

**UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA
FACULTAT DE DRET
DEPARTAMENT DE DRET PRIVAT
ÀREA DE DRET PROCESSAL**

TESIS DOCTORAL

**INSPECCIONES, REGISTROS E INTERVENCIONES
CORPORALES EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL**

Autor: JUAN JOSÉ DUART ALBIOL

Director: Prof. Dr. MANUEL JESÚS CACHÓN CADENAS

Bellaterra, septiembre 2013

A mi padre.
In memórium.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
I. CONCEPTO	
1. Consideraciones generales: la necesaria delimitación conceptual de la categoría .	15
2. Posiciones doctrinales	18
3. Diligencias excluidas	22
3.1. <i>Las intervenciones médicas forzosas</i>	23
3.2. <i>Las actuaciones médicas tendentes a delimitar la salud física o psíquica de una persona</i>	25
3.3. <i>Las intervenciones corporales realizadas en el ámbito carcelario</i>	26
3.4. <i>Las denominadas técnicas psicométricas</i>	27
3.5. <i>Los cacheos preventivos</i>	29
3.6. <i>Otras diligencias excluidas</i>	30
4. Las intervenciones corporales en otros ordenamientos jurídicos	33
4.1. <i>Las intervenciones corporales en la StPO alemana</i>	34
4.2. <i>Las intervenciones corporales en el CPP colombiano</i>	35
5. Precisiones terminológicas	38
II. NATURALEZA JURÍDICA	
1. Con carácter general	47
1.1. <i>Las inferencias corporales como actos de investigación</i>	47
1.2. <i>Las investigaciones corporales como prueba pericial</i>	49
1.3. <i>Las investigaciones corporales como prueba anticipada o preconstituida</i>	51
2. Supuestos controvertidos	58
2.1. <i>Cacheos superficiales y registros corporales</i>	58
2.2. <i>Métodos alcoholométricos</i>	61
2.3. <i>Exploraciones radiológicas</i>	63
III. REGULACIÓN	
1. Con carácter general	67
1.1. <i>Las intromisiones ilegítimas del artículo 8.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo</i>	67
1.2. <i>El informe pericial del artículo 339 de la LECrim</i>	68
1.3. <i>El informe pericial del artículo 478.1º de la LECrim</i>	70
1.4. <i>Las diligencias sumariales del artículo 311 de la LECrim</i>	72
1.5. <i>La obtención y análisis de muestras o vestigios del artículo 778.3 de la LECrim</i>	73
2. Supuestos concretos	76
2.1. <i>Reconocimientos médicos</i>	76
2.2. <i>Cacheos superficiales y registros corporales</i>	77
2.3. <i>Pruebas de alcoholemia</i>	80
3. La obtención de muestras biológicas y los identificadores del ADN.....	85

4. La regulación de las inspecciones e intervenciones corporales en el Anteproyecto de LECrim de 2011	94
5. La regulación de las inspecciones e intervenciones corporales en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013	96
IV. SUJETOS	
1. Sujetos activos	101
1.1. <i>Sujetos competentes para ordenar las investigaciones corporales</i>	101
1.2. <i>Sujetos competentes para practicar las investigaciones corporales</i>	101
2. Sujetos pasivos	108
2.1. <i>El imputado</i>	108
2.2. <i>El sospechoso</i>	114
2.3. <i>Los terceros</i>	118
2.4. <i>El consentimiento del sujeto pasivo</i>	122
V. INVESTIGACIONES CORPORALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES	
1. Los derechos fundamentales afectados	133
1.1. <i>La dignidad humana como minimum invulnerable</i>	135
1.2. <i>La prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes</i>	137
1.3. <i>El derecho a la integridad física</i>	142
1.4. <i>La libertad personal</i>	147
1.5. <i>El derecho a la intimidad: de la intimidad corporal a la intimidad genética</i>	162
1.6. <i>El derecho a la autodeterminación informativa</i>	173
1.7. <i>Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable</i> .	182
2. Los límites de los derechos fundamentales	192
VI. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS EN LA ORDENACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS INVESTIGACIONES CORPORALES	
1. Presupuestos formales: el principio de legalidad	199
1.1. <i>La previsión legal como requisito de constitucionalidad</i>	199
1.2. <i>La doctrina jurisprudencial</i>	207
2. Presupuestos materiales: el principio de justificación teleológica	213
3. Requisitos extrínsecos	216
3.1. <i>Exclusividad jurisdiccional</i>	216
3.2. <i>Motivación de la resolución judicial</i>	229
4. Requisitos intrínsecos: el principio de proporcionalidad	236
4.1. <i>El principio de idoneidad</i>	237
4.1.1. <i>Investigaciones corporales indiscriminadas o aleatorias</i>	243
4.1.2. <i>Investigaciones predelictuales o de prospección</i>	250
4.2. <i>El principio de necesidad</i>	252
4.3. <i>El principio de proporcionalidad en sentido estricto</i>	255
5. Requisitos específicos	260

VII. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN CORPORAL	
1. Las investigaciones corporales como obligación o carga procesal	261
1.1. <i>Las investigaciones corporales como obligación procesal</i>	263
1.1.1. Las investigaciones corporales como obligación procesal susceptible de imposición coactiva.....	264
1.1.2. Las investigaciones corporales como obligación procesal no susceptible de imposición coactiva.....	270
1.2. <i>Las investigaciones corporales como carga procesal</i>	275
2. Consideración especial sobre la obligación de sometimiento a la prueba de alcoholemia: la STC 161/1997, de 2 de octubre	280
3. Consideración especial sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica de filiación: la STC 7/1994, de 17 de enero	289
4. Opinión personal	298
VIII. EFICACIA PROBATORIA DE LAS INVESTIGACIONES CORPORALES	
1. Eficacia probatoria de las investigaciones corporales practicadas como diligencias sumariales	303
2. Eficacia probatoria de las investigaciones corporales practicadas como diligencias preprocesales	310
3. En particular, el valor probatorio de los métodos alcoholométricos	316
4. Ineficacia de las investigaciones corporales	319
4.1. <i>Por violación de derechos fundamentales</i>	319
4.1.1. Consecuencias procesales de la prueba ilícita	323
4.1.2. La eficacia refleja de la prueba ilícita.....	328
4.1.3. La doctrina de la “conexión de antijuridicidad”	332
4.1.4. La confesión del imputado como excepción a la “conexión de antijuridicidad”	339
4.2. <i>Por falta de presupuestos o requisitos en su ordenación o ejecución</i>	343
4.3. <i>Tratamiento procesal de la ilicitud probatoria en el proceso penal</i>	347
IX. CONCLUSIONES	353
BIBLIOGRAFÍA	371

INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que en los últimos años el crecimiento exponencial del uso del ADN como prueba en el proceso penal se ha convertido en uno de los temas jurídicos “estrella” de nuestro tiempo y, entre otras, ha vuelto a poner de relieve una cuestión de gran trascendencia por sus consecuencias teóricas y prácticas como es la utilización del imputado – o, incluso, de quien ni siquiera ha llegado a alcanzar tal condición – con fines probatorios.

La utilización del cuerpo del imputado como objeto y/o fuente de prueba no es, desde luego, una novedad. Con anterioridad a la introducción de la prueba de ADN en el proceso penal ya se venían realizando, a pesar de carecer de la necesaria y suficiente cobertura legal en la mayoría de los casos, toda una serie de actos de investigación que recaían sobre el cuerpo del imputado (cacheos, exámenes radiológicos, exploraciones rectales o vaginales...), pero, sin duda, la irrupción de la utilización del ADN como prueba supuso un hito en este ámbito que, entre otras cuestiones, evidenció la necesidad de su regulación.

Y, pese a que el legislador reguló, ciertamente, la prueba de ADN en el año 2003 mediante la introducción de diversas disposiciones en la LECrim, concretamente, en los artículos 326 y 363, ello no solo dejó sin solucionar los problemas ya existentes en relación a los actos de investigación corporal, sino que incrementó algunos y originó otros nuevos.

Así, cuestiones tales como qué diligencias pueden llevarse a cabo sobre el cuerpo de imputado y con qué finalidad; su consideración como actos de investigación, prueba pericial, prueba preconstituida y/o anticipada; su deficiente, cuando no, inexistente regulación legal; los sujetos competentes para ordenarlas y practicarlas; los derechos fundamentales afectados por tales medidas; los presupuestos y requisitos necesarios para su ordenación y ejecución; el recurso a la fuerza física en caso de negativa (injustificada) del sujeto afectado por la medida a su práctica y su valor probatorio son sólo algunos de los problemas que plantea la materia objeto de nuestro estudio.

Problemas que recibían y han venido recibiendo desde entonces distintas soluciones, tanto por parte de los autores como de los tribunales, hasta el punto de que, a día de hoy y pendientes de la regulación que sobre el particular introduzca el futuro Código Procesal Penal, no existe ni siquiera uniformidad a nivel terminológico.

Son éstas, fundamentalmente, las cuestiones que han sido desarrolladas en los ocho capítulos en que se divide este trabajo. La vigencia de tales temas, las controversias doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre los mismos y, sobre todo, su relevancia práctica, justifican más que suficientemente el estudio de las genéricamente denominadas *intervenciones corporales*.

Si a ello unimos que las inspecciones e intervenciones corporales venían reguladas por primera vez como actos de investigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y que, junto con los identificadores del ADN, lo serán también en el nuevo Código Procesal Penal que se está elaborando en la actualidad, dicho estudio resulta, además, oportuno.

Estudio que no puede sino tomar como punto de partida su propio concepto. En efecto, bajo tal genérica denominación se sitúan un sinfín de diligencias que van desde una simple toma de huellas dactilares hasta dolorosas punciones lumbares para extracción de líquido cefalorraquídeo, incluyendo tomas de voz, reconocimientos en rueda, pruebas alcoholométricas, cacheos, exámenes corporales, exploraciones radiológicas, registros anales o vaginales, electrocardiogramas, extracciones de sangre, suministro forzoso de alimentos, intervenciones médicas forzosas, etc. Diligencias que afectan, en mayor o menor medida, distintos derechos fundamentales y que no siempre constituyen actos de investigación.

Denominación que, además, no resulta adecuada desde que la STC 207/1996, de 16 de diciembre, distinguiendo entre inspecciones y registros corporales e intervenciones corporales definiera estas últimas como aquellas que consisten en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial o en su exposición a radiaciones. Y, más aún, desde el momento en que el único precepto de la LECrim que emplea dicho concepto sitúa junto a las intervenciones corporales, las inspecciones y reconocimientos como una de las posibles diligencias a practicar para obtener muestras biológicas del sospechoso, siendo que tales medidas, dada su naturaleza y finalidad, no conducen, obviamente, a la obtención de dichas muestras.

Así pues, el primer capítulo de este trabajo está dedicado a intentar depurar el concepto de intervenciones corporales, a conocer qué se entiende por tales y a intentar precisar su significado. Para ello, tras exponer las distintas posiciones sobre el particular, se defenderá la delimitación de la categoría considerando únicamente como tales aquellas diligencias que practicadas sobre el cuerpo de una persona constituyan auténticos actos de investigación.

Este planteamiento nos permitirá excluir de tal consideración las intervenciones médicas forzosas, las actuaciones tendentes a delimitar la salud física o psíquica de una persona, las intervenciones corporales realizadas en el ámbito carcelario, las denominadas técnicas psicométricas, los cacheos preventivos e, incluso, otras diligencias que, pese a constituir actos de investigación e incidir, aunque sea mínimamente en el cuerpo humano, tienen distinta naturaleza y finalidad.

Por todo ello, se propondrá sustituir el uso del término intervenciones corporales como expresión de género por el de “investigaciones corporales”, dentro del cual cabrá distinguir, a su vez, con mayor precisión conceptual, entre inspecciones, registros e intervenciones corporales.

Una vez así delimitadas, en el capítulo segundo, se analizará su naturaleza jurídica como actos de investigación, como prueba pericial, o como prueba preconstituida y/o anticipada. Cuestión esta última en la que confluyen las dificultades propias de tales conceptos en el proceso penal con la heterogeneidad de las medidas consideradas como injerencias corporales. Diversidad que nos obligará a tratar en particular algunos supuestos controvertidos como puedan ser los cacheos superficiales y registros corporales, los métodos alcoholométricos y las exploraciones radiológicas. Supuestos problemáticos por cuanto, a su carácter mayoritariamente preprocesal, añaden su escasa, cuando no nula, según la jurisprudencia, afectación de derechos

fundamentales. Heterogeneidad, en suma, que dificulta el tratamiento sistemático uniforme de la categoría, más allá del que pueda suponer su configuración como medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Y por si no fueran pocas las cuestiones controvertidas en cuanto a su concepto y naturaleza, también en orden a su regulación encontraremos posiciones dispares que van desde quienes consideran que el vigente texto de la LECrim es “pródigo” en lo que se refiere a la regulación de las investigaciones corporales, hasta quienes consideran, como decía el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 en su exposición de motivos, que el vacío regulativo es “especialmente alarmante” y la solución legislativa expresa urgente.

A este orden de cosas se refiere el capítulo tercero en el que se estudian no solo los preceptos que se invocan como cobertura habilitante de las investigaciones corporales con carácter general, sino también los que se citan como cobertura de supuestos específicos de tales medidas, con particular atención a las disposiciones introducidas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en los citados artículos 326 y 363 de la LECrim, y a la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Asimismo, a pesar de haber visto truncada su tramitación parlamentaria, nos referiremos a la regulación que de las inspecciones e intervenciones corporales contenía el citado Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, toda vez que dedicaba a las mismas siete artículos, además de otros seis dedicados a las investigaciones mediante marcadores de ADN. E, igualmente, abordaremos su futura regulación a través del estudio de la Propuesta de Código Procesal Penal presentada por el actual Ministro de Justicia el pasado 25 de febrero de 2013, la cual, entre las nuevas formas de investigación, dedica un capítulo, dividido en ahora dos secciones, a las inspecciones e intervenciones corporales y a la investigación mediante ADN. Regulaciones a la que, dado su indudable interés, también aludiremos en otros puntos del trabajo en tanto se refieran a las cuestiones tratadas en los mismos.

Tras ello, el capítulo cuarto tratará las investigaciones corporales desde una perspectiva subjetiva, tanto en su vertiente activa, la que atañe a los sujetos competentes para ordenar las medidas y para practicarlas, donde se plantean temas tales como la necesidad de intervención de personal médico o sanitario en su práctica; como en su vertiente pasiva, donde se suscita una de las cuestiones clásicas de la materia que nos ocupa, a saber, si las medidas de investigación corporal pueden llevarse a cabo sobre personas distintas del imputado (víctima o testigos), junto con otra de las cuestiones novedosas introducidas por la regulación de la prueba de ADN en el artículo 363 de la LECrim, a saber, si realmente es necesario haber alcanzado el estatus de imputado para ser sujeto de la medida o si basta la condición de mero “sospechoso” como prevé el citado precepto.

Y, en orden al consentimiento del sujeto afectado por la medida de investigación corporal, cabrá referirse a las características que debe reunir su declaración de voluntad para poder llevar a cabo dicha medida, toda vez que dicho consentimiento, dado el estado actual de la materia que nos ocupa, deviene indispensable no solo para poder llevar a cabo la medida acordada, sino incluso para paliar, cuando no suplir, su deficiente o inexistente previsión legal en la mayoría de los casos.

El siguiente capítulo abordará otra de las cuestiones que más debate ha suscitado tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial: la determinación de los derechos fundamentales afectados por las diligencias de investigación corporal. En efecto, frente a quienes consideran que únicamente resultan afectados el derecho a la integridad física y el derecho a la intimidad, según los casos, se alzan quienes estiman también afectados otros derechos como la libertad personal (siquiera instrumentalmente), el derecho a no autoincriminarse y a no colaborar en la investigación y descubrimiento de los hechos o, incluso, el denominado derecho a la autodeterminación informativa. Para dilucidar si las investigaciones corporales pueden llegar a vulnerar tales derechos y libertades será necesario estudiar el contenido esencial de cada uno de los derechos potencialmente afectados y en qué aspectos concretos de los mismos pueden tener incidencia las distintas medidas de investigación corporal, empezando por la dignidad humana como *mínimum invulnerable*.

Terminaremos este extenso capítulo, dado que no en vano la materia objeto de examen ejemplifica como pocas la tensión entre los derechos y libertades fundamentales del individuo afectado por la medida de investigación corporal y el interés público estatal en la persecución y castigo de los autores de los delitos, con una referencia a la doctrina de los límites de los derechos fundamentales, cuya aplicación a la materia que nos ocupa permitirá inferir la constitucionalidad de los actos de investigación corporal siempre que concurren determinados presupuestos y requisitos en su ordenación y ejecución.

Presupuestos y requisitos cuyo análisis se lleva a cabo en el capítulo sexto empezando, como no puede ser de otro modo, por el principio de legalidad, que exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales, como son las investigaciones corporales, en definitiva, esté prevista por la ley. Ley que ha de tener una determinada calidad, una singular precisión, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que, sin embargo, no existiendo o siendo insuficiente en materia de investigaciones corporales, nuestros tribunales han suplido o completado sobreponiéndose a las exigencias derivadas de dicho principio, mediante el recurso al consentimiento de la persona afectada por la medida o a la resolución judicial motivada como legitimadora de la misma, con quiebra de la seguridad jurídica que la reserva de ley comporta.

A tales presupuestos formales se añaden los materiales, representados por el principio de justificación teleológica, que exige que la limitación de los derechos fundamentales se lleve a cabo por causa de finalidades constitucionalmente legítimas. Finalidades que no solo deberían estar previstas en la ley reguladora de las medidas de investigación corporal, sino plasmarse en el caso concreto en la resolución judicial acordando las mismas. Circunstancia que nos conducirá al requisito de la exclusividad jurisdiccional en la adopción de la medida y a la necesidad de especial motivación de las resoluciones judiciales restrictivas de derechos fundamentales. Exclusividad jurisdiccional que en lo que se refiere a la prueba de ADN ha sufrido un duro revés con la práctica, avalada por el Tribunal Supremo, de la toma subrepticia de muestras biológicas “abandonadas” por el sospechoso.

Resolución judicial que, en todo caso, habrá de estar presidida por el principio de proporcionalidad en su triple vertiente de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en

sentido estricto. Ello supondrá, en primer lugar, que la medida acordada habrá de ser adecuada para alcanzar el fin pretendido, además de estar necesariamente individualizada respecto al sujeto pasivo de la misma. Circunstancia que, por una parte, exige que concurren sospechas fundadas en dicho sujeto pasivo y, por otra parte, excluye tanto las investigaciones corporales indiscriminadas o aleatorias, como las investigaciones predelictuales o de prospección. En segundo lugar, la medida habrá de resultar indispensable en relación con la situación probatoria y ser, además, la menos lesiva de entre las posibles. Por último, habrá de ser proporcionada, atendidas las circunstancias particulares que concurren en el caso concreto y su forma de ejecución.

Requisitos a los que habrá que agregar las exigencias propias de las investigaciones corporales, esto es, realizarse por personal médico o sanitario, en su caso, y no revestir para quien tenga obligación de soportarlas riesgo o quebranto para la salud.

Analizados tales presupuestos y requisitos, el penúltimo capítulo abordará la cuestión más controvertida de cuantas entrañan las investigaciones corporales, a saber, la posibilidad de empleo de la fuerza física en su realización o, dicho en otros términos, su ejecución sin consentimiento de la persona afectada por la medida. Una cuestión tan controvertida que ni siquiera quienes se muestran partidarios de su realización forzosa dejan de ponerle límites a la misma. De ahí que se busquen alternativas a tal ejecución forzosa con distintas consecuencias según se consideren las investigaciones corporales como una obligación o como una carga. Consecuencias que suponen, en definitiva, la consideración de tal negativa constitutiva de un delito de desobediencia o, por el contrario, su valoración como un indicio.

Siendo esta cuestión la más relevante desde un punto de vista práctico, trataremos la misma estudiando también, con particular atención a las sentencias del Tribunal Constitucional que se han ocupado del tema, por una parte, la obligación de sometimiento a la prueba de alcoholemia, caso en que la negativa del “detenido” a realizar dicha prueba se sanciona como delito y, por otra parte, la obligación de sometimiento a la prueba biológica de filiación, supuesto en que la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica se considera un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas, permite la declaración de paternidad. Polémica a la que añadiremos nuestro particular punto de vista basado en una más amplia concepción del derecho a no colaborar.

El octavo y último capítulo, está dedicado a estudiar la eficacia probatoria de las diligencias de investigación corporal, tanto cuando han sido practicadas como diligencias sumariales, como cuando lo han sido como diligencias preprocesales, lo que nos llevará de nuevo al problema de la mal llamada “prueba preconstituida y anticipada”, así como a tratar de su “inutilizabilidad” como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales en su obtención o práctica y su nulidad como consecuencia de la infracción de los presupuestos y requisitos necesarios en su ordenación y ejecución, lo que, en esta ocasión, nos conducirá a tratar el espinoso tema de la prueba ilícita y sus consecuencias (eficacia refleja). Cuestión que en la materia que nos ocupa resulta especialmente trascendente por cuanto en muchas ocasiones las diligencias realizadas tienen su continuación en análisis periciales y/o en otras diligencias de instrucción que pueden verse afectadas por la ineficacia o la nulidad de la investigación corporal.

En definitiva, las cuestiones objeto de estudio dan cuenta de la importancia de la materia que nos ocupa, evidencian su carácter interdisciplinario y ponen de manifiesto la dificultad de su tratamiento sistemático uniforme dada la heterogeneidad de la categoría en la cual confluyen otras instituciones jurídicas no menos complejas como puedan ser la prueba preconstituida o la prueba ilícita.

Una materia, pues, de singular relevancia dogmática y trascendencia práctica cuyo estudio no puede hacerse sino desde una concepción garantista del Derecho Procesal Penal enmarcado en la Constitución, a la luz de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por tales medidas.

Estudio que se ha llevado a cabo desde una triple perspectiva: legal, doctrinal y jurisprudencial. Así, desde un punto de vista legal, se ha tomado en consideración no solo la regulación existente en la LECrim con carácter general, sino también la existente fuera de dicho texto legal y más específica como pueda ser la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, aplicable a los cacheos superficiales y registros corporales; la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad vial, cuyo texto articulado fue aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, así como su Reglamento de desarrollo, donde se regula la denominada prueba de alcoholemia o, la más reciente LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, sin olvidar su más que previsible futura regulación a la vista del Anteproyecto de LECrim de 2011 y de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

Por lo que se refiere a la doctrina, hay que tener en cuenta que la escasez de estudios monográficos en materia de intervenciones corporales, sin duda debida a su falta de regulación con carácter general como medio de investigación en la LECrim, ha sido superada en los últimos tiempos con un copioso número de obras y artículos doctrinales sobre los distintos problemas que plantea la prueba de ADN, hasta el punto de convertir esta medida, dada su relevancia práctica y la certeza de sus resultados, en la piedra angular del sistema, llegando a extrapolar sus soluciones – sólo válidas, sin embargo, para este tipo concreto de diligencia – a los demás actos de investigación corporal.

Finalmente, se ha analizado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional en materia de derechos y libertades fundamentales, pero también la dictada en cuestiones de orden procesal penal como pueda ser en materia de prueba ilícita o de la denominada “prueba preconstituida y anticipada”. Se ha estudiado, asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada sobre la materia objeto de investigación, pero también la jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales que abordan, en no pocas ocasiones, con más proximidad, problemas concretos que no siempre llegan a las instancias superiores.

En definitiva, la presente tesis constituye un análisis legal, doctrinal y jurisprudencial de las inspecciones, registros e intervenciones corporales como actos de investigación en el ámbito del proceso penal desde una perspectiva teórica, pero al mismo tiempo pragmática, enmarcada en una concepción garantista y “neoconstitucionalista” del Derecho Procesal Penal.

