁶ STC 98/1986, de 10 de julio, ponente Díez-Picazo, FJ 5.º: «Debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodefinir, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona».

la, pudiendo ser trasladada a la Comisaría más próxima para requerir su documentación, sin que medie la imputación de hecho delictivo alguno, evitando así la aplicación del artículo 17.3 de la Constitución (art. 20 de la LO 1/1992, de Seguridad Ciudadana).

El mismo texto legal confiere atribuciones a los miembros de las FCSE para impedir que se porten armas y ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales (arts. 18 y 19 LOPSC). Aunque su redacción dista mucho de ser modélica, se ha querido encontrar en la misma una cierta cobertura legal para este tipo de inspecciones corporales, cuando el sujeto pasivo no se encuentra todavía detenido.

No obstante, el tema resulta espinoso, como lo evidencia la STC 211/1994²⁷, que desestimó el recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que declaró ilícitamente obtenida la ocupación de droga procedente de un cacheo policial, y absolvió a los acusados.

La postura de la Audiencia se relata en los Antecedentes de la STC que comentamos: «la Sala considera que el acusado fue detenido por los agentes policiales únicamente por observarle «en actitud sospechosa», razón por la cual «el material probatorio obtenido por la policía mediante un registro personal constitutivo de detención, producida con inobservancia de las disposiciones (arts. 492.4 y 575.1 LECrim) que por imperativo constitucional (art. 17.1 C.E.) determinan las condiciones de legitimidad de la privación de libertad, es decir violentando –directamente– los derechos o libertades fundamentales (art. 11.1 LOPJ), no puede ser en modo alguno tenido en cuenta a efectos inculpativos. Por tanto, la «prueba» así lograda, en este supuesto cierta cantidad de hachís, carece de existencia procesal en sí misma y, por la radical nulidad de su incorporación a los autos, también en sus consecuencias, entre las que se incluyen inevitablemente las declaraciones del afectado producidas a partir de aquel hallazgo».

El motivo fundamental para denegar el otorgamiento del amparo, es –según el fundamento jurídico 2.º de la STC 211/1994– que el Ministerio Fiscal (como poder público) carece de legitimación activa en este caso, en que los derechos fundamentales del ciudadano no han resultado lesionados: «En el presente caso, en el que el recurso de amparo no ha sido interpuesto por el ciudadano inicialmente condenado y posteriormente absuelto, sino por el Ministerio Fiscal, es importante recordar que el recurso de amparo «no constituye una vía abierta a los poderes

²⁷ STC 211/1994, de 13 de julio, ponente García-Mon.

públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares» (STC 257/1988).

c) *Pruebas de alcoholemia*

La cobertura legal de dichas pruebas se encuentra en la Ley de Tráfico, Circulación de vehículos de Motor y Seguridad Vial (LTSV), cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto Legislativo 330/1990, de 2 de marzo, en desarrollo de la Ley de Bases de 18/1989, de 25 de julio. Su artículo 12 establece que las pruebas que deben practicarse para detectar el consumo excesivo de bebidas alcohólicas «consistirán normalmente en la verificación del aire expirado mediante alcoholímetros autorizados». Su constitucionalidad –cuestionada implícitamente por relación al art. 380 del Código Penal– fue resuelta en sentido positivo por las SSTC 161/1997 y 234/1997²⁸.

C) **Intervenciones jurisdiccionales civiles**

Aunque no constituyan el objeto estricto de esta ponencia, no sobra una somera referencia a las mismas, pues pueden arrojar alguna luz sobre los problemas que tratamos. Dos son fundamentalmente los supuestos principales:

a) *Esterilización de incapaces*

El artículo 156 del Código Penal dispone que «no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del repre-

²⁸ STC 234/1997, de 18 de diciembre, ponente González Campos, FJ 9.º: «Si bien es cierto que ninguno de los Autos de planteamiento ha cuestionado explícitamente los preceptos que se acaban de mencionar, no lo es menos que dicho cuestionamiento puede implícitamente deducirse de la invocación del artículo 18.1 CE; pues a partir de este alegato se está cuestionando la norma que supuestamente infringe el derecho a la intimidad, y esta norma no puede ser otra que el artículo 12.3 LTSV».

sentante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz».