I. CONCEPTO

1. Consideraciones generales: la necesaria delimitación conceptual de la categoría

El primer problema que plantea el estudio de las denominadas intervenciones corporales en nuestra legislación procesal es de orden conceptual. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no solo no existe en el proceso penal español un concepto legal de tales diligencias, sino que ni siquiera existía hasta hace pocos años una mínima regulación de las mismas en nuestra LECrim.

En efecto, hasta la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no se introdujo en la LECrim la posibilidad de acordar la obtención de muestras biológicas de un sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN mediante la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Con ello, sin embargo, no se preceptuaron las distintas modalidades de diligencias que suelen incluirse en el concepto de intervenciones corporales, ni mucho menos, sino que, únicamente, se reguló, y mal, por cierto, una variedad de estas medidas.

De todos modos, tampoco existe unanimidad ni doctrinal ni jurisprudencial respecto a cuáles sean las diligencias a incluir en tal concepto¹. Ciertamente, bajo dicho término se incluyen un sinnúmero de diligencias entre las cuales resulta difícil encontrar elementos comunes más allá del hecho de recaer sobre el cuerpo de una persona².

¹ Así, por ejemplo, Ángel GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Madrid, 1995, estudia los cacheos; los exámenes médicos, radiológicos y/o ecográficos; la utilización de medios químicos o psicotécnicos; el suministro forzoso de alimentos; la extracción sanguínea; el tratamiento hematológico forzoso y “otras medidas” que distingue entre leves – cortes de pelo, barba, electrocardiograma o electroencefalograma, toma de huellas y toma de fotografías –, ámbito en el que incluye la utilización del brazalete electrónico, y graves – órdenes de desnudarse y hacer flexiones y registros anales y vaginales –. El mismo autor, en su artículo, “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. III: Delitos contra la libertad y la seguridad, 1996, CGPJ, Madrid, págs. 27-146, trata como modalidades de intervenciones corporales: la toma de muestras de sangre, los cacheos y registros, la toma de huellas digitales, la toma de fotografías y muestras videográficas, las muestras de voz y cuerpos de escritura, los tratamientos sanitarios obligatorios y, por último, las intervenciones corporales en el ámbito carcelario. Eduardo de URBANO CASTRILLO y Miguel Ángel TORRES MORATO: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 185-198, tratan como supuestos concretos de intervenciones corporales en Derecho español los siguientes: la extracción de sangre, los análisis de sangre y orina, las exploraciones anales y vaginales, los exámenes radiológicos y médicos, la toma de huellas dactilares, los análisis de ADN, el suero de la verdad, el suministro forzoso de alimentos y la extracción de cabellos.

También la jurisprudencia, aun existiendo resoluciones que han intentado acotar la materia y a las que luego nos referiremos, sigue utilizando la expresión intervenciones corporales como un concepto abierto y genérico. Así, la STS de 21 de diciembre de 2010, núm. 1133/2010, con cita de la de 13 de abril de 2009, núm. 277/2009, establece: “... dentro del amplio abanico de intervenciones corporales susceptibles de ser acordadas en el seno del proceso penal, pueden sucederse actos de muy distinto carácter: la toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, cacheo externo, extracción de orina o examen radiológico, *son sólo algunas de las posibilidades que puede ofrecer la práctica* y a las que es preciso dar respuesta individualizada.” (f.j.4, la cursiva es nuestra).

² Así pues, las intervenciones corporales se caracterizan en nuestro ordenamiento jurídico por su heterogeneidad. Por todos, José Antonio DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN,

Estamos, por tanto, ante un concepto equívoco en cuyo seno tienen cabida, en un sentido amplio y poco técnico, según HERRERO-TEJEDOR ALGAR, actuaciones que abarcan desde investigaciones de la Administración aduanera o penitenciaria, hasta cacheos policiales o diligencias probatorias ordenadas por el órgano judicial, tanto en el curso de un proceso penal como en otros órdenes jurisdiccionales. Desde este punto de vista, dicho autor conceptúa las intervenciones corporales como “el examen de cuerpo humano por parte de agentes de los poderes públicos y con la finalidad de alcanzar fines relacionados con el Derecho”.³

Tal concepción amplísima debe delimitarse circunscribiendo, en primer lugar, las intervenciones corporales al ámbito del proceso penal, lo que permite excluir, de entrada, las diligencias que se realizan sobre el cuerpo humano en otros procesos, como puedan ser la esterilización de los declarados incapaces mediando consentimiento de sus representantes legales (STC 215/1994, de 14 de julio) o las pruebas biológicas en los procesos de filiación (STC 7/1994, de 17 de enero), aunque, sin duda alguna, tienen características comunes en cuanto a su adopción y ejecución⁴.

Y aún así delimitadas, existen intervenciones corporales que se practican antes de la incoación del proceso penal en sentido propio cuya inclusión dentro de la categoría es discutida doctrinalmente⁵. Así, por ejemplo, mientras para GÓMEZ AMIGO las intervenciones corporales deben adoptarse en el curso de un proceso penal pendiente que se configura de este modo como su ámbito funcional propio⁶, para RICHARD GONZÁLEZ los reconocimientos, inspecciones, registros e intervenciones corporales pueden tener lugar en el ámbito de la función de prevención y persecución de los delitos

sangre, etc.)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XII: Medidas restrictivas de derechos fundamentales, 1996, CGPJ, Madrid, pág. 73.

³ Fernando HERRERO-TEJEDOR ALGAR: “Intervenciones corporales: Jurisprudencia constitucional”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, Madrid, págs. 1890-1891. Así, atendiendo al ámbito procedimental o procesal en que se realizan y la autoridad que las ordena, distingue entre *intervenciones administrativas* (realizadas por la Administración aduanera o la Administración penitenciaria); *intervenciones policiales* (diligencias de reconocimiento en rueda, fotografías y exámenes dactiloscópicos o antropomórficos; cacheos y pruebas de alcoholemia); *intervenciones jurisdiccionales civiles* (esterilización de incapaces y pruebas biológicas tendentes a la investigación de la paternidad o maternidad); *intervenciones corporales en el proceso penal* (artículos 399, 438 y 785.8ª LECrim).

⁴ Precisamente, por ello, de forma puntual, se hará referencia en algunas cuestiones objeto de estudio a las posturas adoptadas doctrinal y jurisprudencialmente en materia de pruebas biológicas de paternidad.

⁵ Para Francisco ORTEGO PÉREZ: “Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal (En particular, las exploraciones radiológicas y su valoración probatoria)”, *La Ley*, núm. 6049, 28 de junio de 2004, pág. 2, son la mayoría y así, en una primera aproximación, conceptúa las intervenciones corporales como “actos de investigación *aseguratorios de la prueba*” que recaen sobre el cuerpo humano vivo, con la finalidad de encontrar elementos del delito, y que pueden practicarse tanto en el proceso penal como policialmente con carácter previo a su incoación.” En cambio, para M.ª Ángeles PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. (Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal)*, Valencia, 2008, pág. 17, los actos preprocesales no pueden ser calificados como diligencias de investigación, toda vez que no han tenido lugar al amparo del marco legal que ofrece un proceso penal abierto.

⁶ Luis GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Cizur Menor (Navarra), 2003, págs. 33-37.

atribuida a la policía en el ejercicio de sus funciones o como diligencia de investigación en el proceso penal⁷.

En principio, pues, puede afirmarse, como punto de partida, que las intervenciones corporales son actos de investigación u obtención de pruebas⁸ que se realizan en el ámbito de un proceso penal sobre el cuerpo de una persona⁹.

Obviamente, las intervenciones corporales se caracterizan, desde una perspectiva objetiva, por recaer sobre el cuerpo humano. Dicho atributo ha permitido afirmar que el único elemento común de tales medidas consiste, precisamente, en que se practican sobre el cuerpo de una persona que está viva y, en consecuencia, excluir como intervenciones corporales las autopsias¹⁰.

Sin embargo, no todas las actuaciones realizadas en el cuerpo de una persona constituyen intervenciones corporales¹¹. Realmente, la anterior característica no puede ser el único elemento definitorio de estas medidas. Es necesario valorar otros aspectos.

Así, desde una perspectiva subjetiva, debe tenerse en cuenta que las investigaciones corporales pueden realizarse en el proceso penal no solo sobre el imputado¹², sino sobre personas distintas, incluida la víctima del delito y que, si bien,

⁷ Manuel RICHARD GONZÁLEZ: “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, (Dir. Xavier Abel Lluh y Manuel Richard González), Madrid, 2011, págs. 389-390.

⁸ En estos términos, José Luis SEOANE SPIEGELBERG: “Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. V: Medicina Legal, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 403. También, GIL HERNÁNDEZ: “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, cit., pág. 44.

⁹ José María ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989, pág. 137, se refiere a las intervenciones corporales como “la utilización del cuerpo del propio imputado mediante actos de intervención en él a los efectos de investigación y comprobación de los delitos”.

¹⁰ Así, José Antonio DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1992, CGPJ, Madrid, pág. 138; Eduardo MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 166. GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 38 y “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, cit., pág. 45, excluye asimismo cualquier pericia tras la exhumación posterior del cadáver. Por el contrario, Jordi NIEVA FENOLL: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2012, pág. 144, considera las autopsias inspecciones corporales, aunque de un cuerpo sin vida, en tanto que con las mismas se investiga el interior de las personas.

¹¹ Como advierte José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal (Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales)*, Madrid, 1999, pág. 36, “el cuerpo humano vivo no puede constituir el único elemento físico definitorio de las intervenciones corporales, pues dentro de esta categoría se podrían incluir una pluralidad de medidas que recaen sobre el cuerpo humano pero que difieren en presupuestos esenciales como la existencia o no de reserva jurisdiccional, la reserva o no de la ejecución a favor de un profesional de la medicina, los diversos derechos fundamentales afectados y el diverso grado de injerencia en los mismos”.

¹² Aunque en el único supuesto regulado por la LECrim (art. 363, párrafo 2) se utiliza el término “sospechoso”, la necesaria resolución judicial que acuerde la medida atribuirá a éste automáticamente la

como regla general, deben ser acordadas por los órganos jurisdiccionales y practicadas por personal cualificado, razones de urgencia o de riesgo para el éxito de la investigación, en supuestos de injerencias de carácter leve, pueden justificar excepciones a dichos requisitos¹³.

Desde una perspectiva teleológica, su finalidad puede ser, a priori, tanto la búsqueda del cuerpo del delito como la identificación del autor o autores del mismo, aunque también hay quien incluye la concreción de aspectos relativos a la salud física o psíquica del sujeto afectado¹⁴. Y, sin perjuicio de su constitución como actos de investigación, se cuestiona su naturaleza como actos de prueba anticipada o preconstituida, además de su carácter pericial.

Finalmente, desde una perspectiva instrumental, se debate una de las cuestiones más controvertidas que entrañan las injerencias corporales, a saber, la posibilidad de empleo de la coacción física en su práctica, esto es, su ejecución sin consentimiento de la persona afectada.

La distinta posición que se adopte respecto a las cuestiones apuntadas comporta concepciones más o menos amplias o más o menos restringidas de las intervenciones corporales, tal como puede observarse en las definiciones suscritas por los distintos autores que se han ocupado del tema.

2. Posiciones doctrinales

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO define las intervenciones corporales dentro del proceso penal como “las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él”¹⁵.

condición de imputado por cuanto, desde el momento en que la sospecha proviene del órgano jurisdiccional, el sospechoso deviene imputado. Así, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ: “El imputado”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pág. 674.

¹³ Téngase en cuenta, en este sentido, que los actos de investigación pueden ser ordenados y realizados tanto por el juez de instrucción como por el Ministerio Fiscal en el ámbito de sus competencias o por la Policía Judicial. Así, José María ASENCIO MELLADO: *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2012, pág. 150.

¹⁴ Así, DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 138. En términos idénticos, MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 166.

¹⁵ Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, pág. 290. Definición aceptada, entre otros, por GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 37 y “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, cit., pág. 45; Gonzalo FERRER AMIGO: “Incidencia constitucional de las intervenciones corporales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 401-402; Victoria ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 20/21, 1997, pág. 188.

La laxitud de la citada definición da cabida a un amplio elenco de medidas, desde las más nimias a las más graves¹⁶, que se restringe exigiendo como requisitos ineludibles para su admisibilidad que no revistan peligro para la salud y que sean practicadas por un médico, de acuerdo con la «lex artis». A pesar de ello, sigue siendo un concepto amplio e inaceptable en lo que respecta a la admisión de coacción física¹⁷.

En cambio, GÓMEZ AMIGO considera como uno de los méritos de dicha definición, además de explicitar la exigencia de que las intervenciones corporales no pueden suponer un riesgo para la salud del sujeto pasivo de las mismas, el señalar que pueden realizarse sin necesidad de que concurra su consentimiento, así como su posible utilización para estudiar el estado psíquico de una persona a fin de determinar su grado de responsabilidad respecto de los hechos que se le imputan. Elementos que incluye en su definición de las medidas de intervención corporal como “diligencias sumariales de investigación y de obtención y aseguramiento de las fuentes de prueba (prueba preconstituida), que recaen o se practican sobre la materialidad física de la persona a los efectos de comprobar la existencia del hecho punible y la participación en el mismo del imputado y su grado de responsabilidad, restringiendo o limitando sus derechos fundamentales (integridad física o intimidad corporal, con carácter general); que pueden practicarse sin necesidad de que concurra el consentimiento del imputado; y que deberán decretarse en el curso de un proceso pendiente.”¹⁸

¹⁶ En Alemania se aceptan medidas como las punciones lumbares o la medición de líquidos cefalorraquídeos, aunque doctrina y jurisprudencia exigen, entre otros requisitos – su práctica por un médico especialista, la existencia de un alto interés de persecución penal basado en la gravedad del delito, fuertes sospechas de participación en el delito del sujeto afectado y un cierto grado de probabilidad de éxito de la medida – la más estricta aplicación del principio de proporcionalidad, según GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., págs. 291-292, quien rechaza, de una parte, las medidas que causen dolores, trastornos en la salud o molestias considerables a la persona, aunque sean transitorias, y, de otra, las medidas peligrosas para la salud aunque consienta el imputado, con la excepción, en este último caso, de aquellas cuya práctica sea considerada normal con fines terapéuticos e investiguen circunstancias que redunden en beneficio de la posible disminución de la responsabilidad penal del sujeto. En definitiva, sólo admite las intervenciones que afecten levemente al derecho a la integridad física. También en este sentido, GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 38.

¹⁷ Se trata de una definición más próxima al derecho procesal alemán que al estado actual de la cuestión en nuestro país en el que no se admite el recurso a la *vis física*. Por eso ha podido afirmar FERRER AMIGO: “Incidencia constitucional de las intervenciones corporales”, cit., pág. 402, que se trata de una definición “ajustada con carácter previo a cualquier regulación que exista o que en el futuro se pueda producir, al contemplar entre sus enunciados la posibilidad de coacción directa...”. Otros autores, en cambio, eluden en la definición la referencia al empleo de la coacción. Así, MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 166, define las intervenciones corporales como “todas aquellas medidas de investigación, que dentro del proceso, tienen por objeto el cuerpo de una persona, y cuya finalidad puede ser tanto la búsqueda del cuerpo del delito, como concretar aspectos relativos a la salud física o psíquica de dicha persona”. En este sentido, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 35, considera que uno de los elementos característicos de la definición de las intervenciones corporales ha de ser la alusión expresa a la inadmisibilidad del recurso a la coacción directa.

¹⁸ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, pág. 26. También incluye en la categoría, pese a reconocer que no tienen, en principio, carácter probatorio (de aseguramiento de las fuentes de prueba), las inspecciones y registros corporales practicados sobre los internos en centros penitenciarios. Además de constituir actos de averiguación o investigación dirigidos a garantizar el ejercicio del *ius puniendi* en el ámbito de la ejecución penal, considera que tales medidas pueden servir también para la comprobación de delitos y suponer el fundamento de una condena penal (o, en su caso, una sanción disciplinaria). Sin embargo, tales medidas de seguridad tienen fundamentalmente

DÍAZ CABIALE, por su parte, defiende una concepción más restringida. De entrada no comparte íntegramente la definición de GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO pues, entiende que también hay intervención corporal cuando existe consentimiento del sujeto pasivo y no considera necesaria en todo caso la presencia de un médico¹⁹. Sólo considera como intervenciones corporales aquellas que mantengan la tensión entre la búsqueda de la verdad y los derechos fundamentales de la persona²⁰. De este modo, excluye las actuaciones tendentes a delimitar la salud física o psíquica de una persona por no estar orientadas a la búsqueda del cuerpo del delito²¹; las intervenciones realizadas en terceros; las intervenciones corporales a efectos de control; las actuaciones realizadas sobre el cuerpo de una persona que no constituyan un acto de investigación (suministro forzoso de alimentos, transfusiones de sangre...); las actuaciones sobre el imputado relacionadas con su derecho a no declarar, a no confesarse culpable (las llamadas técnicas psicométricas) y, en fin, las intervenciones corporales más nimias (obtención de huellas dactilares, la toma de la voz, muestras de la escritura...)²².

En esta línea, ETXEBERRIA GURIDI afirma que las intervenciones corporales han de estar orientadas a la constatación de hechos y circunstancias relevantes para el proceso y para la investigación de la verdad²³. De este modo, concibe las intervenciones corporales como actos o diligencias de investigación y excluye todas aquellas medidas

carácter preventivo, se realizan para salvaguardar la salud e integridad física de los internos y la seguridad y el buen orden del centro penitenciario y, desde luego, no se realizan en el marco de ningún proceso pendiente ni son autorizadas por resolución judicial, salvo “los medios de control” que tras el resultado infructuoso de un cacheo con desnudo integral se consideren “adecuados” en caso de persistir la sospecha (art. 68.4 del Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero).

¹⁹ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 73, nota 4, cita como ejemplo el análisis de sangre.

²⁰ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 75, criterio que aún siendo discrecional, como él mismo afirma, permite eliminar la heterogeneidad de la categoría.

²¹ Sin embargo, el mismo autor en “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 138, admitía que la finalidad de las intervenciones corporales podía ser tanto la búsqueda del cuerpo del delito como determinar aspectos relativos a la salud física o psíquica de una persona.

²² DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., págs. 76-79. En parecidos términos, pero restringiendo el concepto de intervenciones corporales a la extracción del cuerpo de determinados elementos internos o externos, MÓNICA GARCÍA VILA: “Los cacheos: delimitación y clases”, *Actualidad Penal*, núm. 13, 2000-1, pág. 307, define las intervenciones corporales como “aquellos actos de investigación que tienen por objeto el cuerpo de la persona presuntamente culpable del hecho delictivo que se investiga y sobre la que existen indicios racionales de culpabilidad, que consisten fundamentalmente en la extracción de elementos externos o internos del propio cuerpo, y en las que se produce una verdadera tensión entre la búsqueda de la verdad y los derechos fundamentales que se ven implicados, y en la que es necesario, como en cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, la adopción de una serie de requisitos para garantizar en la medida de lo posible, esos derechos fundamentales afectados”.

²³ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 37.

que obedezcan a una finalidad distinta del esclarecimiento de los hechos. Así, su concepción es aún más restrictiva pues excluye “todas aquellas medidas que no responden a la finalidad de investigación del delito o que presentan una naturaleza radicalmente distinta a las diligencias de intervención corporal (los cacheos en sentido estricto o superficiales o de seguridad, las ruedas de reconocimiento, la toma de huellas dactilares o de fotografías, etc.)”. Por el contrario, incluye “las medidas encuadrables en lo que se ha venido a denominar inspección corporal (con la salvedad que han de afectar con mayor o menor intensidad al pudor o a la intimidad corporal); los registros corporales que excedan de los meros cacheos superficiales antes señalados; las diligencias que supongan una intervención (sólo de inspección o de búsqueda o actuación médica) en los orificios naturales del cuerpo (ano, boca y vagina); se comprenderían también aquellas medidas que implican una lesión de los tejidos o revestimientos cutáneos y musculares (el equivalente a las injerencias corporales alemanas); de igual modo, la extracción de muestras o tejidos corporales encaja perfectamente en la categoría a que nos referimos”. Para este autor, lo que caracteriza a todas estas medidas, aparte de recaer sobre el cuerpo humano, es el sometimiento a una serie de presupuestos comunes²⁴.

Sin embargo, lo cierto es que, dada la heterogeneidad de la categoría, no resulta nada fácil someter los diferentes supuestos de intervenciones corporales a un mismo régimen jurídico, hasta el punto de que algún autor considera imposible su tratamiento unitario²⁵.

Para IGLESIAS CANLE, quien no comparte el afán de ETXEBERRIA GURIDI por establecer un único régimen jurídico para las distintas clases de intervenciones corporales, todas las medidas que respondan a la finalidad de investigar los hechos delictivos y determinar su participación en ellos y que recaigan sobre el cuerpo del imputado o de terceros, deben tener la consideración de intervenciones corporales²⁶. Categoría amplia en la que incluye los denominados registros o inspecciones y excluye los cacheos superficiales practicados por la policía y la toma de fotografías o de huellas dactilares. En este concepto amplio comprende dicha autora “los registros corporales que excedan de los meros cacheos superficiales (tactos o registros anales, bucales o vaginales), todas aquellas medidas que impliquen una lesión de los revestimientos cutáneos o musculares, (tales como la extracción de líquidos, tejidos, vestigios o muestras orgánicas), exámenes radiológicos y ecográficos, electrocardiogramas, test de alcoholemia y de estupefacientes y reconocimientos psiquiátricos.”

²⁴ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 64-65. El mismo autor expone más sintéticamente su posición en “La intervención médica en las diligencias procesales de investigación”, *Estudios de Derecho Judicial*, vol. 26: Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios, 2000, Ministerio de Sanidad y Consumo y CGPJ, Madrid, págs. 123-127.

²⁵ Así, Francisco Javier MONTERO LA RUBIA: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1970, agosto 2004, pág. 9, para quien cualquier tratamiento sistemático de las intervenciones corporales, en cuanto a los requisitos de su validez, precisa de una radical distinción entre aquellas que limitan o restringen derechos fundamentales y los que por su escasa entidad no los comprometen.

²⁶ Inés IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, 2003, pág. 27.

Por último, cabe reseñar el concepto de MATALLÍN EVANGELIO quien considera intervenciones corporales aquellas intromisiones en el cuerpo de la persona que, practicadas con la finalidad de constatación de hechos y circunstancias relevantes para el proceso y para la averiguación de la verdad, limiten los derechos fundamentales a la intimidad personal y/o integridad física y/o moral²⁷.

3. Diligencias excluidas

En definitiva, no todas las injerencias que se realizan en el cuerpo de una persona pueden configurarse como intervenciones corporales en sentido jurídico procesal penal, sino sólo aquellas que tengan una determinada finalidad. El elemento teleológico se constituye en el eje definidor de las medidas y permite conceptualizar únicamente como intervenciones corporales aquéllas que constituyan actos de investigación²⁸.

Esta concepción jurídico procesal de las intervenciones corporales permite delimitar la categoría y comporta la exclusión de todas aquellas actuaciones realizadas sobre el cuerpo de una persona que no constituyan diligencias orientadas al descubrimiento y constatación de los hechos criminales y sus circunstancias y la persona o personas que los hayan podido cometer. Por tanto, quedan excluidas²⁹:

²⁷ Ángela MATALLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, Valencia, 2008, pág. 31. Concepto construido, según dicha autora, a partir del significado gramatical de los términos, aunque no parece, sin embargo, que el significado “gramatical” de la expresión intervenciones corporales – más allá de su consideración como actividades de intromisión en el cuerpo humano – permita deducir, sin más, su incidencia en sentido restrictivo sobre los derechos fundamentales de la persona, aunque en su práctica, como tendremos ocasión de exponer, ciertamente, la conlleven.

²⁸ Juan Luis GÓMEZ COLOMER, con Juan MONTERO AROCA, Alberto MONTÓN REDONDO y Silvia BARONA VILAR: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 20ª ed., Valencia, 2012, pág. 153, define las diligencias o actos de investigación como “los que se realizan en el procedimiento preliminar (sumario o diligencias previas) para descubrir los hechos criminales que se han producido y sus circunstancias, y la persona o personas que los hayan podido cometer, de manera que una vez investigado todo ello quede preparado el juicio oral o, en su caso, tenga que a (sic) terminar el proceso penal por sobreseimiento”. Vicente GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 414, conceptúa los actos de investigación o instructorios, denominados en la práctica forense “diligencias sumariales”, como “actos de las partes y del Juez de Instrucción mediante los cuales se introducen en la fase instructora los hechos necesarios, bien para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, bien para evidenciar la ausencia de algún presupuesto condicionante de la apertura del juicio oral”. Con todo, como bien advierte José María RIFÁ SOLER: “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2010, pág. 167, en aras de una mayor precisión conceptual, ni todos los actos de instrucción son de investigación, ni todos los actos de investigación son de instrucción. Esto último sólo sucede cuando la investigación criminal la realiza el juez de instrucción, pues instrucción e investigación criminal son dos actividades distintas, pudiendo ser realizada ésta (preprocesal) por otros funcionarios públicos o, incluso, personas privadas. Actos de investigación de hechos criminales que no tendrán la consideración de instrucción hasta que no sean aportados al proceso.

²⁹ Por supuesto, también deben entenderse excluidas aquellas otras diligencias que no cumplan los demás requisitos exigidos como, por ejemplo, las muestras de escritura, por no recaer sobre el cuerpo de la persona. En contra, GIL HERNÁNDEZ: “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, cit., págs. 108-111, estudia los cuerpos de escritura, junto con las muestras de voz, como una modalidad de intervenciones corporales.

3.1. *Las intervenciones médicas forzosas*

Bajo tal denominación se engloban todos aquellos supuestos en que el sujeto se niega, de forma voluntaria y consciente, a recibir el tratamiento médico necesario. Son los casos, por ejemplo, de las huelgas de hambre reivindicativas o las transfusiones sanguíneas a testigos de Jehová. No se consideran tales, por tanto, los supuestos en que el sujeto se coloca en situación de recibir tratamiento médico (autolesiones, suicidio frustrado...) en los cuales no consta, en la mayoría de ocasiones, dada la finalidad del acto, el rechazo voluntario, expreso y consciente de dicho tratamiento.

Los supuestos aquí tratados tienen en común el rechazo voluntario y expreso del sujeto a recibir tratamiento médico. El sujeto es consciente de la necesidad de ese tratamiento pero se niega a recibirlo, aunque no por un deseo de destrucción de su propia vida, a diferencia del suicidio. El carácter reivindicativo de su actitud, la afirmación de determinados derechos y libertades crean un verdadero conflicto o colisión de intereses en que la intervención médica deviene forzosa³⁰, siendo su finalidad primordial preservar la vida del sujeto afectado³¹.

Como prototipo de intervenciones médicas forzosas se cita el suministro forzoso de alimentos³², concretamente, a internos en instituciones penitenciarias³³, cuya problemática en relación a las huelgas de hambre protagonizadas por varios presos del GRAPO ha sido tratada por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones³⁴. Sin

³⁰ Estas situaciones se diferencian, según Rafael GOMARIZ PARRA: “Algunas consideraciones sobre las huelgas de hambre y las autolesiones en el ámbito penitenciario”, *La Ley*, 1990, vol. III, pág. 904, por su finalidad y motivación, así como por el modo de iniciarse el proceso causal. Así, mientras la huelga de hambre reivindicativa se inicia voluntariamente y con ella el sujeto persigue la consecución de determinadas mejoras en su situación, la negativa a recibir tratamiento médico se inicia por causas naturales o externas y con ella el sujeto afirma su libertad y su derecho a obrar según su conciencia.

³¹ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 77. Tal finalidad sitúa el suministro forzoso de alimentos al margen de las intervenciones corporales. Así también, MATA LLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, cit., pág. 17.

³² Así, GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., págs. 89-100; URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO: *La prueba ilícita penal*, cit., págs. 102-103. También consideran el suministro forzoso de alimentos como un supuesto de intervención corporal, José María RIFÁ SOLER, José Francisco VALLS GOMBAU y Manuel RICHARD GONZÁLEZ: *El proceso penal práctico*, 6ª ed., Madrid, 2009, pág. 610. Posteriormente, este último autor en su artículo “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, cit., pág. 439.

³³ Sobre este particular, José Luis DÍEZ RIPOLLÉS: “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, págs. 603-659; Diego-Manuel LUZÓN PEÑA: “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, número 238, 1987, págs. 47-60; Santiago MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRIES: “Relevancia jurídico-constitucional y penal de la huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Actualidad Penal*, número 8, 1991, págs. 101-118.

³⁴ En la primera de ellas, STC 120/1990, de 27 de junio, el recurso de amparo tenía por objeto la resolución judicial que autorizaba y obligaba a la Administración Penitenciaria a prestar asistencia médica a los reclusos en huelga de hambre en cuanto implicase la alimentación forzosa en contra de la voluntad de los mismos – aunque excluyendo en todo caso la alimentación por vía bucal mientras se mantuvieran conscientes – cuando, de acuerdo con los conocimientos médicos, esa alimentación fuese necesaria para

embargo, en ninguna de estas ocasiones la intervención médica tenía por objeto la investigación de hechos criminales y sus circunstancias, sino salvar la vida de los huelguistas en el momento oportuno para ello. Finalidad que excluye su consideración como actos de investigación y, por tanto, como intervenciones corporales en el sentido que aquí importa, igual que ocurre con las transfusiones sanguíneas forzosas³⁵.

Por el contrario, el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de octubre de 2008, núm. 707/2008, tras conceptuar como intervenciones corporales todos aquellos actos de investigación de conductas delictivas que afectan al cuerpo de las personas sobre las que se realizan y cuyo objetivo inmediato puede ser bien diverso, como comprobar una

impedir el riesgo de muerte. En la STC 137/1990, de 19 de julio, se reiteraron los argumentos de la anterior dada la identidad de situaciones y pretensiones, difiriendo únicamente en la argumentación relativa a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, donde se rechazaba el posible reproche de los medios empleados por la falta de alegación de los recurrentes. La STC 11/1991, de 17 de enero, abordó el mismo problema pero con un planteamiento inverso dado que en esta ocasión el recurso de amparo fue interpuesto por el Ministerio Fiscal – al cual se adhirió el abogado del Estado – frente a resoluciones judiciales que, según su criterio, vulneraban la doctrina establecida en las sentencias anteriores y los artículos 15 y 24.1 CE al impedir que la Administración Penitenciaria prestase al recluso en huelga de hambre la asistencia sanitaria a que venía obligada por el art. 3.4 LOGP. El Tribunal desestimó el recurso al considerar que el problema radicaba en la determinación del momento y forma en que había de procederse coactivamente ante la actitud del interno, cuestión ajena a su jurisdicción. En consecuencia, no entró a analizar la posible vulneración de derechos fundamentales por las resoluciones judiciales recurridas. Por último, en la STC 67/1991, de 22 de marzo, el Tribunal otorgó el amparo solicitado por el Ministerio Fiscal por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración Penitenciaria toda vez que las resoluciones objeto de recurso se pronunciaron sobre un asunto que ya había sido objeto de debate ante la jurisdicción ordinaria y que había concluido por resolución firme de fondo. En este caso, las reclusas en huelga de hambre reivindicativa, pese a que habían obtenido resoluciones judiciales firmes, como consecuencia de un traslado penitenciario, plantearon nuevamente la cuestión sobre el tratamiento médico y la alimentación forzosa a que estaban sometidas en virtud de dichas resoluciones. El Tribunal Constitucional no entró en el fondo de la cuestión dado que con anterioridad había inadmitido por Auto 406/1990 el amparo solicitado por otros internos – entre los que se encontraban las recurrentes – por haberse desestimado en el fondo recursos sustancialmente iguales resueltos, respectivamente, por las SSTC 120/1990 y 137/1990.

³⁵ En materia de transfusiones sanguíneas, vid. los autos del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1978, 14 de marzo de 1979 y 22 de diciembre de 1983 (estos dos últimos comentados por Miguel BAJO FERNÁNDEZ: “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto 1979, págs. 491-500 y “Agresión médica y consentimiento del paciente”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, págs. 127-138); el ATC de 20 de junio de 1984 y la STS de 27 de marzo de 1990, citados por GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., págs. 111-113. Además de las resoluciones citadas, véase el auto de la Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, de 6 de marzo de 1995 y la STS de 27 de junio de 1997, núm. 950/1997, que condenó a los padres de un menor, testigos de Jehová, como autores de un delito de homicidio en la modalidad de comisión por omisión, con la concurrencia de la atenuante de obcecación como muy cualificada, dada la seria afectación de su capacidad para conocer lo injusto del hecho. Dicha sentencia, sin embargo, fue posteriormente anulada por la STC 154/2002, de 18 de julio, por entender que la actuación de los padres se hallaba amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa, sin que les fuera exigible, en virtud de su especial posición jurídica respecto de su hijo menor, una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor. Aplicando la doctrina dimanante de tal sentencia, sendos autos de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, de 22 de septiembre de 2004 y 18 de marzo de 2005, declararon no ajustada a Derecho la autorización de transfusión sanguínea acordada por el juzgado de instrucción por cuanto el apelante antes de la operación ya había manifestado expresamente y por escrito su negativa a recibir una transfusión sanguínea en el caso de que dicha actuación resultara necesaria encontrándose inconsciente. Así también, más recientemente, auto de la Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, de 25 de enero de 2011.

identificación, la ingestión de bebidas o sustancias o conocer si se ocultan elementos que puedan servir para la prueba de un delito, añade que, en un sentido amplio, “también podrían extenderse a aquellos casos en los que no se persigue un fin investigador sino preservar la vida mediante el suministro forzoso de alimentos o transfusiones de sangre” (f.j.2)³⁶.

A nuestro juicio, sin embargo, deberán entenderse excluidas cuantas intervenciones médicas autorizadas judicialmente no constituyan actos de investigación. Así ocurrirá, por ejemplo, con la esterilización de los deficientes psíquicos dada la finalidad de la norma (art. 428.2 CP 1973, en la redacción dada por LO 3/1989, de 21 de junio, y actual art. 156 CP 1995).

3.2. *Las actuaciones médicas tendentes a delimitar la salud física o psíquica de una persona*

Al igual que DÍAZ CABIALE, excluimos tales diligencias por no estar orientadas a la búsqueda de la verdad, aunque resulten imprescindibles a efectos de determinación de la responsabilidad penal del imputado³⁷.

Además, debe tenerse en cuenta que los exámenes psiquiátricos o psicológicos no inciden sobre el cuerpo de la persona, ni siquiera superficialmente³⁸. Según el auto del Tribunal Constitucional 230/1994, de 18 de julio, los reconocimientos psicológicos acordados como medidas de investigación al amparo del artículo 381 LECrim a fin de verificar la influencia que determinados rasgos de la personalidad del individuo puedan tener en la determinación de su responsabilidad por el hecho delictivo no vulneran el principio de libre autodeterminación personal ni el derecho a la libertad ideológica del sujeto afectado por la medida.

³⁶ En definitiva, para el Tribunal Supremo, las intervenciones corporales comprenden “cualquier tipo de intervención en el cuerpo humano sin contar con el consentimiento de la persona afectada, siempre que pueda realizarse sin riesgo para su salud o integridad física, y que respondan a razones de gravedad y proporcionalidad” (f.j.2). En esta línea, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 125, pese a reconocer que la alimentación forzosa y asistencia médica obligatoria no es una medida de seguridad, ni cumple una finalidad de investigación, considera que constituye una intervención corporal al suponer una injerencia grave sobre la integridad corporal del recluso.

³⁷ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 76. Siguiendo a este autor, GARCÍA VILA: “Los cacheos: delimitación y clases”, cit., pág. 302.

³⁸ En este sentido, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 29 y 109, para quien los exámenes psiquiátricos o psicológicos no constituyen intervenciones corporales, sino diligencias sumariales para la determinación de las circunstancias personales del imputado, si bien considera admisible el análisis del estado psíquico del imputado mediante intervenciones corporales que, además de proporcionar un diagnóstico fiable, no supongan injerencias graves para la salud o dolor o molestias considerables.

3.3. *Las intervenciones corporales realizadas en el ámbito carcelario*

Dichas intervenciones se enmarcan dentro de la relación de sujeción especial entre internos y administración penitenciaria³⁹ y responden a las potestades de vigilancia y seguridad del establecimiento, incluyendo aquí las medidas acordadas a efectos de control. La finalidad de estas medidas difiere, pues, de la finalidad propia de las diligencias de investigación, aunque hayan servido para descubrir un delito y de fundamento a una condena penal⁴⁰.

³⁹ La jurisprudencia constitucional configura la relación jurídica entre internos y administración penitenciaria como una relación especial de sujeción, la cual no debe ser entendida como una situación de dependencia y subordinación que implique restricción de los derechos de los internos, sino como un entramado de derechos y deberes recíprocos. Así lo afirma la STC 35/1996, de 11 de marzo: “las relaciones jurídicas que, con ocasión del internamiento en un centro penitenciario se establecen entre las personas reclusas en el mismo y la Administración Penitenciaria, tienen naturaleza de relación especial de sujeción (SSTC 74/1985, 2/1987, 120/1990, 57/1994 y 129/1995) y así se desprende del art. 25.2 CE. En la STC 2/1987 se señalaba que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su „status libertatis“, adquieren el „status“ específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres (doctrina que se recoge en la STC 57/1994). Esa relación de sujeción especial que, en todo caso, debe ser entendida en un sentido compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales (SSTC 120/1990 y 137/1990), origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración Penitenciaria y el recluso” (f.j.2).

Ese entramado de derechos y deberes recíprocos queda perfectamente reflejado por lo que a los internos se refiere en los artículos 4 y 5 del Reglamento Penitenciario. De ese conjunto de derechos-deberes se destaca, en la jurisprudencia analizada, por un lado, la obligación de la institución penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los internos (art. 3.4 LOGP y art. 4.2 RP) y la de retención y custodia de los internos (art. 1 LOGP y art. 2 RP) -con el consiguiente deber de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar tal finalidad-; por otro, el deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interno reguladoras de la vida del establecimiento (art. 4 b LOGP y art. 5.2 b RP).

En consecuencia, los poderes de la Administración Penitenciaria vienen limitados por los derechos de los internos y están sometidos a control judicial. La citada STC 35/1996 establece en este sentido: “Los poderes específicos que la Ley atribuye a la Administración Penitenciaria para prevenir y eliminar alteraciones del régimen disciplinario y también para sancionar administrativamente las infracciones de dicho régimen que puedan cometer los internos (SSTC 74/1984, 2/1987, 190/1987, 161/1993, 229/1993, 297/1993 y 129/1995) vienen limitados por los derechos fundamentales de los mismos y sus actos no están exentos de un control judicial „habida cuenta de las garantías establecidas en el art. 9.3 CE, y las fijadas en el art. 106.1 de la misma CE (SSTC 73/1983 y 129/1995). Control que corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria [art. 76.2 e) de la LOGP], a quienes por tanto compete a través del procedimiento correspondiente determinar si existió o no vulneración de los derechos fundamentales de dichas personas” (f.j.2). Así pues, la relación disciplinaria se configura así como una relación jurídica administrativa y no penal.

⁴⁰ En contra, GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., págs. 89-100 y “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, cit., págs. 111-122; URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO: *La prueba ilícita penal*, cit., págs. 102-103. Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 327-328 constituyen actuaciones “encuadrables, a priori, en la categoría de intervenciones corporales”. María José MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, *Manuales de Formación Continuada*, vol. 12: La prueba en el proceso penal, 2000, CGPJ, Madrid, pág. 116, incluye en el concepto de intervenciones corporales, tomado de GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “las llevadas a cabo sobre el cuerpo o persona del condenado a pena privativa de libertad con la finalidad de prevenir delitos y asegurar el orden en el Centro Penitenciario”. También, como hemos expuesto anteriormente, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 36-37, considera las inspecciones y registros corporales practicados sobre los internos en centros penitenciarios no sólo como

Así, por ejemplo, cuando el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, prevé la colocación de dispositivos telemáticos adecuados u otros mecanismos de control suficiente, aceptados por el interno, a fin de controlar su presencia fuera del Centro eximiéndole de su obligación de pernoctar en el establecimiento de régimen abierto, dicha medida no constituye un acto de investigación, sino una medida de control propia de un régimen administrativo de especial sujeción en el cumplimiento de una pena dispuesta por una sentencia firme⁴¹.

3.4. Las denominadas técnicas psicométricas

Técnicas psicométricas son los métodos empleados para profundizar en el examen psicológico del individuo. Dichas técnicas, en el ámbito del proceso penal, permitirían una exploración del imputado – y de los testigos, en su caso – más profunda, sin limitaciones ni barreras interpuestas por el sujeto, en búsqueda de la verdad material⁴².

actos de averiguación o investigación dirigidos a garantizar el ejercicio del *ius puniendi* en el ámbito de la ejecución penal, sino como medidas aptas para la comprobación de delitos que pueden suponer el fundamento de una condena penal (o, en su caso, de una sanción disciplinaria). Sin embargo, la finalidad que se atribuye a dichas medidas difiere de la finalidad propia de las diligencias de investigación. Como dice Teresa ARMENTA DEU: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Barcelona, 2012, pág. 161, no sirven a ninguna investigación, sino que obedecen más bien a la necesidad de seguridad en los centros penitenciarios.

⁴¹ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 77. Así también lo prevé el artículo 48.4 del Código Penal para las penas de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal y la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. Ni siquiera en el caso de que estas medidas se apliquen fuera del ámbito carcelario y de ejecución de penas, sino en el seno de un proceso penal, pueden ser consideradas actos de investigación corporal y, por tanto, intervenciones corporales, sino medidas de garantía del buen fin de las medidas cautelares ya existentes. Así, Jordi NIEVA FENOLL: “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, *Revista Poder Judicial*, núm. 77, págs. 201-220.

⁴² José Luis VÁZQUEZ SOTELO: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984, pág. 156, distingue dos tipos de métodos o procedimientos: los que mantienen al sujeto en estado de conciencia, “respetando por lo tanto su situación de „conocimiento” aunque no tanto su libertad” y los que “colocan al sujeto en un „estado segundo”, de inconsciencia, para de este modo interrogarlo sin que pueda reaccionar apoyado en su conciencia. En este segundo caso el medio consiste en suministrar al interrogado una droga o narcótico y bajo sus efectos proceder al interrogatorio (de ahí la denominación de narcoanálisis)”. Entre los *métodos psicométricos o de psicoanálisis* distingue los orientados a determinar la capacidad de atención del sujeto (cita los experimentos de Sterzinger y los test de Roschach), la sensibilidad perceptiva (cita el aparato llamado *taquistócopo*) o depurar las afirmaciones (cita el detector de mentiras o *lie-detector* y, como antecedentes, el *automatógrafo*, el *pneumógrafo* o el *esfigmomanómetro* y el *psico-galvanómetro*, aparato inicialmente denominado „Pathomer”, sucesivamente perfeccionado hasta el „cardioneuromoscograma” o *polígrafo*.

Eugenio CUELLO CALÓN: “Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona”, *Anuario de Derecho Penal*, 1949, pág. 47, cita como pruebas psicométricas el detector de mentiras, el examen del reflejo psicogalvánico y la prueba de Jung. En parecidos términos, GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 88. Frente a los anteriores, el método de narcoanálisis consiste, según CUELLO CALÓN: “Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona”, cit., pág. 37, en “la aplicación de sustancias narcóticas como medio de escudriñar y descubrir en los acusados y sospechosos las ideas,

De forma categórica, doctrina y jurisprudencia consideran inadmisibles la prueba de narcoanálisis, aun con el consentimiento del sujeto afectado⁴³. Constituye una hipótesis de prueba ilícita por ser contraria a derechos y libertades fundamentales (art. 11.1 LOPJ): un ataque a la dignidad humana y una limitación a la libertad de autodeterminación de la persona sometida a ella. Legalmente inadmisibles y, además, de escasa fiabilidad (SSTS 22 de mayo de 1982; 26 de noviembre de 1991 y 23 de junio de 1997)⁴⁴.

pensamientos y recuerdos enterrados en las capas más profundas del psiquismo, y de obtener de este modo la confesión de su delito o la prueba de su inocencia”.

⁴³ Con todo, Antonio QUINTANO RIPOLLÉS: “Una revolución en la técnica procesal. Las pruebas clínicas de veracidad”, *Revista de Derecho Procesal*, 1950, pág. 659-662, planteaba la admisibilidad procesal de tales medios como pericias que permitiesen, no tanto obtener una confesión contra la voluntad del sujeto, sino valorar, mediante una exploración adecuada, su porcentaje de verosimilitud.

⁴⁴ La STS de 22 de mayo de 1982 habla de narcodiagnóstico, narcosugestión, narcohipnosis, narcosíntesis y narcocatarsis como “conceptos todos ellos indicativos de que la psicoterapia de que se valen se consigue mediante el empleo de métodos en que el vehículo adecuado es un narcótico administrado al organismo, por vía endovenosa y lentamente, y que provoca en el sujeto receptor una liberación de inhibiciones que le llevarán a declarar la verdad en tanto en cuanto se encuentren bajo la influencia de la droga, y de ahí su común y en un tiempo feliz expresión de suero de la verdad, y que llevan al sujeto a un estado de narcosis y que se patentiza por somnolencia, obnubilación y, finalmente, pérdida de la sensibilidad y de la conciencia, aun cuando, hoy por hoy hayan sido sometidas a nuevas revisiones las conclusiones de antaño, restándoles fiabilidad y afirmando que no han logrado la aceptabilidad científica para establecer la verdad en los términos absolutos con que antes se predicaba” (cdo. 2).

Para la citada sentencia, “...la falta de fiabilidad de sus resultados, los eventuales peligros que su empleo entraña, y, sobre todo, la seria objeción que supone su admisión indiscriminada, llevarían a conculcar los principios de legalidad [...], en tanto en cuanto supondrían una forma indirecta y torticera de obtener la confesión del reo, y, a la postre, porque supondría un desprecio de la persona humana en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano” (cdo. 5). Razonamiento avalado posteriormente por el Tribunal Constitucional en auto de fecha 16 de enero de 1985, núm. 21/1985.

Ejemplo de su peligrosidad es la muerte causada por la inyección endovenosa de pentotal sódico a un paciente, sometido a narcoanálisis, que se encontraba todavía en fase digestiva. Es el supuesto fáctico juzgado en la STS de 24 de noviembre de 1989 que condenó al médico procesado como autor de un delito de imprudencia temeraria, no profesional, con resultado de muerte.