Tal medida, prevista inicialmente en el artículo 428 del Código Penal anterior e introducida por la LO 3/1989, de 21 de junio, fue cuestionada de inconstitucionalidad, resultando declarada acorde con la Norma Suprema por la STC 215/1994²⁹, pese a la grave injerencia en la integridad física que ello supone.

b) *Las prueba biológicas tendentes a la investigación de la paternidad o maternidad*

El artículo 127 del Código Civil dispone que «en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas». Con tal base, apoyada además en el artículo 39.2 de la Constitución, la STC 7/1994³⁰ encontró cobertura legal suficiente para la realización de un análisis de sangre con el fin antedicho.

Antes de la referida modificación legislativa operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, nos encontrábamos con la paradoja de que el Juez podía ordenar un análisis de sangre tendente a la investigación de la paternidad en un proceso civil, pero no en un proceso penal por violación o asesinato.

D) **Intervenciones corporales en el proceso penal**

Aparte de la ya citada toma de muestras corporales para el análisis de ADN, la LECrim incluye diversos preceptos susceptibles de otorgar cobertura legal a las intervenciones corporales, de los que resaltaremos tres:

1. El artículo 399: «Cuando el Juez considere necesario el examen del procesado en el lugar de los hechos acerca de los cuales deba ser examinado o ante las personas o cosas con ellos relacionadas, se observará lo dispuesto en el artículo 438».

2. El artículo 438: «El Juez instructor podrá mandar que se conduzca al testigo al lugar en que hubieren ocurrido los hechos, y examinarle allí o poner en su presencia los objetos sobre los que hubiere de versar la declaración».

²⁹ STC 215/1994, de 14 de julio, ponente García-Mon.

³⁰ STC 7/1994, de 17 de enero, ponente Rodríguez-Piñero.

En este último caso podrá el Juez instructor poner a presencia del testigo dichos objetos, solos o mezclados con otros semejantes, adoptando además todas las medidas que su prudencia le sugiera para la mayor exactitud de la declaración».

3. El artículo 785.8.^a, a cuyo tenor: «El Juez podrá acordar:

e) Cuando lo considere necesario, que por el Médico Forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente que en un plazo no superior a cinco días enviará el resultado».

Con base en los primeros preceptos citados, se acordó la orden judicial de realización de una prueba pericial consistente en el examen ginecológico efectuado por el Médico forense para averiguar si ha existido interrupción voluntaria del embarazo. La STC 37/1989³¹ se basó en los arts. 339 y 478 LECrim, preceptos que prestarían habilitación legal a una resolución judicial, pero que –dado su carácter genérico e indeterminado– no bastarían para una indagación policial. El principio que sienta esta Sentencia radica en que «el derecho fundamental aquí comprometido no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito».

Otro supuesto de interés lo encontramos en el asunto resuelto por el ATC 230/1994³²: el Juez de Instrucción ordenó la práctica de una prueba pericial psicológica tendente a investigar la personalidad del imputado cara a establecer su grado de imputabilidad y posible culpabilidad. El Tribunal Constitucional encuentra cobertura legal suficiente en las previsiones del artículo 381 LECrim: «Entre las diligencias sumariales se incluyen aquellas que tienden a perfilar la personalidad del inculcado como criterio corrector de la pena. La Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Juez de Instrucción para disponer la practica de informes periciales conducentes a determinar la capacidad intelectual y mental del inculcado. En concreto, el artículo 381 LECrim dispone que «si el Juez advirtiese en el encausado indicios de enajenación mental le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos Forenses en el establecimiento en que estuviese preso...». Es obvio, por lo tanto, en contra de lo que sostienen los recurrentes, que la diligencia ordenada por el Juzgado de

³¹ STC 37/1989, FJ 8.º

³² ATC 230/1994, de 18 de julio.