Libertad y dignidad humana son los argumentos esgrimidos por la STS de 26 de noviembre de 1991 para rechazar el narcoanálisis como método de investigación criminal, incluso cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten: “La confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el art. 15 de la Constitución Española. Pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten. La dignidad humana no es negociable, tampoco la libertad. El ordenamiento jurídico, y con él, los tribunales, han de velar por estos valores explícitos en la Constitución. El imputado no puede invitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que le sitúen en posición de carencia de libertad. En ese instante ha perdido su libertad, su dignidad y la propia grandeza del ser humano. Suponiendo, por vía de hipótesis, la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable al acusado no sería aceptable porque faltaría la libertad de la declaración y, siendo así, lo procedente es rechazarlo de forma incondicionada”. [...] “Por eso la doctrina científica, en general, entiende que el narcoanálisis y todas sus manifestaciones, dentro de la criminalística, significan un profundo ataque al conjunto psicofísico de la persona y por interrumpir precisamente la actuación del núcleo de la personalidad afecta a la libertad de la persona humana y su aplicación con fines de tomar declaraciones es absolutamente inadmisibles sin consentimiento del sujeto, pero que incluso con su consentimiento un interrogatorio en estado crepuscular no sería una declaración en sentido procesal, porque faltarían los presupuestos indispensables para ser tenida en cuenta, como ya se dijo, independientemente de que las respuestas dadas en dicho estado crepuscular ni siquiera se corresponden con la verdad objetiva, sino con representaciones de la capa profunda de la personalidad” (f.j.1).

En este sentido, la Propuesta de Código Penal de 2013, tras establecer, al regular la declaración del encausado, que no se podrá emplear con el mismo género alguno de coacción o fuerza de ninguna clase, añade que no se podrá menoscabar su libertad de resolución mediante la administración de sustancias que alteren la capacidad de recuerdo, comprensión o decisión, hipnosis o engaño. Del mismo modo, tampoco se podrá hacer uso de sistemas o dispositivos que valoren la certeza de la declaración (art. 266.2ª regla).

3.5. *Los cacheos preventivos*

Desde la perspectiva de las intervenciones corporales, únicamente los cacheos y registros realizados con carácter postdelictual responden a la finalidad exigida para la delimitación conceptual de tales medidas (descubrir el cuerpo del delito)⁴⁵.

En efecto, los procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones corporales concebidas como diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios. Se practican conforme a normas de policía y con distinta finalidad, sin perjuicio de que en su ejecución puedan hallarse materiales que justifiquen el inicio de la investigación penal⁴⁶.

Ciertamente, no concurren en estos actos los supuestos de flagrancia delictiva o urgencia en actuar que justifican la actuación policial en el caso de los cacheos

Reitera estos argumentos, con cita de la anterior, la STS de 23 de junio de 1997, núm. 900/1997, enfatizando la capacidad de autodeterminación del sujeto: “La persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, tiene derecho a guardar silencio y a reservarse aquellos datos o hechos que considere perjudiciales a sus intereses, para lo que es necesario disfrutar de un absoluto dominio de la voluntad. Su declaración tiene el contenido que ha querido darle sin que sea más o menos cierta por el hecho de que posteriormente realice otra bajo los efectos de los llamados sueros de la verdad. Si se admite científicamente, cosa discutible, que el suero de la verdad impide alterar la veracidad de lo declarado, tenemos que reconocer que la voluntad se encuentra cautiva y bajo los efectos enervantes de los fármacos suministrados” (f.j.2).

En otras sentencias, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de reiterar, *obiter dicta*, la inadmisibilidad como medio de prueba del narcoanálisis (STS 21 de septiembre de 1988) o suero de la verdad (STS 28 de abril de 1992). En la sentencia de 25 de abril de 1989, no entró a valorar el problema jurídico-procesal del lícito empleo de la “hemineurina” como suero de la verdad porque la prueba pericial practicada no consiguió el resultado propuesto (no sólo determinar la capacidad mental de la procesada al realizar el hecho de autos sino su real participación en los hechos).

GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 28-29, nota 24, cita también como resoluciones aisladas que admiten la eficacia probatoria de pruebas periciales psiquiátricas realizadas con utilización del narcoanálisis las SSTS de 19 de enero y 12 de junio de 1995, núm. 43/1995 y 776/1995, respectivamente. Sin embargo, en estos casos, se trata de pruebas no acordadas judicialmente, sino utilizadas como método de diagnóstico o análisis por peritos privados. No, por tanto, como método de obtener la confesión del reo.

⁴⁵ Así, DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., págs. 79-80. Sobre este particular, vid. *infra* II.2.1.

⁴⁶ Por análogas razones, rechazaremos asimismo las denominadas “pruebas de alcoholemia” realizadas con carácter preventivo – no postdelictual – como medidas de intervención corporal.

postdelictuales, sino que se realizan por simples sospechas, muchas veces más cercanas a las conjeturas o suposiciones que a verdaderos indicios fundados en datos objetivos⁴⁷.

En este sentido, la Propuesta de Código Penal de 2013 regula los registros corporales externos, sin perjuicio de las funciones legalmente encomendadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la *prevención* de los delitos, como medidas postdelictuales, puesto que prevé que los funcionarios de la Policía Judicial podrán registrar externa y superficialmente “a las personas sospechosas de haber participado en la comisión del delito que esté siendo investigado cuando existan motivos para suponer que ello puede conducir al hallazgo de instrumentos o efectos del delito u otros objetos que puedan ser relevantes para la investigación de los hechos” (art. 281.1)⁴⁸.

3.6. Otras diligencias excluidas

Por último, debe advertirse que diligencias como el reconocimiento en rueda⁴⁹, la toma de huellas dactilares⁵⁰, la toma de fotografías⁵¹ o, incluso, la identificación de la

⁴⁷ En efecto, en estos casos, los indicadores que originan las sospechas, individual o conjuntamente considerados, radican fundamentalmente en las circunstancias del lugar (entre otras, SSTS de 26 de marzo de 1993, núm. 724/1993, f.j.3 y 31 de enero de 1994, núm. 163/1994, f.j.1), el conocimiento previo del sospechoso (entre otras, SSTS de 1 de febrero de 1995, núm. 89/1995, f.j.6 y 2 de febrero de 1996, núm. 74/1996, f.j.3) o su conducta y actitud ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (entre otras resoluciones, AATS de 2 de noviembre de 1995, núm. 1584/1995, f.j.2 y 14 de febrero de 1996, núm. 280/1996, f.j.1), a los cuales se añaden elementos como la hora de los hechos, el carácter de la actuación policial, etc. (v. gr., ATS de 18 de octubre de 1995, núm. 1501/1995, f.j.único), aunque, también se basan, a veces, en meras confidencias (p. ej., STS de 9 de mayo de 2001, núm. 792/2001, f.j.2).

⁴⁸ La cursiva es nuestra. Igualmente, el Anteproyecto de LECrim de 2011 regulaba las inspecciones corporales, concebidas como reconocimientos externos sin injerencia física sobre el cuerpo de una persona por parte de una autoridad o agente, “sin perjuicio de los cacheos o inspecciones superficiales que puedan llevar a cabo los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de las funciones preventivas y de seguridad que tienen atribuidas” (art. 255).

⁴⁹ Es el único medio de reconocimiento regulado legalmente en los artículos 368 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Constituye un acto de investigación esencial y típicamente sumarial, no apto para llevarse a cabo en el juicio oral por su propia naturaleza y características – su práctica antes del comienzo de las sesiones debe ser absolutamente excepcional –. Su validez como prueba exige la comparecencia y ratificación del testigo en el juicio oral, a efectos de contradicción, salvo que se hubiera practicado como prueba anticipada al amparo de los artículos 448 y 449 LECrim. Tiene, pues, la naturaleza propia de la declaración testifical. Como requisitos para su práctica se exigen: 1) Concurrencia a la rueda del imputado junto con otras personas de características similares; 2) Intervención judicial, con asistencia de secretario judicial que documente el acto con todas las circunstancias, y presencia de letrado. Un completo estudio de este medio de identificación puede verse en Javier Ignacio PRIETO RODRÍGUEZ: “La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimiento en rueda (I y II)”, *Actualidad Penal*, números 45 y 46, 1992-2, marg. 451-466 y 467-481, respectivamente, y también, con especial atención a cuestiones prácticas tales como la falibilidad y psicología de los testigos, en Julio PICATOSTE BOBILLO: “Cuestiones en torno a la diligencia de reconocimiento en rueda: práctica y jurisprudencia”, *Actualidad Penal*, número 31, 1995-2, marg. 477-508. Más específicamente respecto de la jurisprudencia, Carolina RIUS ALARCÓ: “La diligencia de reconocimiento en rueda en la más reciente doctrina jurisprudencial”, *Revista General de Derecho*, mayo 1992, págs. 3967-3983. Con todo, no cabe desconocer que existen autores para quienes tal diligencia no tiene tanto por finalidad la determinación o individualización del imputado, sino su “reconocimiento”, esto es, la comprobación de que la persona física que aparece ya en el proceso como imputado es verdaderamente aquella contra la que se quiere proceder. Se concibe, de este modo, como un medio para establecer la concordancia entre los juicios de determinación e identificación del imputado. Así, María Amparo RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, Madrid, 2007, pág. 250.

voz⁵² constituyen actos de investigación tendentes a la determinación del sospechoso o imputado y de sus circunstancias personales⁵³, cuya incidencia en el cuerpo del sujeto

⁵⁰ Sobre este medio de identificación, vid. Luis Alfredo DE DIEGO DÍEZ: “La identificación del delincuente a través de las huellas dactilares: la prueba dactiloscópica”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La prueba en el proceso penal, 1992, CGPJ, Madrid, págs. 425-449. Según la jurisprudencia, constituye un medio de prueba de naturaleza pericial, aunque el informe dactiloscópico se halle incorporado al atestado, y de carácter indiciario, por cuanto no implica necesariamente la autoría del delito, sino sólo que se cogió o tocó determinado objeto o superficie. A pesar de la fiabilidad del informe dactiloscópico, la jurisprudencia, aunque como advierte DE DIEGO DÍEZ, de forma “confusa, variada y discrepante”, exige una serie de garantías en su obtención y empleo para que surta efectos probatorios: 1) Levantamiento del acta de inspección ocular; 2) Conservación de las piezas de convicción para el juicio oral; 3) Ratificación del informe dactiloscópico.

GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 114, incluye la toma de huellas como medidas de intervención corporal leve en el capítulo “otras medidas”. En su artículo “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, cit., pág. 98, las trata como una de las modalidades de intervenciones corporales y admite la utilización de la *vis física*. A favor también de la *vis física*, Baltasar GARZÓN REAL: “Análisis específico de la doctrina constitucional respecto a determinadas diligencias sumariales. Ruedas de reconocimiento. Toma de huellas. Toma de fotografías”, *Actualidad Penal*, 1989, vol. I, ref. 488, pág. 1361. En contra de cualquier género de coacción, José Antonio MARTÍN PALLÍN: “Identificación del delincuente”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 149. También RICHARD GONZÁLEZ: “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, cit., págs. 440-443, incluye la toma de huellas entre “otros actos de inspección e intervención corporal”, junto con actuaciones para la asistencia al detenido (como puedan ser los primeros auxilios de urgencia) y la lectura de papeles o pantallas de apartados en poder del detenido, aunque estos últimos no parecen tener, sin embargo, relación con la materia que nos ocupa.

En este sentido, el Anteproyecto de LEcrim de 2011 contemplaba la obtención de huellas dactilares de una persona contra su voluntad entre las intervenciones corporales leves (art. 258.2). De igual modo, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 regula la obtención de huellas dactilares del sospechoso en sede de intervenciones corporales (art. 284.4).

⁵¹ El reconocimiento fotográfico se considera un procedimiento válido tan sólo como medio de investigación y no como una auténtica diligencia de prueba. Las más de las veces constituye un punto de partida para las investigaciones policiales que no vicia las sucesivas identificaciones. Así, M.^a Isabel HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, 1999, pág. 240-241. Sólo muy excepcionalmente un reconocimiento fotográfico (o de otro tipo), realizado durante las diligencias policiales de investigación podría llegar a tener valor probatorio (STC 36/1995, de 6 de febrero) cuando sea traído a juicio a través de otros medios de prueba que sean sometidos a los principios de inmediación y contradicción, siendo requisito inexcusable que tal reconocimiento se hubiese practicado en condiciones tales que descarten cualquier influencia de los funcionarios policiales o de las circunstancias de los sospechosos sobre la persona que ha de realizar la identificación, es decir, que esté garantizada la neutralidad (STS 23 de marzo de 1999, núm. 442/1999, f.j.2).

⁵² Sobre este medio de identificación, vid. Luis Alfredo DE DIEGO DÍEZ: “La voz como elemento identificador del delincuente”, *Revista Poder Judicial*, núm. 69, 2003, págs. 399-419. Según la STS de 3 de noviembre de 1997, núm. 1332/1997, citada por HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 255, nota 217, la identificación de la voz 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 podemos decir que se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales. No obstante al tratarse de una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza para determinar si nos encontramos ante una prueba de confesión o tiene una naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia consideramos que prestarse a facilitar la voz para que sea grabada y sometida a contraste, con otras que constan incorporadas a sistemas magnéticos para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración de voluntad reconociendo su culpabilidad ya que, como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento

afectado por la medida es mínima o nula y no responde a ninguna de las actuaciones que definen las intervenciones corporales.

En efecto, no se realiza en dichas diligencias ninguna de las actuaciones esenciales de las intervenciones corporales que consisten, precisamente, en inspeccionar, registrar el cuerpo de una persona o extraer del mismo muestras o vestigios para su posterior análisis pericial. Ninguna de las diligencias citadas comporta actuaciones de este tenor, aunque puedan tener cierta incidencia en el cuerpo del sujeto afectado. Incidencia que, por otra parte, es mínima⁵⁴, dada la escasa, cuando no nula⁵⁵, afectación de derechos fundamentales que suponen tales diligencias⁵⁶, a diferencia de las auténticas intervenciones corporales, las cuales se caracterizan, en su práctica, por afectar, en mayor o menor medida, el contenido esencial de diversos derechos fundamentales, sin que ello implique modificar su naturaleza jurídica como actos de investigación.

para que se haga a la persona objeto de „una especial modalidad de pericia“ exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3º y 24.2º de la Constitución. Una prueba de estas características no vulnera la presunción de inocencia y así lo ha puesto de relieve la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Dictamen 8239/79, de 4 de diciembre, al declarar que la posibilidad ofrecida al inculpado de probar un elemento que le disculpe no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, 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 fuere negativo, puede exculpar al imputado” (f.j.1).

⁵³ MONTÓN REDONDO, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y BARONA VILAR: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, cit., págs. 195-199. En este sentido, la Propuesta de Código Penal de 2013, con la citada excepción de las huellas dactilares, contempla la rueda de reconocimiento (art. 274), la identificación fotográfica (art. 277) y el reconocimiento de voces (art. 278) entre las diligencias de reconocimiento e identificación del encausado. También el Anteproyecto de LECrim de 2011, que no preveía, sin embargo, el reconocimiento de voces como método de identificación, regulaba como medios de identificación visual del sujeto investigado la rueda de reconocimiento (art. 239) y la identificación fotográfica (art. 243).

⁵⁴ Para HERRERO-TEJEDOR ALGAR: “Intervenciones corporales: Jurisprudencia constitucional”, cit., págs. 1908-1909, aunque se trata reconocimientos o medidas que recaen sobre el cuerpo humano, en realidad, no suponen lesión o menoscabo alguno de la corporeidad.

⁵⁵ Advierte MONTERO LA RUBIA: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, cit., pág. 10, de la existencia de una tendencia doctrinal mayoritaria que entiende que toda intervención corporal por nimia que sea afecta a un derecho fundamental, que si no se puede precisar entraría dentro del concepto amplio de “autodeterminación del propio cuerpo”.

⁵⁶ En base a esta circunstancia, DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 79, excluye como intervenciones corporales la obtención de huellas dactilares, la toma de voz, las muestras de escritura..., toda vez que sólo considera como tales aquellas que mantengan la tensión entre la búsqueda de la verdad y los derechos fundamentales de la persona. De este modo, la afectación intensa de los derechos fundamentales deviene así un elemento constitutivo de las intervenciones corporales. Intensidad que, entre otras circunstancias, permite excluir a los cacheos de la consideración de intervención corporal, según ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 44. En idénticos términos, GARCÍA VILA: “Los cacheos: delimitación y clases”, cit., pág. 303.

Las citadas diligencias constituyen, en definitiva, medidas de identificación, de naturaleza distinta a las intervenciones corporales⁵⁷. De este modo se tratan en aquellos ordenamientos jurídicos que, como el italiano o el alemán, regulan expresamente las investigaciones corporales. En efecto, el Código Procesal Penal italiano establece en su artículo 349, como medidas de identificación de la persona que es objeto de la investigación y de otras personas, las pruebas dactiloscópicas, fotográficas y antropométricas, así como otras investigaciones. Por su parte, la Ley Procesal Penal alemana, entre otras medidas de identificación⁵⁸, dispone en su § 81b la toma de fotografías e impresiones digitales del inculpado y la adopción de mediciones o medidas semejantes, si resultase necesario a los fines de realización del proceso penal o a los fines del Servicio de Identificación.

4. Las intervenciones corporales en otros ordenamientos jurídicos

Antes de seguir con el estudio de la regulación de las intervenciones corporales en la LECrim, resulta interesante ver cómo se configuran tales medidas en ordenamientos cercanos al nuestro como el alemán, que viene regulándolas desde 1933, o en otros que, aunque más lejanos, como el colombiano, las regula desde 2004.

En efecto, un derecho pionero en esta materia como el alemán aporta la experiencia de haber abordado hace años tanto los problemas “clásicos” que plantean las medidas de investigación corporal en la práctica, como los más nuevos derivados de la utilización del ADN como prueba en el proceso penal, mientras que un derecho de cuño reciente como el colombiano constituye un ejemplo de cómo abordan la materia los nuevos ordenamientos procesales caracterizados por la creciente acusatoriedad del sistema⁵⁹, a la que también se sumará, sin duda, nuestra futura regulación del proceso, tal como era de ver en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y resulta de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

⁵⁷ Precisamente porque presentan una naturaleza radicalmente distinta a las intervenciones corporales las excluye ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 64. Tampoco Montserrat COMAS DE ARGEMIR CENDRA: “La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La instrucción del sumario y las diligencias previas, 1998, CGPJ, Madrid, págs. 66-67, considera que diligencias tales como la rueda de reconocimiento, el cuerpo de escritura, la prueba de voz, las huellas dactilares, fotografías, etc. comporten una intervención corporal.

⁵⁸ Como medidas de identificación, Juan Luis GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985, págs. 115-116, cita la constatación de la identidad (§§ 163b y 163c), las medidas del Servicio de Identificación (§§ 163 b (1) y 81 b), los puestos de control callejeros (§ 111) y las redadas (posibilidad no prevista expresamente en la StPO).

⁵⁹ Sobre esta cuestión, vid. Teresa ARMENTA DEU: *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?*, Madrid, 2012, donde se ofrece un análisis comparado de los aspectos más destacables de los sistemas procesales vigentes y de algunos de los proyectos de códigos procesales penales existentes en la actualidad.

4.1. *Las intervenciones corporales en la StPO alemana*

En Alemania, la StPO trata, en distintas secciones de su libro I, *la investigación corporal del inculpado* para la constatación de hechos importantes para el proceso, que puede consistir en extracciones de sangre y otras injerencias corporales, realizadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculpado, cuando no quepa temer daño alguno para su salud (§ 81a (1) StPO), y *el registro del sospechoso*, que incluye tanto el registro de su domicilio como el de su persona y de las cosas que le pertenecen con el fin de capturarle o de descubrir medios de prueba (§ 102 StPO).

La primera consiste en la investigación del cuerpo mismo total o parcialmente desnudo, o incluso de partes del cuerpo que normalmente no permanecen desnudas con la finalidad de analizar su estado; el segundo, trata de encontrar objetos escondidos en o bajo la indumentaria del afectado, en la superficie corporal o en las cavidades naturales del cuerpo (boca, ano, vagina). Sin perjuicio de la discutible consideración del examen de los orificios corporales como registro, la distinción resulta útil a efectos puramente dialécticos pues, por una parte, el criterio de distinción no es decisivo – como ejemplo de ello se cita el lavado de estómago realizado con el fin de encontrar objetos que, sin embargo, por su gravedad, es considerado investigación – y, por otra, carece de eficacia práctica – la regulación de la competencia, los requisitos y el sistema de impugnación de las medidas son idénticos en ambos casos⁶⁰.

La misma StPO prevé la investigación de otras personas, distintas del inculpado, en consideración de testigos, sin su consentimiento, siempre que deba ser constatado, para la averiguación de la verdad, si se encuentra en su cuerpo una determinada huella o la consecuencia de un hecho punible (§ 81c (1) StPO). Asimismo, son admisibles, en otras personas no inculpadas, las investigaciones tendentes a la constatación de su linaje, y las extracciones de sangre, sin su consentimiento, cuando no quepa temer daño alguno para su salud y las medidas sean indispensables para la averiguación de la verdad. Dichas investigaciones y extracciones de sangre deberán ser siempre realizadas por un médico (§ 81c (2) StPO). También prevé el registro de otras personas con el fin de capturar al inculpado, o de perseguir las huellas de un hecho punible, o para el secuestro de determinados objetos, sólo cuando existan indicios de que la persona, la huella o la cosa buscada se encuentra en las habitaciones a registrar (§ 103 (1) StPO).

El § 81e StPO prevé la realización de investigaciones genéticas con las muestras obtenidas en las investigaciones corporales tanto del inculpado como de terceras personas siempre que sean necesarias para constatar el origen o si las evidencias materiales provienen del acusado o del procesado. Exámenes que también podrán llevarse a cabo con evidencias halladas o aseguradas⁶¹.

⁶⁰ Así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 290. En términos idénticos, MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 167. Sin embargo, como advierte ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 51-56, la distinción no es tan clara puesto que la delimitación entre ambas diligencias se ha realizado desde diferentes criterios además de por su finalidad: por los medios empleados, por sus presupuestos, por los derechos fundamentales afectados...

⁶¹ Exámenes que hasta la reforma de la StPO por Ley de 12 de agosto de 2005 sólo podían ser ordenados por el Juez (§ 81f (1) incluso en los casos de vestigios de procedencia desconocida (reforma 2002), y que, tras la reforma de 2005, en los supuestos en que el inculpado no haya sido determinado todavía podrán ser

El § 81g StPO, por su parte, regula la extracción de células corporales del sospechoso de haber cometido hechos de cierta consideración o de un delito contra la libertad sexual para la determinación de su perfil de ADN cuando por la modalidad del hecho o su ejecución, o por la personalidad del inculpado o por otras informaciones exista fundamento para suponer que en el futuro pueda incoarse otro proceso penal contra el mismo por hechos similares.

Por último, reseñar que el § 81h StPO, introducido mediante la reforma de 12 de agosto de 2005, ha venido a admitir los test masivos de ADN a personas no inculpadas – sin siquiera existir sospechas o indicios de culpabilidad – simplemente por la circunstancia de pertenecer a una determinada comunidad, sexo, franja de edad u otro dato de carácter similar mediando su consentimiento a fin de determinar si los vestigios hallados proceden de alguna de las personas sometidas al análisis.

4.2. *Las intervenciones corporales en el CPP colombiano*

En Colombia, el Código de Procedimiento Penal, aprobado por Ley 906 de 2004, regula como “actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización”, en tanto que implican afectación de derechos y garantías fundamentales (art. 246), la inspección corporal (art. 247), el registro personal (art. 248), la obtención de muestras que involucren al imputado (art. 249) y los reconocimientos y exámenes físicos de las víctimas (art. 250)⁶².

En cambio, para la realización de exámenes de ADN sobre muestras u otros vestigios que permitan determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, basta, en principio, orden expresa del fiscal que dirige la investigación. Sin embargo, si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material (art. 245).

acordados también por la Fiscalía o sus auxiliares por motivos de urgencia, al igual que los análisis de ADN sobre muestras obtenidas del imputado. Supuesto éste en que, además, resultará innecesaria la autorización judicial cuando el afectado preste su consentimiento por escrito, previamente informado de las finalidades para las que serán utilizados los datos a obtener. Sobre el debilitamiento de la reserva judicial que ha supuesto la reforma de la StPO de 12 de agosto de 2005, vid. José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 28, 2008, págs. 125-140.