Instrucción, consistente en el reconocimiento psicológico del inculpado, se encuentra prevista por la Ley.

No obstante, cabe plantearse si, como sostiene el demandante, este tipo de investigaciones son incompatibles con el principio de libre auto-determinación personal. Ciertamente, hay que reconocer que determinados métodos de investigación que privan al sospechoso del control de sus facultades intelectuales y de su consciencia, son incompatibles con la autonomía personal, y con la reserva de un espacio psíquico propio de la persona, al que resulta ilícito renunciar. Mas tal prohibición probatoria no puede extenderse a los reconocimientos psicológicos, basados en test de la personalidad, pacíficamente aceptados por la comunidad científica.

Por otra parte, también en contra de lo que sostiene el demandante no hay motivo para considerar que la medida persiga inmiscuirse en la ideología del recurrente, obligándole a declarar sobre su conciencia, religión o creencias. El fundamento de esta investigación es claro y aparece expresado de forma suficientemente precisa en el Auto del Juzgado de Instrucción. Se trata de verificar la influencia que determinados rasgos de la personalidad de los imputados pueden tener en la determinación de su responsabilidad por el hecho delictivo. En último término, comprobar de qué forma puede encontrarse afectada su capacidad de culpabilidad».

IX. POSIBILIDAD DE SU PRÁCTICA COACTIVA

Una cosa es que esos medios de prueba posean cobertura legal y –si se respeta la regla de la proporcionalidad de los sacrificios– sean válidos, y otra es la licitud de su práctica coactiva.

a) Existe un primer límite absoluto: la interdicción de los tratos inhumanos o degradantes del artículo 15 de la Constitución.

Se entiende por tales³³ los que «acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (STC 65/1986, FJ 4.º; también, SSTC 89/1987, 120/1990, 57/1994) y que, en concreto, no constituyen tales los que suponen la privación de visitas íntimas (STC 89/1987)».

La declaración más clara y contundente se encuentra en la STC 37/1989, que tras declarar que la medida de exploración ginecológica por el Médico Forense posee cobertura legal, afirma que su ejecución no puede

³³ STC 119/1996, de 8 de julio, ponente Viver Pí-Sunyer, FJ 2.º

ser llevada a cabo mediante el empleo de la fuerza física: «ejecución a la que en otro caso podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa, o de la valoración que de esta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la Constitución».

Sin embargo, existen casos en los que el empleo de la fuerza puede resultar indispensable. Piénsese en la detención no voluntaria, o en los cacheos, aparte de las medidas que garantizan el buen orden en los establecimientos penitenciarios.

b) El segundo límite es el riesgo para la salud, protegida en el artículo 43.1 de la Constitución. Así, la STC 207/1996³⁴ declara explícitamente que «En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud».

c) Una tercera cautela es la necesaria intervención de personal sanitario, cuando así lo requieran las circunstancias³⁵: «En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características».

d) Otro medio de coacción, aparte de la *vis* física, es el empleo de *vis* psíquica mediante la conminación con la posibilidad de incurrir en responsabilidad criminal.

Esta medida se encuentra expresamente aceptada por el Tribunal Constitucional no sólo en supuestos de previsión legal expresa (art. 380 del Código Penal), sino también para la negativa a una orden judicial, como la de someterse a un reconocimiento vaginal por el Médico Forense. La STC 37/1989 acepta la posibilidad de que la afectada sea advertida «de las consecuencias sancionatorias de pueden seguirse de su negativa», en expresa referencia al delito de desobediencia.

e) Existen otras posibles consecuencias de la negativa a someterse a inspecciones o intervenciones corporales. Aunque algún sector doctrinal entiende que sería contrario a la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional acepta la posibilidad de que la negativa sea valorada

³⁴ STC 207/1996, FJ 4.º a).

³⁵ STC 207/1996, FJ 4.º b).

judicialmente como un indicio contra el imputado. Así, la STC 37/1989, cuando habla de la «valoración que de esta (negativa) pueda hacerse en relación con los indicios ya existentes». Desde luego, nunca tendría valor de prueba indiciaria si la pericia es nula por falta de cobertura legal, como en el caso del corte de pelo en la STC 207/1996.

En el proceso civil de investigación de la paternidad (en el que no juega la presunción de inocencia), la negativa a la extracción de sangre posee un claro valor indiciario, como declara la STC 7/1994.

Asencio Mellado³⁶ efectúa una distinción que puede resultar de interés entre los actos de colaboración positivos consistentes en un hacer, y actos negativos u omisivos. Para este autor el Juez –con base en los arts. 389.3 y 391.3 LECrim– puede ordenar al sujeto que realice determinados actos de colaboración positivos, tales como un cuerpo de escritura, prestar declaración, etc. Pero en ningún caso podrá imponerle coactivamente tales actuaciones, pues el imputado quedaría amparado por su derecho a no declarar contra sí mismo.

En cambio, cuando el sometimiento a una medida de intervención corporal consista en una mera omisión o no actuar (sometimiento a pruebas radiológicas, toma de huellas dactilares, fotografías, etc.), en tales casos nos encontraremos ante una obligación procesal del imputado, y si se niega no podrá ser obligado por la fuerza, pero sí podrá derivarse contra él una prueba indiciaria.

Antes hemos puesto de relieve que una de las carencias más llamativas de la reforma introducida en el artículo 363 LECrim por la LO 15/2003 es la falta de referencia a la posibilidad de la toma coactiva de muestras corporales cuando, tras la preceptiva orden judicial, el imputado se niegue a cumplirla.

En el derecho comparado encontramos ejemplos más taxativos. Así, la Ley Procesal Penal alemana (StPO) regula la «investigación corporal; extracción de sangre», y dispone en su parágrafo 81 a) que:

«(1) Podrá ordenarse la investigación corporal del inculcado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras inferencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculcado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud.

(2) La ordenación corresponderá al Juez, también a la Fiscalía y a sus ayudantes [parágrafo 152 de la Ley Orgánica de Tribunales], cuando

³⁶ ASCENCIO MELLADO, José María: *«Prueba prohibida y prueba preconstituida»*, Madrid 1989, p. 151.

existiera peligro por el retraso que pudiese perjudicar el éxito de la investigación.

(3) Las extracciones de sangre y otras células corporales obtenidas del inculpado únicamente podrán tener aplicación en el proceso en que se solicitaron o en otra causa pendiente en su contra; deberán destruirse inmediatamente dejen de ser necesarias».

Una alusión semejante que haga referencia a la posibilidad de intervenciones corporales «sin consentimiento del inculpado» se echa de menos en la nueva regulación de la LECrim. La falta de concreta previsión legal en ese sentido obliga a acudir al texto constitucional. Desde luego, no parece que la toma coactiva de muestras de pelo o uñas pueda considerarse un trato inhumano o degradante. Los alemanes cubren incluso el análisis de sangre sin consentimiento del interesado.

Pese a ello, si seguimos el criterio antes reseñado de Asencio Mellado, no cabría la práctica coactiva de la intervención corporal, y deberíamos quedarnos con el elemento indiciario derivado de una obligación procesal incumplida por el imputado.

Pero el juego de la prueba indiciaria en el proceso penal resulta mucho más espinoso que en el proceso civil, y la eficacia del indicio puede devenir ilusorio en ciertas ocasiones. Cuando la prueba definitiva deriva del contraste del ADN encontrado en la víctima y el del sospechoso, sólo el análisis de las muestras indubitadas de este último servirán de elemento probatorio concluyente.