⁶² Para un estudio de estas medidas, vid. Jesús Ignacio GARCÍA VALENCIA: “Las intervenciones corporales y el proceso penal acusatorio”, 15 de marzo de 2007, trabajo de posesión como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, disponible en http://www.acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion_garcia_valencia, y para un estudio crítico de la concepción que de las distintas modalidades de tales intervenciones corporales realizó la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia de 10 de agosto de 2005, vid. Luis Bernardo RUIZ JARAMILLO: “Intervenciones corporales en el Código de Procedimiento Penal del 2004, análisis de la sentencia C-822 del 2005 de la Corte Constitucional colombiana”, *Vniversitas*, Bogotá (Colombia), núm. 114, julio-diciembre de 2007, págs. 227-250, disponible también en Internet: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/07-INTERVENCIONESCORPORALES_000.pdf

La *inspección corporal* podrá acordarse cuando en el cuerpo del imputado existan elementos probatorios y evidencia física necesarios para la investigación. Conlleva la exploración de los orificios corporales naturales (ano, vagina, boca, uretra, oídos, fosas nasales), así como del interior del cuerpo del imputado⁶³. Deberá estar presente el defensor del imputado, tanto en el trámite de su solicitud por parte del fiscal, como durante su práctica, en la cual deberán observarse toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana⁶⁴.

El *registro personal* podrá acordarse, por su parte, no necesariamente sobre el imputado, sino sobre alguna persona relacionada con la investigación que esté en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, excluida la víctima, sin que se exija tampoco, a diferencia del supuesto anterior, que los mismos sean necesarios para la investigación. Supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales⁶⁵. Deberá practicarse por persona del mismo género que el sujeto afectado. Dado su carácter superficial, no se exige que la persona que realice el registro tenga conocimientos técnicos o especializados, ni que se practique en algún sitio en particular.

⁶³ Artículo declarado “exequible” por la Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia de 10 de agosto de 2005 (C-822-05) en el entendido de que: “a) la inspección corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso; b) cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar, o la niegue; c) la inspección corporal siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.2.2.5., de esta sentencia.” (apartado 5.2.2.6)

⁶⁴ En este sentido, la Corte Constitucional considera compatible con la dignidad humana lo siguiente: “(i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de la inspección corporal; (ii) que cuando se trate de inspecciones que involucren las cavidades vaginales, genitales o anales, o que requieran el empleo de instrumentos que deban ser introducidos en el cuerpo del imputado, ésta diligencia sea adelantada por personal médico; (iii) que la inspección corporal no implique el empleo de procedimientos que causen dolores innecesarios, o que puedan poner en riesgo la salud del imputado; (iv) que durante la práctica de la misma se observe el mayor decoro y respeto por la persona del imputado; y (v) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado.” (apartado 5.2.1)

⁶⁵ Así, según la citada sentencia de la Corte Constitucional colombiana, el registro personal que se realiza con fines de investigación penal “puede recaer sobre (i) el imputado, su cuerpo desnudo, su indumentaria y sobre los elementos y áreas bajo su control físico e incluir tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual directa; (ii) sobre un tercero relacionado con la investigación, su cuerpo desnudo, su indumentaria y sobre los elementos y áreas bajo su control físico, e incluir tocamiento de áreas del cuerpo con connotación sexual directa; y (iii) sobre la indumentaria y los elementos y áreas bajo control físico de la víctima, excluyendo el tocamiento de órganos sexuales y senos o la observación del cuerpo desnudo, pues tales medidas se encuentran reguladas por el artículo 250 de la Ley 906 de 2004” (apartado 5.3.1). Precepto declarado “exequible” en el entendido de que: “a) salvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso; b) el juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica.” (apartado 5.3.2.6)

Deberá estar presente el defensor del imputado, si el registro recae sobre éste. Igualmente, deberán observarse toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana⁶⁶.

La *obtención de muestras* del imputado, cuando resulte necesario a los fines de la investigación, se refiere no sólo a aquéllas provenientes de fluidos corporales (tales como sangre, saliva, sudor, semen, etc.), sino también a cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresiones dentales y pisadas, necesarias para la práctica de exámenes grafotécnicos, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas⁶⁷. Si bien en este caso no se preceptúa que deban observarse todo tipo de consideraciones a la dignidad humana, ello no exime al personal técnico y médico que participe en dichos exámenes de respetar la dignidad de las personas y de evitar su exposición innecesaria a situaciones humillantes⁶⁸.

Finalmente, el artículo 250 prevé la práctica de reconocimientos y exámenes físicos de las víctimas tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en que resulte necesaria. En estos casos, se requiere consentimiento escrito (libre e informado) de la víctima o de su representante legal. En caso de negativa, sólo podrá imponerse la medida cuando sea idónea, necesaria y proporcionada atendidas las circunstancias del caso y el juez de control de garantías concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia. Con todo, no se podrá practicar la medida en persona adulta víctima de delitos relacionados con la libertad sexual sin su consentimiento informado y libre. Su práctica se realizará siempre en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la víctima (apartado 5.5.2.7 de la sentencia de la Corte Constitucional C-822-05).

⁶⁶ En este sentido, la Corte Constitucional consideró compatible con la dignidad humana, entre otras cosas, lo siguiente: “(i) que cuando se trate del registro de áreas con connotación sexual, o del cuerpo desnudo de la persona el registro se realice con el mayor decoro y consideración posible; (ii) que se evite someter a la persona a tocamientos o exposición de su cuerpo de carácter obsceno o humillantes, y (iii) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la persona sobre la cual recae la medida.” (apartado 5.3.1)

⁶⁷ La Corte Constitucional declaró su “exequibilidad” en el entendido de que: “a) la obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso; b) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5 de esta sentencia.” (apartado 5.4.2.6)

⁶⁸ En consonancia con ello, es compatible con la dignidad humana, según la citada sentencia: “(i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de exámenes genitales o anales para la obtención de dichas muestras; (ii) que se adopten medidas adecuadas para evitar dolores; (iii) que la obtención de las muestras la haga personal con entrenamiento científico; (iv) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado; y (v) que se guarde la debida reserva de la identidad de la víctima.” (apartado 5.4.1)

5. Precisiones terminológicas

En España, como hemos apuntado, la doctrina utiliza el término *intervenciones corporales* con carácter genérico para designar la diversidad de diligencias que pueden ser consideradas como tales⁶⁹, sin mayores precisiones conceptuales, salvo excepciones⁷⁰.

Sin duda, la falta de regulación de estas diligencias en la LECrim ha propiciado esta situación, así como la utilización por la doctrina de diferentes términos para referirse a los distintos supuestos que encontrarían cabida en las mismas⁷¹ e, incluso, de diferentes criterios clasificatorios⁷².

⁶⁹ Así, por ejemplo, en la última de las obras publicadas sobre esta materia, MATALLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, cit., pág. 13, nota 1, utiliza esta opción terminológica.

⁷⁰ Así, por ejemplo, José A. VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1772, 1996, pág. 7, de forma análoga a la doctrina alemana, distingue entre “investigaciones corporales, que serían las que se practican investigando el cuerpo mismo, como ocurre cuando se analiza el contenido de alcohol en sangre o los marcadores de ADN” y “registros corporales, para describir la búsqueda en la superficie, cavidades naturales o ropas de las persona, de efectos ocultos”, advirtiendo que la distinción es puramente teórica, pues a efectos prácticos, ambos supuestos de incidencias corporales están sometidos a idéntico régimen jurídico, con tenues modulaciones. Por su parte, ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 139, en nota a pie de página, distingue entre inspecciones e intervenciones, incluyendo en las primeras, “los registros externos o en las aberturas naturales del cuerpo humano en tanto que no precisan de actuación médica” salvo en ciertos supuestos y, en las segundas, “todas aquellas que conllevan producción de lesiones en el cuerpo, bien fueran simples o complejas, dolorosas o no”. En su *Derecho proceso penal*, cit., 2012, pág. 189, matizando anteriores definiciones, incluye como inspecciones “toda actividad que se desarrolle sobre el ámbito externo de la persona o, incluso, en sus aberturas naturales, salvo las que se pueden considerar íntimas, siempre que para ello no se requiera intervención quirúrgica alguna”, aunque, admite que tal definición podría limitarse a las labores de reconocimiento externo de la persona por cuanto la intromisión en las aberturas naturales podría encajar en el ámbito de las intervenciones corporales por formar parte de la integridad del cuerpo, entendiendo, en cambio, por estas últimas “la extracción del interior del cuerpo humano de todo tipo de datos o elementos incorporados a él tanto cuando precisen una intervención quirúrgica, cuanto se limiten a una mera extracción de tales sustancias de las aberturas naturales del cuerpo”. En cambio, para NIEVA FENOLL: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 133-139, lo que caracteriza las inspecciones personales es el hecho de que se observe o se escudriñe en el interior del físico de una persona, definiéndolas así como “observaciones de aspectos internos del físico del sospechoso”, mientras que las intervenciones corporales serían “observaciones de diferente intensidad del físico en sus aspectos más externos, o de las ropas o portaobjetos (carteras, bolsos, maletas) de una persona, con el objeto de recoger vestigios adheridos o inherentes a dicho físico o introducidos o insertos en las citadas ropas o portaobjetos, sin que dicha recogida pueda ser, en ningún caso, invasiva de cavidad alguna, o ser realizada con técnicas que ponen en peligro, aunque sea levemente, la integridad física”.

⁷¹ Así, Mercedes GARCÍA ARÁN y Rafael REBOLLO VARGAS: “La exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su infracción”, en *La Ley de Seguridad Ciudadana*, Barcelona, PPU, Departament de Ciència Política i Dret Públic, UAB, 1994, pág. 99, distingüían, a la luz de la STC 37/1989, entre inspecciones corporales e indagaciones corporales, concibiendo estas últimas como “las consistentes en constatar la identidad de una persona a través de reseñas dactiloscópicas u odontológicas”, las cuales, en principio, no afectarían al derecho a la intimidad.

⁷² DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., págs. 74-75, atendiendo al momento en que se llevan a efecto, distingue entre intervenciones corporales preprocesales y procesales. Las primeras se producen antes de la incoación de un proceso penal. Incluye en esta categoría, en función de su naturaleza de actuaciones administrativas, las que se producen una vez iniciado el proceso – aunque sean acordadas por la autoridad judicial – y delegadas a la policía, en cuanto entrarían a formar parte del

Falta de precisión conceptual⁷³ que el Tribunal Constitucional intentó remediar en su sentencia 207/1996, de 16 de diciembre⁷⁴, distinguiendo entre las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros (f.j.2), dos clases de actuaciones, atendiendo al derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización⁷⁵:

- a) Las denominadas *inspecciones y registros corporales* consisten en “cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), 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

atestado policial, como ampliación del mismo, al ser éste el único vehículo de comunicación entre la policía y el órgano jurisdiccional. Téngase en cuenta que para este autor sólo hay procedimiento preliminar judicial, formando parte de él las intervenciones corporales procesales de naturaleza pericial, las cuales pueden llegar a practicarse como prueba anticipada.

⁷³ Con anterioridad, la STS de 11 de mayo de 1996, núm. 446/1996, distinguió, como intervenciones corporales a realizar sobre el cuerpo humano en el curso de una investigación sobre hechos delictivos, desde una perspectiva objetiva, entre investigación corporal del imputado y registro corporal: “La primera consiste en la investigación del cuerpo mismo -estado mental o contenido de alcohol en sangre-, mientras que por la segunda se trataría de encontrar objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo -boca, ano y vagina-” (f.j. 2; reproducido en la STS de 26 de junio de 1998, núm. 874/1998). Distinción que reproduce, sin duda, la definición de estas medidas dada por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 290, siguiendo a ROXIN, en la doctrina alemana.

⁷⁴ Dicha sentencia resolvió el recurso de amparo interpuesto contra el auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Roquetas de Mar (Almería), que había acordado la práctica de una intervención corporal y consiguiente prueba pericial sobre el pelo del recurrente. El auto – dictado en el seno de un sumario por delitos contra la salud pública en el cual se imputaba al recurrente la comisión de presuntos delitos de cohecho y prevaricación por la supuesta protección prestada, en su calidad de Jefe de la Policía Judicial de la Guardia Civil de la localidad de Roquetas de Mar, a diversas personas relacionadas con el mundo del tráfico de drogas a cambio de la percepción de cocaína – tenía por objeto determinar si el imputado era “consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes y, si fuera adicto a las mismas sustancias mencionadas, el tiempo desde que lo pudiera ser”, para lo cual se le requería para que accediera a que el médico forense procediera a cortarle “cabellos de diferentes partes de la cabeza y la totalidad del vello de las axilas”, apercibiéndole que la negativa podría ser constitutiva de un delito de desobediencia a la autoridad judicial.

⁷⁵ Distinción que ya se encontraba latente en la STC 37/1989, como certeramente observó ASENIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., págs. 138-139. Téngase en cuenta, por otra parte, que el Tribunal Constitucional únicamente plantea como derechos fundamentales afectados la intimidad corporal y la integridad física. No considera otros derechos fundamentales y ello es de resaltar porque el planteamiento del derecho a la integridad física como derecho fundamental afectado se realiza de oficio por el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo previsto en el art. 84 LOTC (f.j.1 b), ya que el recurrente sólo había alegado como infringido el derecho a la intimidad.

cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad”⁷⁶.

- b) Las calificadas como *intervenciones corporales* consisten en “la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracciones de líquido cefalorraquídeo, etc.)”⁷⁷.

Distinción no exenta de críticas⁷⁸, desde luego. La principal objeción que realiza ETXEBERRIA GURIDI, aparte de no considerar absolutamente satisfactorio el criterio

⁷⁶ A dicha enumeración añade MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., pág. 117, las actuaciones realizadas en sede penitenciaria, dirigidas a mantener el orden y la convivencia necesarias en el centro penitenciario o a evitar el peligro de comisión de hechos delictivos, de autolesión o fuga. Por otra parte, considera, aun admitiendo la afectación de una pluralidad de derechos fundamentales, que el derecho prevalentemente afectado por tales injerencias es el derecho a la integridad moral.

⁷⁷ Vicente GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 444-449, que fue Ponente de la citada sentencia, mantiene esta distinción, entendiendo así por inspecciones corporales, en general, “cualquier género de reconocimiento externo efectuado sobre el cuerpo humano” y por intervenciones corporales “todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se le extrae de él determinados elementos orgánicos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la participación en él del imputado”.

⁷⁸ F. Javier DÍAZ REVORIO: “La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 20/21, 1997, págs. 178-179, considera que de esta distinción se concluye a priori que las intervenciones corporales que no afecten al derecho a la integridad física ni al derecho a la intimidad corporal quedan fuera de protección constitucional. En todo caso podría quedar afectado el derecho de “inmunidad corporal”, entendido como aspecto negativo de la libertad de disponer sobre el propio cuerpo, y los valores dignidad y libertad y el libre desarrollo de la personalidad. Como supuestos dudosos cita los registros bucales, la toma de huellas dactilares, el vaciado forzoso de estómago, el sometimiento a rayos X y los cacheos. Para MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., págs. 134-135, las intervenciones corporales que no afecten al derecho a la integridad física ni a la intimidad corporal son susceptibles de constituir atentados a la integridad moral, entendida como “el derecho a ser tratado por los demás en cualquier situación o condición en que se halle conforme a los baremos sociales que configuran la dignidad humana y sin que su autoestima pueda verse menoscabada por mor de aquellas actuaciones” (pág. 129).

de distinción según los derechos fundamentales y la equiparación que realiza entre inspecciones y registros corporales, se basa en la amplitud con que concibe éstas últimas. En primer lugar, porque no todas las diligencias que se mencionan afectan a la intimidad corporal (así las diligencias de reconocimiento en rueda y los exámenes dactiloscópicos)⁷⁹ y, en segundo lugar, porque el concepto de privacidad es tan amplio que cualquier diligencia de instrucción orientada a la determinación del autor de la infracción criminal incidiría en la misma⁸⁰.

También IGLESIAS CANLE considera imperfecto el criterio de diferenciar entre inspecciones y registros corporales e intervenciones corporales en atención al derecho fundamental principalmente afectado⁸¹. En cualquier caso, como se desprende de la propia sentencia y así lo advierte GÓMEZ AMIGO, el criterio de distinción es sólo aproximativo, pues no cabe descartar que una inspección o registro corporal (por ejemplo, una inspección anal o vaginal) pueda afectar también al derecho a la integridad física o, cabría añadir, que una intervención corporal pueda afectar al derecho a la intimidad personal⁸². Y, desde luego, no cabe desconocer que, también pueden resultar afectados otros derechos, como expondremos en su momento.

⁷⁹ GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 444, admite que ciertas diligencias de determinación del imputado, como puedan ser el reconocimiento en rueda, dactiloscópico o antropomórfico, si bien implican una inspección corporal, no comprometen su intimidad. Por su parte, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 97, entiende que las diligencias de reconocimiento en rueda o los exámenes dactiloscópicos o antropomórficos no parece que deban considerarse inspecciones o registros corporales ya que no afectan ni a la integridad física ni a la intimidad corporal, aunque influyan de alguna manera en la privacidad. Por el contrario, para MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., pág. 132, en contra de la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza de la intimidad corporal, los cacheos, las ruedas de reconocimiento, los exámenes dactiloscópicos y antropomórficos, como meros reconocimientos de la parte externa del cuerpo humano, suponen siempre una injerencia en la intimidad corporal.

⁸⁰ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 61-64. La referencia a la privacidad genera confusión porque se trata de un término impreciso – un neologismo derivado del inglés *privacy* – que como bien jurídico no tiene un equivalente exacto en nuestro ordenamiento jurídico y conduce a equívocos por cuanto da a entender que si las inspecciones o registros corporales inciden en ella podría verse afectado el derecho a la intimidad corporal cuando, en realidad, la privacidad es un concepto más amplio que la intimidad corporal, no equiparable a la misma, máxime tal como la configura la jurisprudencia constitucional desde la sentencia 37/1989. Realmente, el derecho que resultaría afectado sería la intimidad personal de la que forma parte la intimidad corporal. Intimidad que se ve vulnerada por la “publicatio” de lo que nos es propio. También se preguntan M.^a Dolores PEDROS MARANÍ y M.^a Carmen TAMAYO MUÑOZ: “Intervenciones y registros corporales”, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, (Coord. Luis Martínez-Calcerrada Gómez), vol. I, Madrid, 2001, pág. 617, si realmente estamos ante unos derechos concretos afectados en cada caso o si en el caso de las intervenciones corporales se estará vulnerando también el derecho a la intimidad personal.

⁸¹ IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 18. Es más, algún autor como RICHARD GONZÁLEZ: “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, cit., pág. 395, considera que a la enumeración del Tribunal Constitucional deberían unirse las intervenciones de menor intensidad como las identificaciones, cacheos, toma de fotografías, obtención de residuos de las ropas del sospechoso, aunque no afecten a ningún derecho fundamental.

⁸² GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 96-97, quien, por otra parte, considera inaceptable la distinción que establece la citada sentencia entre intervenciones corporales leves y graves, por cuanto estima inadmisibles estas últimas en tanto suponen un riesgo o peligro para la salud del afectado o causan un sufrimiento de cierta entidad y, además, por

En cualquier caso, sea más o menos acertado el criterio de distinción utilizado por el Tribunal Constitucional y la clasificación subsiguiente, conviene destacar, desde el punto de vista terminológico, que la sentencia utiliza el término intervenciones corporales para referirse a *una* de las modalidades de los actos de investigación que pueden recaer sobre el cuerpo de una persona y no en sentido genérico para referirse a ese tipo de actos de investigación, como categoría, a diferencia de la doctrina y jurisprudencia habituales⁸³.

Es cierto, como advierte ETXEBERRIA GURIDI, que el término intervenciones corporales es el que cuenta con mayor raigambre doctrinal, pero no lo es menos que carece de precisión. Es un término anfílogo; un auténtico cajón de sastre en el que se ubican todas aquellas diligencias, sean o no actos de investigación, que recaen o inciden, en mayor o menor medida, sobre el cuerpo de una persona.

La expresión intervenciones corporales como denominación genérica resulta más práctica en ordenamientos como el colombiano que no utilizan tal expresión para referirse a ninguna de las medidas que de tal naturaleza regula, pero no parece la más apropiada en nuestro ordenamiento jurídico desde que la STC 207/1996 utilizó dicho término para referirse a un determinado tipo de estas diligencias.

Y más aún cuando en la única ocasión en que se ha regulado una medida de tal naturaleza, se ha situado, junto a las intervenciones corporales, las inspecciones y reconocimientos como una de las posibles diligencias a practicar para obtener muestras biológicas del sospechoso, las cuales, obviamente, dada su naturaleza y finalidad no conducen a la obtención de tales muestras⁸⁴. En efecto, según establece el artículo 363 LECrim en su párrafo segundo:

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

Por tanto, si la medida a acordar únicamente tiene por objeto la obtención de muestras biológicas, ello sólo será posible a través de una intervención corporal propiamente dicha y no mediante actos de inspección o reconocimiento del cuerpo del

entender que no existen intervenciones leves que, como tales, puedan ser dispuestas por autoridad distinta de la judicial.

⁸³ Sin embargo, empiezan a surgir posiciones doctrinales que restringen el término intervenciones corporales a las actuaciones encaminadas a la extracción de elementos internos o externos del cuerpo. Así, como hemos apuntado anteriormente, GARCÍA VILA: “Los cacheos: delimitación y clases”, cit., pág. 303. Otros autores denominan a éstas, intervenciones corporales en sentido estricto, para poder seguir utilizando la expresión intervenciones corporales como denominación genérica. Así, por ejemplo, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 96.

⁸⁴ La necesidad de precisión terminológica se hace patente tras la reforma operada en la LECrim por la LO 15/2003. Así, MONTERO LA RUBIA: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, cit., pág. 7.

sospechoso⁸⁵. Mediante tales diligencias se podrá examinar, explorar, escrutar y hasta escudriñar, si se quiere, el cuerpo del sospechoso, pero no obtener vestigios biológicos del mismo. Para esto habrá que acordar una intervención corporal que permita conseguir tales muestras: una extracción sanguínea, una toma de muestra de saliva, una extirpación de cabellos que contengan folículo capilar..., pero no una inspección o reconocimiento corporal.

Por cuanto venimos exponiendo, resulta conveniente, en aras a una mayor precisión conceptual, abandonar definitivamente el término intervenciones corporales como expresión de género y sustituirlo por el de *investigaciones corporales* para designar tal categoría⁸⁶, dentro de la cual, a su vez, cabría distinguir entre inspecciones, registros e intervenciones corporales.

Así, por *inspecciones corporales* cabría entender cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano (total o parcialmente desnudo) en sí mismo considerado⁸⁷; por *registros corporales*, la exploración de partes internas del cuerpo – ya sean las cavidades naturales (boca, ano, vagina), ya sean otras interioridades (estómago), mediante tactos o exámenes radiológicos⁸⁸, preferentemente⁸⁹ – o el

⁸⁵ Así también, Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 6: Genética y Derecho, 2004, CGPJ, Madrid, pág. 226; Carlos María ROMEO CASABONA: “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del Derecho Español”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 58: Las reformas procesales, 2004, CGPJ, Madrid, pág. 451 y, posteriormente, con ROMEO MALANDA en *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 121; José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: “Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, *Justicia*, núm. 1-2, 2004, págs. 184-185. Para RICHARD GONZÁLEZ: “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, cit., pág. 456, las actividades de inspección y reconocimiento consistirían en diligencias tales como el examen de la vivienda y/o las ropas u objetos personales del imputado (cepillos de cabello o de dientes, material sanitario o de oficina...) y recogida de las muestras que pudieran hallarse para su ulterior análisis.

⁸⁶ En este sentido, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 31, afirmaba que la expresión utilizada no podía ser considerada definitiva y que el término “investigaciones corporales” podría ser igualmente apto para comprender la pluralidad de diligencias y de medidas a que se alude con estos términos.

⁸⁷ En esta categoría se incluyen, fundamentalmente, los exámenes oculares del cuerpo destinadas a descubrir o constatar especiales características corporales (verrugas, lunares, tatuajes...) o huellas o vestigios del delito que permitan la identificación del imputado.

⁸⁸ Como advierte GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 97, las exploraciones radiológicas constituyen propiamente una medida de registro corporal.

⁸⁹ Para GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 102, en circunstancias ordinarias, esto es, siempre que el estado de salud, la situación del imputado no lo impida (embarazo), no se realicen con frecuencia superior a lo aconsejado médicamente y se efectúe un adecuado control técnico, de manera que no se afecte a la integridad física del imputado, deben utilizarse los registros radiológicos en vez de las inspecciones y registros corporales normales dado que son menos agresivos para la intimidad corporal y cumplen idéntica finalidad. También PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit. pág. 99, considera preferible sustituir los registros anales y vaginales por otro tipo de pruebas, como radiografías o ecografías, aunque éstas pudieran incidir más directamente sobre la integridad física, puesto que no suponen una injerencia tan grave en la intimidad corporal y, por tanto, en la dignidad. Ya el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 7 de junio de 1994, núm. 412/1994, afirmaba que “si podía bastar un examen radiológico seguido, caso de resultado positivo, del requerimiento expreso para que la portadora entregase voluntariamente la droga,

examen de sus partes externas (cacheos superficiales) y, finalmente, por *intervenciones corporales*, la extracción de elementos o sustancias del interior del cuerpo o la obtención de muestras biológicas (sangre, saliva, pelos...) para ser sometidas a posterior análisis pericial.

Diligencias todas ellas que han de tener por finalidad la determinación del imputado, el hallazgo del objeto del delito o el descubrimiento de huellas o vestigios de la comisión de los hechos criminales y sus circunstancias para poder ser consideradas necesariamente actos de investigación corporal.

En definitiva, pues, las investigaciones corporales realizadas en el marco de un proceso penal serían actos consistentes en reconocer, explorar, examinar el cuerpo de una persona, obtener indicios biológicos del mismo o extraer elementos o sustancias de su interior, con la finalidad de descubrir y constatar los hechos criminales y sus circunstancias y la persona o personas que los hayan podido cometer.

Tal delimitación de la categoría, mediante su concepción como verdaderos actos o diligencias de investigación, restringe su heterogeneidad, pero, con todo, restan en el concepto diligencias demasiado dispares entre sí.

En efecto, no cabe desconocer que las diversas medidas encuadrables como investigaciones corporales presentan grandes diferencias entre sí atendido su objeto, los medios empleados en su práctica, los diversos modos de ejecución, los derechos fundamentales afectados y la intensidad de dicha afectación. En consecuencia, los presupuestos y requisitos exigibles en su ordenación y ejecución difieren en algunos aspectos; circunstancia que dificulta enormemente su tratamiento sistemático uniforme, más allá del que pueda suponer su configuración como medidas restrictivas de derechos fundamentales⁹⁰.

Por el contrario, para ETXEBERRIA GURIDI lo que caracteriza a todas estas medidas, aparte de recaer sobre el cuerpo humano, es precisamente el sometimiento a

evidentemente, no era necesario acudir a otro de carácter manual, a practicar por el médico especialista correspondiente, con el consiguiente contacto en unas partes íntimas, no consentido por la mujer afectada.” (f.j.3)

⁹⁰ Antonio DEL MORAL GARCÍA: “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV: Constitución y Garantías Penales, 2003, CGPJ, Madrid, págs. 70-71, afirma que no puede construirse un régimen común para las diversas actuaciones que con tan distinto contenido invasivo encajan dentro del amplio concepto de intervenciones corporales, aunque sí puedan identificarse unos ciertos denominadores comunes. Califica la materia como poliédrica: “necesitada de mil matices y que agrupa cuestiones muy heterogéneas entre sí y con poca aptitud para ser reducida a moldes normativos nítidos y claros”. Siguiendo a este autor, Jaime MORENO VERDEJO: “ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, Madrid, pág. 1803. Por el contrario, para GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 16, cabe establecer un régimen jurídico procesal unitario de las intervenciones corporales por sí mismas, en la medida que, al suponer una intervención en el interior o sobre la superficie corporal, inciden de modo necesario sobre los derechos a la integridad física y a la intimidad corporal de los afectados, con independencia de la mayor o menor complejidad de los análisis científicos que posteriormente puedan ser necesarios.

una serie de presupuestos comunes⁹¹: “La homogeneidad no viene determinada, pues, por el derecho afectado, ni por el método empleado, ni por las actividades desplegadas. Es el tratamiento sistemático uniforme el que permitirá mantener que nos encontramos ante diligencias de intervención corporal. Las excepciones, que las habrá, no han de exceder el umbral mínimo que les hace perder su condición de tales al desvirtuarse el régimen jurídico de su tratamiento”.⁹²

En definitiva, únicamente es posible un estudio sistemático de las investigaciones corporales desde su conceptualización como medidas restrictivas de derechos fundamentales⁹³. Dada su falta de regulación específica en la normativa procesal penal vigente, con la excepción del segundo párrafo del artículo 363 LECrim, su admisibilidad constitucional vendrá dada por la estricta aplicación del principio de proporcionalidad⁹⁴, a cuyos presupuestos, formales (legalidad) y materiales (justificación teleológica), y requisitos, extrínsecos (judicialidad y motivación) e intrínsecos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), habrá que añadir las exigencias propias y específicas de las investigaciones corporales (ejecución por personal médico o sanitario, en su caso, y no revestir riesgo o quebranto para la salud de la persona afectada).

⁹¹ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 64-65.

⁹² Planteamiento que lleva a dicho autor a tener que rechazar aquellas medidas que quiebran el sistema (por ejemplo: los cacheos, a los que se atribuye naturaleza fundamentalmente preventiva cuando, doctrina y jurisprudencia, de forma prácticamente uniforme, les atribuyen naturaleza postdelictual, sin desconocer su carácter preventivo) o excluir aquellas otras que constituyen importantes excepciones a determinados requisitos (por ejemplo: los casos de urgencia o riesgo para la investigación respecto del requisito de exclusividad jurisdiccional).

⁹³ Para MONTERO LA RUBIA: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, cit., pág. 9, cualquier tratamiento sistemático de las intervenciones corporales, en cuanto a los requisitos de su validez precisa de una radical distinción entre aquellos que limitan o restringen derechos fundamentales y los que, por su escasa entidad, no los comprometen. A su vez, dentro de los primeros, habría que distinguir según se practiquen o no por orden de la autoridad judicial.

⁹⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 69.

II. NATURALEZA JURÍDICA

1. Con carácter general

1. 1. *Las injerencias corporales como actos de investigación*

En general, la doctrina española no se ha preocupado demasiado de la naturaleza jurídica de las intervenciones corporales, aunque, de forma mayoritaria, afirma que constituyen actos de investigación⁹⁵.

Las diligencias de investigación tienen por finalidad descubrir, constatar y esclarecer los hechos delictivos y sus circunstancias, así como su autor o autores. En este sentido, únicamente las actuaciones realizadas sobre el cuerpo de una persona que respondan a esta finalidad constituirán actos de investigación y, por tanto, investigaciones corporales en el sentido jurídico procesal penal expuesto en el capítulo anterior.

Dichos actos de investigación se caracterizan en su práctica por afectar, en mayor o menor medida, a diversos derechos fundamentales⁹⁶, sin que ello implique modificar su naturaleza jurídica como diligencias de instrucción⁹⁷. Constituyen, pues,

⁹⁵ Así, por ejemplo, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 290 y DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 70.

⁹⁶ Esta característica sí ha sido objeto de atención primordial por la doctrina como cuestión clave para admitir la legitimidad constitucional de las intervenciones corporales en nuestro ordenamiento jurídico ante su falta de regulación. Así, ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 138; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 297; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 168; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 44; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 373.

⁹⁷ Téngase en cuenta que para un cierto sector doctrinal, las diligencias de averiguación y comprobación restrictivas de derechos fundamentales constituyen una categoría autónoma, sin perjuicio de reconocer que muchos actos instructorios pueden pertenecer a varias de esas categorías. Así, Sara ARAGONESES MARTÍNEZ y José Antonio TOMÉ GARCÍA, con Andrés DE LA OLIVA SANTOS, Rafael HINOJOSA SEGOVIA y Julio MUERZA ESPARZA: *Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., Madrid, 2007, pág. 298, distinguen tres categorías de actos instructorios: “actos que se caracterizan por estar preferentemente orientados a la aprehensión para el proceso de ciertos elementos que pudieran servir como medios de prueba y que, de ordinario, suponen una limitación de los derechos fundamentales de las personas (registros, intervención de las comunicaciones, o los „tests” alcoholométricos)”, mientras que los actos de investigación “se caracterizan por pretender el conocimiento de los hechos y circunstancias que definen una conducta como delictiva, la averiguación del delincuente, (su identificación y circunstancias personales), la determinación del daño y la individualización del responsable”. La tercera categoría de diligencias estaría constituida por las medidas cautelares. GÓMEZ COLOMER, con MONTERO AROCA, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, cit., págs. 154-155, admite también la clasificación de los actos de investigación en función de si producen o no una limitación de derechos fundamentales. Entre los primeros, distingue a su vez entre actos realizados con vulneración de los requisitos constitucionales (art. 11.1 LOPJ) o con vulneración de los requisitos sólo legales (art. 238 LOPJ). Entre los actos de investigación que limitan derechos fundamentales relativos estudia la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, la diligencia de registro de libros y papeles, la detención de la correspondencia postal y telegráfica, la intervención de las comunicaciones telefónicas y la diligencia de filmación de lugares públicos. En principio, las intervenciones corporales directas son estudiadas en el grupo de diligencias que no afectan a los derechos fundamentales. Sin

medidas restrictivas de derechos fundamentales. En este sentido, ETXEBERRIA GURIDI, tras rechazar que las intervenciones corporales constituyan medidas cautelares⁹⁸, afirma que, como actos de investigación, unas veces tendrán carácter directo, como actos de examen de las fuentes de investigación (por ejemplo, un examen ginecológico para verificar la interrupción del embarazo) y, otras, indirecto, como actos de búsqueda y obtención de fuentes de investigación (por ejemplo, una extracción de muestras para posterior análisis de ADN)⁹⁹. Según dicho autor, a diferencia de las medidas coercitivas alemanas, prima la finalidad, no el medio utilizado¹⁰⁰.

Para GÓMEZ AMIGO, en cambio, todas las intervenciones corporales deben ser consideradas como actos de investigación directos ya que proporcionan por sí mismas las fuentes de investigación. Conceptuación que justificaría su adopción en el seno del proceso penal pendiente, que se configura así como su ámbito funcional propio¹⁰¹.

Como actos de investigación realizados en la fase de instrucción¹⁰² (legalmente denominada “sumario”, en el proceso penal ordinario por delitos más graves;

embargo, sólo en el caso de los registros se afirma que, con carácter general, por sí mismos y desarrollándose correctamente, no afectarían ningún derecho fundamental. En cambio, respecto a las intervenciones que supongan extraer del cuerpo determinados elementos externos o internos para someterlos a pericia, MONTÓN REDONDO diferencia según cuál sea la finalidad pretendida con la peritación, puesto que sólo existe base legal permisiva para la extracción de muestras corporales a los únicos efectos de identificar (arg. art. 363 II LECrim) un presunto delincuente (págs. 200-201).

⁹⁸ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 65-74. Acepta la concepción restrictiva de la finalidad de las medidas cautelares, esto es, su función de aseguramiento de la ejecución, y admite que sólo una concepción muy amplia de la instrumentalidad característica de las medidas cautelares permitiría encuadrar como tales las intervenciones corporales. En este sentido, se aproximarían más al concepto de medidas coactivas o coercitivas que al sentido específico de las medidas cautelares.

⁹⁹ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 79. En cambio, MONTÓN REDONDO, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y BARONA VILAR: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, cit., págs. 199-203, trata los citados supuestos indistintamente como intervenciones corporales directas. Con todo, GÓMEZ COLOMER, en la obra citada, pág. 155, admite también dicha clasificación distinguiendo entre actos que se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación y actos que proporcionan por sí mismos las fuentes de investigación, entre los que cita las injerencias corporales. Sin embargo, como afirma ETXEBERRIA GURIDI, las intervenciones corporales no siempre tienen este carácter, antes bien, mayoritariamente, pueden ser calificadas como indirectas. En contra, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 26, no considera que las medidas de intervención corporal puedan caracterizarse como diligencias de investigación indirectas ya que no pueden utilizarse para obtener meros indicios debido a la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales que suponen.

¹⁰⁰ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 82-83.

¹⁰¹ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 34.

¹⁰² Fase de instrucción que GÓMEZ COLOMER, con MONTERO AROCA, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, cit., pág. 119, denominan “procedimiento preliminar” y consideran una etapa o subfase inicial de la fase de declaración del proceso penal, el cual dividen en tres fases, llamadas a su vez procesos, distintas: fase de declaración, fase de ejecución y fase cautelar.

“diligencias previas”, en el proceso penal abreviado, y “diligencias urgentes” en el proceso penal para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos) competen a los jueces de instrucción¹⁰³. Sin embargo, no todas las injerencias corporales están intervenidas por la autoridad judicial. Algunas de ellas se realizan al margen del proceso, con carácter previo al mismo, como son los cacheos, las exploraciones radiológicas y las denominadas pruebas de alcoholemia, que constituyen excepciones al requisito de judicialidad¹⁰⁴.

1. 2. *Las investigaciones corporales como prueba pericial*

En favor de esta naturaleza pericial se esgrimen diversos argumentos: 1) La jurisprudencia constitucional que en materia de test alcoholométricos considera estas diligencias especiales modalidades de pericia; 2) Los preceptos citados, con carácter general, como cobertura legal en nuestro ordenamiento jurídico de las intervenciones corporales (artículos 339 y 478 LECrim) relativos a informes periciales; 3) La exigencia de intervención de personal médico o sanitario en la práctica de la diligencia¹⁰⁵.

Para IGLESIAS CANLE son diligencias de naturaleza pericial, tanto por la particular pericia que se procura en su realización, como en lo que respecta a su finalidad, por el posterior análisis de las muestras obtenidas. Naturaleza pericial, pues, tanto en lo que respecta a la intervención corporal en sí misma como al posterior análisis pericial. Para dicha autora, la pericia debe estar presente a lo largo de todo el proceso de obtención de estas medidas: Un perito o experto en la materia que “sepa orientar al juez a la hora de decidir la intervención corporal más adecuada y, lo más

¹⁰³ La fase de instrucción es hoy por hoy competencia de los jueces de instrucción, si bien, ciertamente, tanto el Anteproyecto de LECrim de 2011, como la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 atribuyen la investigación al Ministerio Fiscal. Con todo, en el proceso penal abreviado el Ministerio Fiscal, en determinadas circunstancias (art. 773.2 LECrim), puede instruir diligencias que, sin embargo, no sirven para preparar el juicio oral, sino para “instar” del Juez de Instrucción la incoación de las verdaderas diligencias previas o procedimiento preliminar. Por eso, advierten GÓMEZ COLOMER, con MONTERO AROCA, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, cit., pág. 126, que la equiparación que se hace entre procedimiento preliminar judicial y procedimiento preliminar fiscal es, cuando menos, muy dudosa.

¹⁰⁴ Para HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 414, los cacheos policiales y el examen de alcoholemia constituyen excepciones al requisito de la necesidad de intervención judicial en la adopción de este tipo de medidas que vienen dadas “tanto por su intrínseca levedad como por su urgencia y su necesidad a los efectos del cumplimiento de los fines propios de las funciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad”.

¹⁰⁵ Advierte MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., págs. 119-120, que el Tribunal Constitucional “sólo adjetiva con el término pericia las intervenciones corporales que, realizadas por un médico, tienen como finalidad la averiguación de datos para la cual es preciso un análisis médico, químico o biológico (así en STC n.º 37/89 y en STC n.º 207/96), absteniéndose de otorgar tal calificación a actuaciones corporales carentes de dicha finalidad aun cuando intervenga en su práctica un facultativo, lo cual es expresión de la dificultad que le suma, a la hora de enjuiciar la legitimidad de aquellas intervenciones, la ausencia de previsión constitucional y la carencia de legislación autorizante específica”.

importante, sepa realizarla sin causar más daño que el estrictamente necesario, y con todas las garantías para que los resultados que se obtengan sean fiables”.¹⁰⁶

Sin embargo, deben tenerse en cuenta también otras consideraciones: 1) La concepción de los métodos alcoholométricos como especiales modalidades de pericia constituye un argumento para excluir su consideración como declaraciones y, en consecuencia, las garantías procesales inherentes a las mismas. Así, entre otras, SSTC 103/1985, de 4 de octubre, 252/1994, de 19 de septiembre y 161/1997, de 2 de octubre; 2) Los artículos 339 y 478.1 LECrim y otros, esgrimidos como cobertura legal de las intervenciones corporales en nuestro ordenamiento procesal penal, resultan, como expondremos en el capítulo siguiente, insuficientes como base legislativa; 3) Los casos en que se exige la presencia de un médico o de personal sanitario no se deben siempre a la necesidad de conocimientos científicos para llevar a cabo la diligencia (piénsese, por ejemplo, en una extracción de cabellos para posterior análisis), sino para garantizar el derecho a la salud del afectado y su intimidad (pudor) al practicar la diligencia.

Es más, como señala ETXEBERRIA GURIDI, salvo en los casos de intervenciones corporales directas que se desarrollan en un solo acto, la pericia, en realidad, se llevará a cabo a posteriori, con el análisis de sus resultados. Así ocurrirá, por ejemplo, en aquellos casos en que la intervención corporal consiste en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial. Actividad posterior de naturaleza evidentemente pericial que no debe extenderse a la intervención corporal previa¹⁰⁷.

Es el caso de los análisis de ADN que LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ conceptúa en el proceso penal¹⁰⁸ como “una técnica pericial científica que tiene por finalidad obtener un indicio para identificar y/o reconocer a una persona como autora de un delito en la fase de instrucción y asegurar determinadas fuentes de prueba para convencer al Tribunal sentenciador, mediante el informe pericial prestado en el juicio oral, de tal autoría o de la inocencia, y que, normalmente, se basará en un reconocimiento pericial practicado como prueba anticipada, que exige restringir los Derechos fundamentales a la integridad física y/o a la intimidad personal o a la autodeterminación informativa”.

Naturaleza jurídica del análisis de ADN que pone de relieve, según este autor¹⁰⁹, dos de sus principales características procesales: constituir una medida instrumental restrictiva de un derecho fundamental y su propia especialidad como pericia que le permite recorrer todas las fases del proceso: “es un acto de constatación objetiva a la

¹⁰⁶ IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., págs. 28-31.

¹⁰⁷ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 86-87 y, concretamente, para los análisis de ADN en *Los análisis de ADN y su aplicación en el proceso penal*, Granada, 2000, págs. 14-16, sin olvidar que, junto al carácter pericial de las técnicas de ADN, predomina su naturaleza como diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales.

¹⁰⁸ Tomás LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36: Genética y Derecho, 2001, CGPJ, Madrid, pág. 141.

¹⁰⁹ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, cit., págs. 143-144.

hora de encontrar vestigios biológicos del *locus delicti*, es inspección ocular, es aseguramiento de fuente de prueba, exige la realización de complejas y especializadas técnicas de laboratorio, produce unas conclusiones periciales que pueden producir efectos investigadores y, por último, en su caso, han de introducirse sus resultados en el acto del juicio oral como medio de prueba pericial.”

Así también, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, de 4 de mayo de 2000, afirma la naturaleza pericial del informe de ADN: “...el informe pericial basado en técnicas identificativas del ADN y practicado como acto de investigación en el sumario o dentro de las Diligencias Previas, participa de la naturaleza de una prueba pericial y como tal prueba pericial ha de incorporarse posteriormente como medio de prueba al acto del juicio oral” (f.j.5).

Por otra parte, es de reseñar que en los procesos de filiación no se discute la naturaleza pericial de la prueba biológica¹¹⁰ sino, entre otras cuestiones¹¹¹, un problema aplicable también al proceso penal, a saber, el margen de valoración judicial dada la fiabilidad de su resultado¹¹².

1. 3. *Las investigaciones corporales como prueba anticipada o preconstituida*

Con todo, ello no basta para configurar la naturaleza jurídica de las intervenciones corporales, según ETXEBERRIA GURIDI quien, junto a la finalidad indagatoria, destaca otra función decisiva que pueden desempeñar las intervenciones corporales, a saber, la de adquisición y conservación de fuentes de prueba (o aseguramiento de elementos probatorios)¹¹³. Esta naturaleza de actos aseguratorios de

¹¹⁰ Así, por ejemplo, Lorenzo BUJOSA VADELL: “El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero)”, *Revista General del Derecho*, número 616-617, enero-febrero 1996, págs. 183-185, aunque advierte de un cierto “componente confesorio” soslayado por la jurisprudencia.

¹¹¹ Así, M.ª Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA: “El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número 3, julio-diciembre 1995, pág. 45, plantea las siguientes: “si debe ser estimada como una forma de prueba ordinaria o extraordinaria, si el Juez puede solicitar su práctica de oficio, o cómo queda vinculado el Juez y la relevancia que se le debe dar, en relación con el resto probatorio”.

¹¹² Así, por ejemplo, Alfredo ALONSO UCEDA: “Valoración práctica de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en los procesos de determinación de la filiación: criterios a tener en cuenta y alternativas a considerar”, *Revista General del Derecho*, número 654, 1999, págs. 1798-1801, o Pedro M.ª GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ: “La prueba pericial biológica en los procesos de filiación. Doctrina jurisprudencial”, *Tribunales de Justicia*, número 10, octubre 1998, págs. 963-966. Por su parte, Carmelo ORDOÑEZ FERNÁNDEZ: “Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial”, *La Ley*, 1995-2, págs. 989-996, advierte que quizás no son tan seguras dada la existencia de posibles errores técnicos y biológicos.

¹¹³ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 88-90. Para este autor, la naturaleza jurídica de las intervenciones corporales se caracteriza por tres circunstancias: “en primer término, su condición de diligencias de investigación, directas en ocasiones, por cuanto se agotan en sí mismas y son suficientes para aportar los datos idóneos para el esclarecimiento de los hechos, indirectas en otras por cuanto no aportan por sí mismas información útil pero constituyen el paso previo a posteriores diligencias que las complementan; en segundo lugar, las intervenciones corporales se significan porque su práctica supone una inevitable

prueba se basa en la irrepitibilidad de tales diligencias en el acto del juicio oral¹¹⁴. Es más, para este autor, incluso en aquellos casos en que técnicamente es reproducible la diligencia en el juicio oral, no considera oportuna su repetición y aconseja su práctica en la fase de instrucción o preparatoria por diversas razones¹¹⁵: a) La posibilidad de que las partes puedan designar expertos que intervengan en su práctica junto a los propuestos judicialmente garantizando la imparcialidad de éstos mediante su recusación; b) La dificultad de su práctica en el acto del juicio oral¹¹⁶; c) La afectación del derecho a la intimidad del acusado incompatible con la publicidad de los debates¹¹⁷. De este modo se evitaría la duplicidad de intervenciones corporales como actos de investigación y actos de prueba y, en la mayoría de ocasiones, evitaría suspender el juicio en detrimento de la concentración de las actuaciones¹¹⁸. Por todo ello concluye que se trata de diligencias de práctica anticipada.

incidencia en un amplio espectro de derechos fundamentales, derechos que quedan afectados en un grado tal que singulariza este aspecto frente a otros igualmente determinantes (conocimientos específicos requeridos en ciertas ocasiones); por último, son diligencias de práctica anticipada, bien por su irrepitibilidad en ciertos casos, bien porque se hace aconsejable (pese a su reproducibilidad) para evitar la suspensión del juicio oral o para garantizar el respeto a la dignidad y pudor del afectado”. Igualmente, en *Los análisis de ADN y su aplicación en el proceso penal*, cit., págs. 25-27, añade a la naturaleza pericial de los análisis de ADN, pero fundamentalmente restrictivo de derechos fundamentales, la conveniencia de su práctica anticipada con garantía de los derechos de defensa y de contradicción. Sin embargo, como advierte José María ASECIO MELLADO: “La intervención de la defensa en la fase de instrucción”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1997, págs. 14-18, el problema de su configuración como prueba anticipada radica en el peligro de convertir el juicio oral en una mera ratificación formal del sumario, consecuencia del establecimiento de la contradicción en la fase de investigación.

¹¹⁴ En este sentido, siguiendo con el ejemplo anterior, la citada resolución de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 1ª, de 4 de mayo de 2000, tras afirmar la naturaleza pericial del informe de ADN, afirma: “Ahora bien, es claro, que el acto de la pericia misma no resulta viable en el mismo juicio en el que el perito se limita a la ratificación, exposición y comentario de su informe, mientras que la obtención de las muestras de ADN y análisis de los resultados habidos son realizados en fase de instrucción o como prueba anticipada, lo que obliga a tener presentes las disposiciones y garantías que han de rodear la práctica de la prueba, en cuanto a la recogida de muestras de material biológico a analizar, conservación de restos para que la defensa pueda efectuar contraanálisis, solicitud de nuevos informes por peritos particulares y recusación de los que hayan sido designados por el Juez” (f.j.5).

¹¹⁵ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 588-589.

¹¹⁶ En este sentido se trataría de un supuesto de pruebas incompatibles con la concentración del debate contemplado por el art. 392.2 CPP italiano. Cf. ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 174. Dicho precepto contempla como motivos para la práctica de las pruebas como anticipadas la irrepitibilidad material y la imposibilidad de su ejecución en el juicio oral por causa de la vigencia del principio de contradicción. ASECIO MELLADO: “La intervención de la defensa en la fase de instrucción”, cit., pág. 36.

¹¹⁷ Pese a que la publicidad de los debates puede restringirse conforme a los artículos 680 LECrim y 232 LOPJ, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 90, nota 170 y pág. 589, nota 364, afirma que resulta incompatible incluso con la celebración a puerta cerrada de las sesiones.

¹¹⁸ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la prueba anticipada debe tener un carácter excepcional a fin de no desvirtuar el principio general de que las pruebas han de practicarse en el acto del juicio oral. Así, ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 171. También, Manuel MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, pág. 324, para quien “no cabe acudir a la práctica anticipada de una prueba por simples razones de comodidad, o para evitar las molestias que en algunos casos puedan producirse al practicarse la prueba de forma concentrada durante las sesiones del juicio oral”. De igual modo, Ernesto PEDRAZ PENALVA: “La

Para GÓMEZ AMIGO, las medidas de intervención corporal no constituyen tanto diligencias de prueba anticipada como de prueba preconstituida, lo que permitiría su reproducción en juicio oral mediante la exposición contradictoria de los informes periciales para adquirir eficacia probatoria, sin necesidad de reiterar la medida cuya función es la obtención y aseguramiento de la fuente de prueba. Su práctica debe realizarse, por tanto, según este autor, en la fase de instrucción a fin de asegurar el fundamento de la acusación, incluso en aquellos supuestos en que dada la naturaleza de las muestras a obtener o los análisis a realizar, no sería necesaria su práctica anticipada¹¹⁹.

En esta materia, a las dificultades propias de los conceptos de prueba anticipada y prueba preconstituida¹²⁰, se une, una vez más, la heterogeneidad de las medidas

práctica probatoria anticipada y la denominada prueba 'preconstituida', *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La instrucción del sumario y las diligencias previas, 1998, CGPJ, Madrid, pág. 40.

¹¹⁹ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 26 y 35-36.

¹²⁰ José ALMAGRO NOSETE: "Teoría general de la prueba en el proceso penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La prueba en el proceso penal, 1992, CGPJ, Madrid, págs. 47-48, advierte que, a veces, se habla de prueba preconstituida como equivalente a anticipada y, otras, con significado autónomo. Para este autor, *pruebas preconstituidas*, de acuerdo con su significado técnico, propio del proceso civil, son los documentos, "de manera que sólo la prueba documental, propuesta y practicada mediante su incorporación y comprobación de su autenticidad merece tal denominación, sin que quepa confundirlos con las pruebas documentadas (pericias, testificales, declaraciones del imputado...)". En este sentido, señala también Francisco HERNÁNDEZ GIL: "La prueba preconstituida", en *La prueba en el proceso penal*, Madrid, CGPJ, Centro de Estudios Judiciales, Colección Cursos, vol. XII, 1993, págs. 79-80, que el concepto de prueba preconstituida, propio del proceso civil, entendida como el medio o fuente de prueba preexistente al proceso o como la prueba que se propone con anterioridad y fuera del proceso, no tiene fácil aplicación al proceso penal dados los principios que informan su actividad probatoria: "En el concepto de prueba preconstituida del proceso penal, más que la prueba documental, lo que suele comprenderse es tanto los supuestos de prueba anticipada como aquellos otros en los que las diligencias de investigación se convierten en el juicio oral en actos de prueba". DÍAZ CABIALE: "La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal", cit., pág. 43 rechaza el término prueba preconstituida – salvo en un supuesto concreto, a saber, el registro domiciliario practicado con la presencia judicial y asistencia del secretario – considerando que "se la está utilizando para justificar el valor probatorio de determinadas actuaciones que no dejan de ser diligencias policiales o sumariales que carecen de garantías para ser consideradas como verdaderas pruebas y que, por tanto, no tiene sentido decir que no se pueden reproducir en el juicio oral, ya que nunca se las pudo considerar como tales". Así también, MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., pág. 323, considera que el término prueba preconstituida en el proceso penal actúa únicamente como un elemento distorsionador, un subterfugio para justificar, en muchas ocasiones, la eficacia probatoria de diligencias sumariales. En parecidos términos, IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 129, considera el término "un subterfugio revestido de falso tecnicismo mediante el cual, en realidad, se limitan las garantías del debido proceso con el fin de asegurar la aplicación del 'jus puniendi' ante dificultades o incomodidades de índole práctica que se derivarían de su respeto escrupuloso". Se opone también a la utilización de esta expresión PEDRAZ PENALVA: "La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba 'preconstituida'", cit., págs. 49-51, entendiendo difícilmente aplicable este concepto al proceso penal dada su procedencia civil, su nexos con el documento, su vinculación con la prueba legal y su formación previa al proceso.

Por el contrario, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 83, incluye en el término prueba preconstituida tres grupos de actos: "a) Los supuestos que se recogen legalmente de irrepitibilidad conocida en el momento de su práctica, lo que constituiría la prueba anticipada; b) Los supuestos de irreproducibilidad sobrevenida, encuadrables dentro del art. 730 de la LECrim., a lo que habría que añadir el supuesto contemplado por el art. 714 de la LECrim., que permite la lectura de las declaraciones prestadas en la fase de investigación en razón de las

contradicciones que éstas presentan con las vertidas en el juicio oral; c) Y por último, determinados actos de investigación cuya irreproducibilidad ya se conoce cuando son realizados pero que sin embargo, por no resultar incardinables dentro de los supuestos legalmente previstos de prueba anticipada, no pueden constituirse como tal, con independencia de que, cuando se hayan practicado con las garantías exigibles y sean incorporados al juicio oral con posibilidad, por tanto, de ser objeto de contradicción por las partes, alcancen de ese modo valor probatorio”. RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU y RICHARD GONZÁLEZ: *El proceso penal práctico*, cit., pág. 1494, incluyen en el concepto tanto aquellos supuestos que tienen en común la imposibilidad o dificultad de reproducir en el juicio oral cierta clase de diligencias, como aquellas diligencias que aún siendo reproducibles no lo serían en idénticas circunstancias, las cuales se reproducirán en el juicio oral mediante su lectura. Carlos MARTÍN BRAÑAS: “La prueba anticipada en el proceso penal”, *Revista de Derecho Procesal*, 2001, núm. 1-3, págs. 481-483, si bien se muestra, en principio, partidario de erradicar el concepto de prueba preconstituida en el proceso penal, acaba admitiendo su utilización para designar aquellas actuaciones que carecen de denominación específica (como son la prueba anticipada, las diligencias de instrucción que acceden al juicio oral por la vía del artículo 730 LECrim o los informes periciales), circunscribiendo su uso a designar “el conjunto de actividades cuya finalidad consiste en hacer posible que el órgano judicial en fase decisoria tenga conocimiento de los objetos y sujetos que han sido blanco de la actividad delictiva, así como el modo, lugar y tiempo en que acontecieron, y que, por su propia naturaleza, resultan irreproducibles en el juicio oral”. En definitiva, limita el concepto de prueba preconstituida a las diligencias instructoras o actos de investigación indirectos mediante los que se obtienen fuentes de prueba a introducir en el juicio oral a través del correspondiente medio de prueba. En esta línea, Vicente Carlos GUZMÁN FLUJA: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia, 2006, pág. 292, aunque no considera necesario tener que erradicar sin más el concepto de prueba preconstituida del proceso penal, entiende que es mejor dejar de utilizarlo y sustituirlo por el de “preconstitución de las fuentes de prueba para juicio”.

Por otra parte, respecto a la *prueba anticipada* el problema no es tanto conceptual puesto que, en definitiva, se trata de la realización anticipada de los medios de prueba, como temporal, es decir, relativo al momento en que puede tener lugar tal actividad probatoria. Así, advierte MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., págs. 319-320, que para un sector doctrinal, la prueba anticipada incluye tanto la que se practica durante la fase de instrucción como la que se realiza en fase de plenario, mientras que otro sector, en cambio, la restringe a aquella que se practica en la fase de plenario, antes de la vista oral, considerando los actos realizados durante la instrucción diligencias sumariales a las que se concede eficacia probatoria por razón de su irreproducibilidad en el juicio oral. En este sentido, define la prueba anticipada como “aquella que tiene lugar, una vez concluida la instrucción sumarial, durante la fase de plenario y antes del inicio de las sesiones del juicio oral, motivado por la imposibilidad material de que pueda llevarse a efecto durante la vista oral”. Así también, PEDRAZ PENALVA: “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba 'preconstituida’”, cit., pág. 26 y siguientes; GUZMÁN FLUJA: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, cit., págs. 256-265; Víctor MORENO CATENA, con Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Valencia, 2012, pág. 385.

Por el contrario, DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., págs. 41-42, admite la anticipación probatoria tanto en la fase sumarial como intermedia y, por supuesto, durante el juicio oral. También MARTÍN BRAÑAS: “La prueba anticipada en el proceso penal”, cit., pág. 492. Para Miguel GUTIÉRREZ CARBONELL: “Tratamiento procesal de la pericia médica en el procedimiento penal. Diligencias de instrucción y pruebas: preconstituidas, anticipadas y plenarias”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. V: Medicina Legal, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 34, la prueba anticipada se practica, a petición de las partes, en la fase de instrucción, o en la plenaria, antes de la apertura del procedimiento probatorio, sometida a los principios de intermediación y contradicción, si bien por causas de urgencia puede prescindirse de éste. Para HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 83, la prueba anticipada responde a la circunstancia de que se practica en el período de investigación, en la fase intermedia o en el propio juicio oral con anterioridad a la vista, configurándose como un verdadero acto de prueba y no como un acto de investigación. Para RIFÁ SOLER: “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba”, cit., pág. 152, prueba anticipada en sentido propio es la que se produce justo antes de iniciarse el acto del juicio oral ante el mismo tribunal y conforme a las normas que rigen la práctica de la prueba, mientras que, en sentido impropio, sería la practicada ante el juez de instrucción, denominando así a la prueba testifical anticipada para diferenciarla de la prueba preconstituida; término que reserva a las diligencias sumariales de imposible repetición en el juicio oral por razón de su propia naturaleza, al ser su práctica única e irrepetible.

consideradas como injerencias corporales. Así, salvo los auténticos casos de irrepitibilidad, los restantes obedecen, como bien advierten los autores citados, a cuestiones prácticas.

En rigor, estamos simplemente ante diligencias de investigación practicadas – sea por una u otra razón – en la fase de instrucción, puesto que la prueba anticipada, por definición, sólo puede tener lugar una vez finalizada la fase de instrucción y antes del inicio de las sesiones del juicio oral, ante el tribunal sentenciador¹²¹, y, por otra parte, el concepto de prueba preconstituida no parece tener cabida, técnicamente, en el proceso penal¹²². Cuestión distinta es la eficacia o valor probatorio que puedan llegar a tener tales diligencias cuando sean irrepitibles o irreproducibles o, mejor dicho, cuando no vayan a estar disponibles las fuentes de prueba obtenidas mediante tales diligencias sumariales en el juicio oral.

Ciertamente, en puridad, no se trata de una cuestión de “repetición” o “reproducción” de las diligencias de investigación en el juicio oral, pues tales actos de instrucción no tienen que “repetirse” o “reproducirse” en el juicio. En efecto, en el juicio oral no se trata de repetir las diligencias de investigación llevadas a cabo durante la instrucción como medios de prueba, ni de, como apunta RIFÁ SOLER, “revisar la actuación del juzgado de instrucción”¹²³. La instrucción no debería constituir, como acontece en muchas ocasiones, un ensayo general del juicio oral en el que se practican todos y cada uno de los actos de prueba que posteriormente se “reproducen” en el plenario. La instrucción ha de terminar tan pronto como existan elementos suficientes para sostener la acusación y abrir el juicio oral. No es necesario llevar a cabo como actos de instrucción todos los medios de prueba que pueden llegar a practicarse en el plenario (arg. art. 785.1 y 786.2 para el procedimiento abreviado y 729.2 para el procedimiento por delitos graves), como tampoco todos los actos de investigación practicados necesariamente han de llevarse al juicio oral.

¹²¹ En estos parámetros la regulaba, por cierto, el Anteproyecto de LECrim (vid. artículos 505 y 551) aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 22 de junio de 2011. En cambio, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 prevé la posibilidad de practicar la prueba anticipada tanto ante el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de la causa, como en fase de instrucción, ante el Tribunal de Garantías, y no sólo “cuando exista el temor fundado de imposibilidad o grave dificultad de la práctica de la prueba en el acto de juicio oral por causa de las personas o del estado de las cosas”, sino también “cuando la reiteración de la comparecencia para declarar sobre los hechos resulte peligrosa para el desarrollo de los menores o para la salud de las personas vulnerables” (art. 432).

¹²² Totalmente contrario, GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 423-424, para quien dentro de la instrucción se realizan auténticos actos de prueba, practicados por el Juez de Instrucción o, excepcionalmente, por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal en el caso de la prueba preconstituida, la cual define como “una prueba documental, que puede practicar el Juez de Instrucción y su personal colaborador (policía judicial y MF) sobre hechos irrepitibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización del juicio oral”. Así, atendiendo a la autoridad que la practica, sistematiza la prueba preconstituida del siguiente modo: a) Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención (entre las cuales sitúa las inspecciones corporales); b) Prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial (entre las cuales, trata la gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN); c) Prueba preconstituida del Juez de Instrucción (entre cuyas medidas, estudia las inspecciones e intervenciones corporales).

¹²³ RIFÁ SOLER: “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba”, cit., pág. 143.

Los actos de instrucción sirven para localizar y asegurar, en su caso, las fuentes de prueba a fin de que estén disponibles para el juicio oral¹²⁴. Los medios de prueba sirven, a su vez, para llevar las fuentes de prueba al juicio oral. Por eso, obtenida la fuente de prueba, el acto de instrucción está agotado, ya ha cumplido su misión. Su función ha terminado. Otra cosa será cómo trasladar su resultado, cuando ello sea necesario, al juicio oral a fin de que allí pueda ser valorado por quien corresponda conforme a los principios que rigen la prueba en el proceso penal, lo cual no significa que los actos de instrucción no hayan de practicarse con garantías y con sujeción a la legalidad.

Y esto es lo que ocurre con las investigaciones corporales. En tanto que diligencias de investigación, una vez practicadas y obtenida la fuente de prueba que pueden ofrecer, su virtualidad como tales actos de instrucción está agotada. Habrá que custodiar el material obtenido, analizarlo en su caso y llevarlo, en su momento procesal, al juicio oral a través del oportuno medio de prueba, pero no “reproducir” dicha diligencia de investigación en el juicio oral; ni siquiera practicarla por primera vez como prueba anticipada antes del juicio oral. No tiene sentido. No es su momento ni su lugar. Su momento y su lugar es la fase de instrucción acorde con su naturaleza y finalidad.

Como actos de investigación que son, las intervenciones corporales han de practicarse, obviamente, en la fase de instrucción¹²⁵. De entrada, porque dada la naturaleza de esta fase procesal, su práctica deviene necesaria para poder fundamentar la acusación o, en su caso, la defensa. Estamos, ciertamente, ante diligencias esenciales para la determinación de los hechos punibles y de su autor y, en este sentido, no pueden obviarse en esta fase.

El problema práctico se produce desde el momento en que su “reproducción” deviene imposible o muy difícil en el juicio oral. Siendo ello así, su práctica, ya durante la instrucción, ha de venir presidida por la inmediación y la contradicción, en la medida de lo posible y sin que ello suponga que, una vez introducidos en el juicio oral sus resultados, no haya igualmente de someterse a debate, oral y público, ante el tribunal decisor. Como tal prueba habrá de practicarse en el juicio oral sujeta a los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, pero como actos de investigación que no van a reproducirse en el juicio, han de estar dotados también de las mayores garantías posibles, máxime tratándose de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Tales actos y sus resultados plasmados en el correspondiente atestado, en su caso, o documentados en autos, se llevarán al plenario a través de los correspondientes medios de prueba, mediante la testifical de los agentes que practicaron la diligencia o,

¹²⁴ La práctica de los medios de prueba ha de venir presidida por los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción y su finalidad es obtener prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, mientras que los actos de investigación ni han de estar presididos, siempre y en todo caso, por dichos principios, ni pretenden lograr la convicción del instructor sobre la culpabilidad del imputado.

¹²⁵ Así, MORENO CATENA, con CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 242, refiriéndose a los actos de investigación reservados a la autorización judicial.

en último término, si cabe, a través de su lectura por la vía del artículo 730 LECrim¹²⁶ “convirtiéndose” entonces en actos de prueba practicados en el juicio oral, conceptuándose por los tribunales como “prueba preconstituida” o “prueba anticipada” pese a que, en puridad, no sean ni lo uno ni lo otro.

Sin perjuicio de volver nuevamente sobre esta cuestión al tratar de la eficacia probatoria de estas medidas, por ahora lo que interesa es resaltar que estamos simplemente ante actos de investigación que no cabe calificar “ex ante” como pruebas, ni anticipadas, ni preconstituidas, aunque la posibilidad de su utilización en un futuro juicio comporte tomar, en previsión de ello y de su “irreproducibilidad”, todas las garantías procesales que en el momento que se lleven a cabo sean posibles.

Garantías procesales (inmediación, contradicción...) que aunque sean idénticas a las que presiden la práctica de los actos de prueba no convierten los actos de investigación en actos de prueba¹²⁷.

Insistimos, esta función aseguradora de las fuentes de prueba no debe comportar la calificación de los actos de investigación corporal como “prueba anticipada o preconstituida”, toda vez que la posible eficacia probatoria en el juicio oral no modifica su naturaleza como actos de investigación realizados en la fase sumarial. Ello es así por cuanto los actos de investigación prejudiciales y las diligencias sumariales que, siendo de imposible o muy difícil reproducción, se someten a contradicción en el juicio oral se transforman en actos de prueba realizados en el proceso, pero no constituyen desde su realización prueba preconstituida o anticipada¹²⁸. Esta calificación podrá realizarse *ex post*, tras su introducción en el juicio cumpliendo determinados presupuestos y garantías y a la vista de la valoración que les haya otorgado el órgano judicial decisor, pero no se puede calificar *ex ante* su valor como “prueba”¹²⁹.

¹²⁶ No en vano, como dice GUZMÁN FLUJA: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, cit., pág. 339, el artículo 730 LECrim es, en realidad, un medio probatorio: “un sistema para introducir en el juicio oral una fuente de prueba preconstituida tal y como se registró en su momento al ser imposible traerla al juicio oral.” Así también, MORENO CATENA, con CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 382.

¹²⁷ Garantías en la obtención de la fuente de prueba que, como acertadamente expone MORENO CATENA, con CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 378-382, deben ir acompañadas de las necesarias garantías de conservación y de corrección de la llamada “cadena de custodia”, en su caso, así como de garantías en la aportación al juicio.

¹²⁸ Para HERNÁNDEZ GIL: “La prueba preconstituida”, cit., pág. 79, “esta conversión sólo es posible si las diligencias son reproducidas en el juicio oral y se someten a contradicción, o cuando siendo de imposible o muy difícil reproducción, las diligencias se someten a contradicción en dicho acto. En tales casos las diligencias sumariales o, en general, los actos de investigación se convierten en actos de prueba realizados en el proceso”. A través de su lectura en el juicio oral, las diligencias sumariales *se convierten* en prueba. En este sentido, DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 194.

¹²⁹ En contra, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 81-83. Así también, GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 418, para quien, tales actos, aun cuando se practiquen dentro de la fase de instrucción, son auténticos actos de prueba, practicados por el Juez de Instrucción o, excepcionalmente, por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal, en el caso de la prueba preconstituida, y custodiados bajo la fe pública del Secretario.

2. Supuestos controvertidos

2. 1. *Cacheos superficiales y registros corporales*

Los cacheos superficiales y registros corporales constituyen actos de investigación realizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹³⁰. Su naturaleza no se altera porque sean autorizados por el Juez o el Ministerio Fiscal al acordar la detención¹³¹. En ningún caso tienen carácter pericial por sí mismos, sin perjuicio de los análisis de sus resultados por peritos como acto de investigación pericial posterior.

Sin embargo, no cabe olvidar que los cacheos y registros no sólo se realizan con posterioridad a la comisión del delito, sino que también pueden practicarse con carácter preventivo. Desde la perspectiva de las investigaciones corporales, únicamente los cacheos y registros realizados con carácter postdelictual responderán a la finalidad exigida para la delimitación conceptual de tales medidas¹³².

En efecto, no cabe duda que los cacheos y registros realizados tras la comisión del delito tienen por finalidad primordial descubrir el cuerpo del delito¹³³ y, en este

¹³⁰ Así, su regulación se detalla en diferentes Instrucciones de la Secretaría de Estado de Seguridad, como la 12/2007, de 14 de septiembre, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas bajo custodia policial, que define el cacheo como una modalidad de registro personal que consiste en “la prospección superficial externa del cuerpo y vestiduras e indumentaria, incluyendo los objetos personales o equipaje de mano, con la finalidad de descubrir objetos no permitidos o peligrosos, efectos del delito o medios de prueba ocultos entre la ropa o el cuerpo del sospechoso”, remitiéndose para los supuestos de registro con desnudo integral a las Instrucciones del Secretario de Estado de Seguridad 7/1996, de 20 de diciembre, en relación con la práctica de desnudos integrales a detenidos, con el fin de averiguar si portan entre sus ropas o en los pliegues de su cuerpo algún objeto peligroso o prueba incriminatorias, y 19/2005, de 13 de septiembre, relativa a la práctica de diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que entiende por desnudo integral “la diligencia policial consistente en poner al descubierto las partes pudendas o íntimas de una persona, así como el tipo de cacheo que suponga introducción directa de manos u otros objetos en contacto con las mismas”. Práctica de desnudo integral durante los cacheos policiales que únicamente se efectuará en la persona del detenido o preso y que deberá ajustarse a las condiciones y requisitos establecidos en dicha Instrucción.

¹³¹ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 86.

¹³² Para GARCÍA VILA: “Los cacheos: delimitación y clases”, cit., págs. 311-312, la finalidad de los cacheos postdelictuales es el aseguramiento de las fuentes de prueba, mientras que la finalidad de las intervenciones corporales es la extracción y posterior examen de elementos internos o externos del cuerpo. De este modo, considera que las únicas semejanzas con las intervenciones corporales son su naturaleza jurídica de acto de investigación y su práctica por la Policía Judicial, acentuándose por tanto las diferencias cuando se trata de cacheos realizados con carácter preventivo.

¹³³ Según el art. 334 LECrim, constituyen el cuerpo del delito “las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida”. Concepto precisado por la doctrina definiéndolo como el “conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otra cosa que sea efecto inmediato del mismo o que se refiera a él de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba”: ARAGONESES MARTÍNEZ, con DE LA OLIVA SANTOS, HINOJOSA SEGOVIA, MUERZA ESPARZA y TOMÉ GARCÍA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 330. Así también, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 127, quien atribuye la definición a MANZINI.

sentido, constituyen actos de investigación corporal¹³⁴. Así, DÍAZ CABIALE 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”¹³⁵.

¹³⁴ Normalmente, se estudia esta actuación desde esta perspectiva. Así, César HERRERO HERRERO: “Registros y otras indagaciones de instrumentos de prueba en el ámbito corporal de las personas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1576, pág. 79. Siguiendo a este autor, GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág., 69, define el cacheo como una medida de intervención corporal “que lleva consigo el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del sospechoso de haber cometido un delito, con la finalidad de detectar armas u otros instrumentos peligrosos para la vida o la integridad física de los funcionarios intervinientes o de terceros, de detectar piezas de convicción o efectos de la sospechada infracción penal, y caracterizado por realizarse por agentes de la autoridad y en un momento, por lo general, previo a la apertura del proceso penal”. En parecidos términos, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 414-415. Francisco ALONSO PÉREZ: “Cacheos y registros corporales”, *La Ley*, 8 de octubre de 1999, marg. D-246, pág. 1953 y, posteriormente, en *Medios de investigación en el proceso penal. Legislación, comentarios, jurisprudencia, formularios*, 2ª ed., Madrid, 2003, pág. 580, afirma que “el cacheo consiste en someter superficialmente al contacto manual el perfil del cuerpo de la persona sospechosa de haber cometido un delito con la finalidad de comprobar si lleva consigo armas u otros efectos que pudieran tener relación con la comisión de hechos delictivos”. GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 433, entiende por diligencia de cacheo, “la inspección corporal que, previa privación momentánea del derecho a la libertad de un sospechoso y sin ser constitutiva de una detención policial, puede efectuar la policía judicial, al amparo de lo dispuesto en el art. 19.2 LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana, con el único objeto de proceder a su registro externo y recoger el cuerpo del delito”. También la jurisprudencia trata los cacheos desde esta perspectiva. Así, por ejemplo, en la STS de 11 de noviembre de 1997, núm. 1344/1997, con cita de las sentencias de 7 de julio de 1995 y 2 de febrero de 1996, se dice que “la llamada diligencia de „cacheo“ consiste en el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito” (f.j.2).

En definitiva, supone una actuación externa sobre el cuerpo humano. Sin embargo, la STS de 15 de enero de 1993, núm. 3/1993, consideró como “un vulgar cacheo policial” obligar a una persona a expulsar la droga escondida en la cavidad bucal: “Se trata de una denominada intervención corporal con finalidad de búsqueda y aprehensión de los efectos de un delito contra la salud pública, equivalente a un vulgar cacheo policial que no puede alcanzar la trascendencia de un registro anal o vaginal” (f.j.2). Para DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 80, este supuesto constituye “la única excepción que excede del mero reconocimiento externo del cuerpo humano que puede tildarse de cacheo”. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 48-49, considera criticable la citada resolución no solo por la extensión del concepto de cacheo, sino por huir de las garantías que han de presidir la práctica de las intervenciones corporales. En cualquier caso, se trata de una resolución aislada. Existen resoluciones que contradicen dicho pronunciamiento: SSTS de 11 de mayo de 1996 y 26 de junio de 1998 (citadas por el propio ETXEBERRIA GURIDI, pág. 42, nota 29 y pág. 48, nota 47). Para la STS de 26 de abril de 2002, citada por ORTEGO PÉREZ, “Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal”, cit., pág. 3, se trata de una “mínima intervención corporal”, concepción luego rectificadas por la STS de 17 de junio de 2003, núm. 892/2003, al establecer en un caso análogo que la verificación policial de existencia de droga oculta en la boca no es propiamente una intervención corporal, sino una inspección corporal, que no afectaría siquiera a la intimidad en la medida que no se realiza sobre partes íntimas. En realidad, como afirma este autor, se trata de un caso de registro corporal.

¹³⁵ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., págs. 79-83. Como él mismo advierte, se trata de una definición imprecisa y amplia. Imprecisa porque no concreta hasta qué grado de intervención corporal cabe hablar dentro del concepto de cacheo y atiende únicamente a su carácter postdelictual, y amplia porque incluye como objeto del mismo la indumentaria que porta y todos aquellos objetos que acarrea el sujeto pasivo, de inmediata disponibilidad física por su parte, sin la suficiente entidad para constituir un acto de investigación distinto. De esta manera resulta desbordado el concepto restrictivo de intervenciones corporales propuesto y contraviene asimismo el requisito consistente en recaer sobre el cuerpo, pero entiende que es la única manera de extender a dichos objetos (equipaje,

Para ETXEBERRIA GURIDI, en cambio, los cacheos, aparte su escasa afectación de los derechos fundamentales a la libertad ambulatoria y a la intimidad, tienen naturaleza eminentemente preventiva, distinguiéndose así de las intervenciones corporales como diligencias de investigación postdelictuales, sin perjuicio de reconocer, por supuesto, que pueden ser consecuencias de la comisión de un delito¹³⁶. Sin embargo, a diferencia de los cacheos superficiales, los registros, aparte de afectar en mayor medida a los derechos fundamentales, tienen una finalidad investigadora e indagatoria de búsqueda de las piezas de convicción o de efectos prohibidos en el interior del cuerpo de la persona¹³⁷. Todo ello justifica, a su juicio, la exclusión de los cacheos del régimen jurídico de las intervenciones corporales y la inclusión, en cambio, de los registros personales.

También para GÓMEZ AMIGO los cacheos son actuaciones distintas de las intervenciones corporales que se atribuyen a la policía para el cumplimiento de sus misiones de prevención y persecución de la criminalidad. Considera, además, que, a diferencia de las medidas de intervención corporal, solo afectan de modo mínimo a la libertad y a la intimidad y no afectan en absoluto a la integridad física¹³⁸.

Con independencia de la mayor o menor afectación que puedan comportar los cacheos de los derechos a la libertad, a la intimidad y a la integridad física, en su caso, lo cierto es que la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado sólo estará justificada en casos de flagrancia del delito o riesgo para los fines de la investigación¹³⁹, deberá estar, asimismo, prevista legalmente en tal sentido¹⁴⁰ y

paquetes...) la protección del derecho fundamental a la intimidad como una parcela más del individuo detenido y registrado. En idénticos términos, ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 200. Para GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág., 69, la identificación del delincuente como objeto mediato de dicha medida conlleva el control superficial de los posibles objetos peligrosos que porte. GARCÍA VILA: “Los cacheos: delimitación y clases”, cit., pág. 312, también incluye la indumentaria y el equipaje como objeto de cacheo.

¹³⁶ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 44-47, defiende, por tanto, un concepto estricto de cacheo (cacheos superficiales con finalidad defensiva o protectora). También en este sentido, Joaquín GARCÍA MORILLO: *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Valencia, 1995, págs. 192 y 197, quien entiende por cacheo el mero palpamiento superficial de una persona destinado a descubrir armas, opuestamente al registro que tendría una finalidad indagatoria o investigadora y que exigiría la detención previa. Para IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., págs. 19-24, los cacheos como diligencias policiales que se refieren exclusivamente a la parte externa del cuerpo o a su indumentaria no deben comprenderse dentro de la categoría de las intervenciones corporales, entre otras razones de valoración procesal, porque no afectan al derecho a la integridad física, no son practicadas por personal médico o especializado y no tienen naturaleza pericial.

¹³⁷ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 50-65.

¹³⁸ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 107-108.

¹³⁹ Es la urgencia o peligro en la demora (“Gefahr im Verzug”) que prevé la legislación alemana como excepción a la necesidad de autorización judicial y que habilita a la Fiscalía para acordar directamente ciertas medidas de investigación (§ 100 b.1 StPO), también corporales (§§ 81 a.2 y 81 c.5 StPO).

realizarse conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Cuestiones que tendremos ocasión de exponer en su momento.

Como advierte ARMENTA DEU, desde el punto de vista de sus efectos procesales, su valor será el que se corresponde al atestado (de denuncia), alcanzando valor probatorio en el acto del juicio únicamente a través de la declaración testifical de quien realizó la intervención (art. 717 LECrim). No constituye prueba anticipada ni preconstituida, por lo que no cabe su lectura (vía art. 730 LECrim), ni su valoración como prueba documental (art. 726 LECrim)¹⁴¹.

2. 2. Métodos alcoholométricos

La doctrina española afirma, de forma prácticamente unánime, que los métodos alcoholométricos¹⁴² constituyen actos de investigación. Así, según GIMENO SENDRA, “no constituyen en nuestro ordenamiento, actos de „prueba“ algunos, sino, antes al contrario, son actos de *investigación*, tendentes a la determinación del hecho punible y a la presunta participación de su autor, así como a ocasionar la entrada de los hechos o del material instructorio dentro del sumario”¹⁴³.

¹⁴⁰ Los funcionarios de la Policía Judicial están obligados, en todo caso, a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, según dispone el artículo 287 LECrim, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la Ley no autorice.

¹⁴¹ ARMENTA DEU: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 159.

¹⁴² Así, Vicente GIMENO SENDRA: “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, *La Ley*, 1984-4, pág. 1102, quien, si bien, inicialmente, definía tales métodos como aquellos “actos de investigación, que se adoptan en el curso de una detención y que, a través de una medición en el aliento o de una intervención corporal del imputado, permiten principalmente establecer el grado de alcohol ingerido”, posteriormente, ha matizado tal definición conceptuando dichos métodos alcoholométricos como “actos de prueba preconstituida, de carácter pericial, que se adoptan en el curso de una detención o privación momentánea de la libertad deambulatoria...”. Así, en su *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 424. Miguel POUGET BASTIDA: “Sobre la prueba de alcoholemia”, *Revista General del Derecho*, núm. 591, diciembre 1993, pág. 11347, discrepa de esta definición en cuanto al carácter pericial de dichos métodos y a su realización en el marco de una detención, conceptuando las diligencias de detección alcohólica como “todos aquellos actos o métodos de investigación tendentes a determinar el grado de presencia de alcohol en el flujo sanguíneo humano”. Gráficamente, DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 175, define la prueba de alcoholemia como aquella que “consiste, normalmente, en la verificación del aire espirado para determinar la tasa de alcohol en el mismo por medio de etilómetros, y, subsidiariamente, la comprobación de la tasa de alcohol en sangre mediante los alcoholímetros”. En idénticos términos, ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 210.

¹⁴³ GIMENO SENDRA: “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, cit., pág. 1107 (si bien, actualmente, como hemos expuesto, conceptúa tales métodos directamente como prueba preconstituida de carácter pericial). Así también, entre otros, Gregorio SERRANO HOYO: “La nueva regulación de las pruebas de alcoholemia. Su valor probatorio en la jurisprudencia constitucional”, *La Ley*, 1993-2, pág. 870; POUGET BASTIDA: “Sobre la prueba de alcoholemia”, cit., pág. 11350; M.^a Ángeles PÉREZ MARÍN: “Métodos alcoholométricos: doctrina del Tribunal Constitucional”, *Justicia*, núm. IV, 1994, pág. 828, y también en *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., pág. 260; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 471.

Las discrepancias surgen respecto al carácter pericial de dichos actos de investigación. Para GIMENO SENDRA participan de la naturaleza de la prueba pericial puesto que, a través de los especiales conocimientos y de las técnicas de los facultativos, se facilita al juzgador el conocimiento de los elementos de hecho determinantes de la tipicidad y de la participación de su autor¹⁴⁴. Sin embargo, como señala POUGET BASTIDA, no tendrán carácter pericial en todo caso, sino sólo cuando la detección del grado de impregnación alcohólica haya sido determinada por verdaderos peritos¹⁴⁵.

En este sentido, partiendo de su consideración como actos de investigación de naturaleza pericial, DÍAZ CABIALE distingue tres supuestos: a) La espiración de aire, practicada por la policía, como acto de investigación consistente en una intervención corporal, aunque sea muy leve; b) Los análisis de sangre u orina, practicados por facultativos, que solicita el afectado como manifestación del derecho de defensa, los cuales no constituirían actos de investigación; c) Los análisis de sangre, orina, u otros análogos ordenados por la autoridad judicial como actos de investigación consistentes en intervenciones corporales¹⁴⁶.

Sólo estos últimos, ciertamente, pueden conceptuarse como actos de investigación corporal en el sentido propuesto anteriormente, en tanto suponen la extracción de muestras corporales para ser sometidas a posterior análisis pericial en aras a determinar la comisión por parte del imputado del hecho punible y son, además, practicadas por personal cualificado, previa autorización judicial amparada en la legislación “ad hoc”.

Por todo ello, la afirmación del carácter pericial de los métodos alcoholométricos debe ser entendida en un sentido enormemente lato¹⁴⁷. En estos

¹⁴⁴ GIMENO SENDRA: “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, cit., pág. 1107, encuadra tales métodos dentro de las “operaciones de análisis químicos” a las que se refieren los artículos 356-362 LECrim, cuya naturaleza es de prueba pericial a pesar de su ubicación sistemática.

¹⁴⁵ POUGET BASTIDA: “Sobre la prueba de alcoholemia”, cit., pág. 11347, las diligencias de detección alcohólica, como actos o métodos de investigación tendentes a determinar el grado de presencia de alcohol en el flujo sanguíneo humano, “podrán tener el valor de prueba pericial si son realizados por personal facultativo, mediante extracción sanguínea u otra analítica que permita determinar con exactitud el objeto de la pericia y, una vez ratificados en el juicio oral. Tendrán un mero carácter indiciario, pero no pericial, si son realizados mediante descripción de aspectos externos o mediante el uso de aparatos medidores de aire espirado (alcohómetros electrónicos) por los Agentes de Tráfico, y siempre que dichos aparatos se encuentren debidamente homologados y verificados”. De conformidad con este planteamiento, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 470-472.

¹⁴⁶ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., págs. 176-179. En términos idénticos, ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., págs. 214-215. Para GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 112, la medición del nivel de alcohol mediante aire espirado, no constituye una intervención corporal. En cambio, la medición realizada mediante análisis de sangre, orina y otros similares, ordenados por la autoridad judicial como pruebas de contraste, sí implicaría la realización de auténticas medidas de intervención corporal.

¹⁴⁷ Así, Fernando LORENTE HURTADO: “La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, *Poder Judicial*, número 1, marzo 1986, CGPJ, pág. 66, y POUGET BASTIDA: “Sobre la prueba de alcoholemia”, cit., pág. 11349.

términos, la jurisprudencia constitucional, reiterada por la sentencia 111/1999, de 14 de junio, ha conceptualizado la prueba de alcoholemia como “una pericia técnica de resultado incierto (SSTC 107/1985, 252/1994, 173/1997, 161/1997, 234/1997) y al que puede atribuirse el carácter de prueba pericial lato sensu (SSTC 145/1985, 89/1988, 173/1997)” (f.j.5).

Además, para la jurisprudencia constitucional, como veremos al estudiar el valor probatorio de la prueba de alcoholemia, viene a ser una prueba pericial preconstituida (ATC 837/1988, de 4 de julio).

2. 3. *Exploraciones radiológicas*

Algo parecido ocurre con las exploraciones radiológicas. Si bien inicialmente se afirmaba que este tipo de examen carecía por sí solo de valor alguno, más allá de la pura utilidad que representaba para el posterior encauzamiento de la investigación policial, posteriormente, de manera análoga a la jurisprudencia sobre la “prueba de alcoholemia” se toma en consideración como prueba preconstituida.

Así, en un primer momento, decía la STS de 10 de junio de 2000, núm. 1020/2000, con toda razón, a nuestro modo de entender, que “será actividad probatoria en su caso el testimonio posterior de los Agentes sobre lo que vieron o la inspección o análisis de lo que en el interior del cuerpo portara el sujeto, después de su expulsión, pero el momento del examen radiológico no se sitúa en la esfera de la prueba anticipada sino en el de la pura investigación policial.” (f.j.4)

Sin embargo, no mucho más tarde, el mismo Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de febrero de 2002, núm. 185/2002, consideró el examen radiológico, como dice ORTEGO PÉREZ, como un ejemplo de prueba preconstituida¹⁴⁸. En efecto, tras rechazar que mediante la exploración radiológica realizada al sospechoso se hubieran vulnerado sus derechos a la intimidad, a ser informado, inmediata y comprensiblemente, de sus derechos como imputado, a la asistencia de abogado, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, añade: “Por lo demás, parece acorde con el buen sentido pensar que si una persona es consciente, como lo era el acusado, de que tiene en su organismo bolas de cocaína y acepta se le someta a un examen radiológico, lo hace a sabiendas, sin que nadie se lo advierta, de que se está iniciando una exploración susceptible de conducir a la preconstitución de una prueba de cargo.” (f.j.1)

Criterio que viene manteniéndose con posterioridad, pero que, sin embargo, no podemos compartir. En efecto, con independencia de que el término prueba preconstituida no parezca el más acertado para el proceso penal, no debería darse sin más validez a dicha actuación preprocesal como prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia, sin contar con el testimonio de los agentes sobre las “sospechas fundadas” que les llevaron a tomar la decisión de registrar el cuerpo del sospechoso, pues, no olvidemos, el examen radiológico constituye un registro

¹⁴⁸ ORTEGO PÉREZ: “Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal”, cit., pág. 6, quien se muestra partidario de tal consideración.

corporal¹⁴⁹. Sólo si las sospechas estaban realmente fundadas, la actuación policial estaría justificada¹⁵⁰, sin que quepa validarla por su ulterior resultado positivo. Esto último, sin embargo, unido al consentimiento del afectado a la realización de la exploración termina por convertir la misma en prueba de cargo suficiente, sin cuestionar tampoco entonces, precisamente por la existencia de tal consentimiento, la posible vulneración de derechos fundamentales. Consentimiento que debería ser cuestionado si no ha sido suficientemente informado¹⁵¹, máxime teniendo en cuenta la situación en la que se produce en la que la libertad de decidir puede resultar hasta cierto punto coaccionada¹⁵².

¹⁴⁹ Registro corporal al que podrá seguir una intervención corporal para extraer el contenido estomacal detectado mediante métodos que podrían devenir auténticos tratos degradantes en su ejecución. Piénsese, por ejemplo, en la colocación forzosa de una lavativa, salvo que, una vez más, se cuente con el consentimiento del sujeto afectado para dicha “extracción” de la “prueba de cargo”.

¹⁵⁰ Máxime cuando en la mayoría de los casos, dicha actuación se realiza con carácter preventivo y sin que concurra tampoco la nota de urgencia o riesgo para la investigación.

¹⁵¹ Información comprensible de (los hechos que motivan las sospechas de los agentes) la prueba que va a practicarse, de las razones de su práctica y de sus consecuencias. Aun aceptando la tesis de que la persona sometida a una exploración radiológica no está todavía detenida, por lo que no es precisa la asistencia de letrado ni la previa instrucción de sus derechos, sí debería existir un trámite previo de información de sus “derechos” en tal situación, esto es, informarle precisamente de que no está detenido, de que no tiene derecho a asistencia letrada en ese momento, de su posibilidad de negarse a la realización de la prueba y de las consecuencias que de ello se derivarían. Y todo ello en unas condiciones que no puedan considerarse de presión. En este sentido, la STS de 21 de febrero de 2000, núm. 226/2000, apuntaba que “quizás fuera conveniente que existiera un colectivo de abogados dedicados a estos menesteres de proporcionar consejo a los que la policía trata de descubrir como comisores de estos delitos...” (f.j.1). Lo cierto es, sin embargo, que la jurisprudencia insiste una y otra vez en que la presencia de letrado sólo está legalmente prevista para que asista al detenido en “las diligencias policiales y judiciales de declaración” y para que “intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto” por lo que, no estando detenido ni consistiendo la exploración radiológica en una declaración, no procede en absoluto su asistencia (vid. por todas, STS de 13 de abril de 2009, núm. 277/2009, f.j.1).

¹⁵² Precisamente por ello la STS de 26 de enero de 2000, núm. 70/2000, teniendo en cuenta las concretas circunstancias y el modus operandi de tales controles, así como el no infrecuente nivel cultural del sujeto afectado que, en ocasiones, puede llegar a tener dificultades de conocimiento del idioma, aconsejaba un “exquisito reflejo documental” por parte de los agentes policiales de que en la invitación al control radiológico no ha existido ningún elemento coactivo difuso que haya podido alterar la radical voluntariedad de la decisión del sujeto (f.j.2). Así, debería rechazarse el uso de fórmulas estereotipadas al estilo de “se sometió voluntariamente”, “no se opuso”, “no se negó a ir a Rayos X” y semejantes, explicitando, antes bien, la concreta información suministrada sobre la medida a practicar y sus consecuencias, su comprensión por el sujeto afectado y su expreso consentimiento sin coacción alguna, sin perjuicio de que el posteriormente detenido en caso de hallarse el cuerpo del delito en el interior de su organismo pudiera denunciar ante la autoridad judicial cualquier coacción o presión para llevar a cabo la exploración.

III. REGULACIÓN

Pese a constituir medidas que afectan en mayor o menor medida distintos derechos fundamentales, no existe en el proceso penal español una regulación completa de las investigaciones corporales; ni siquiera existe una norma genérica que, completada jurisprudencialmente, en su caso, pudiera servir de cobertura legal a la adopción de una medida de investigación corporal distinta de la intervención corporal para la obtención de muestras biológicas, por lo que se infringe en esta materia, ya sea por ausencia de ley, ya sea por insuficiencia de la misma, el principio de legalidad¹⁵³.

Ello es así por cuanto ninguna de las disposiciones que se alegan como cobertura legal de las investigaciones corporales, ya sea con carácter general, ya sea para supuestos concretos, satisface la triple condición que exige nuestra Constitución sobre la previsión legal de las medidas limitadoras de derechos fundamentales, según la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2001, de 16 de julio: “la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, el rango legal que ha de tener dicha disposición, y la calidad de Ley como garantía de seguridad jurídica.” (f.j.6)

Para GOYENA HUERTA, por el contrario, el vigente texto de la LECrim “es pródigo en lo que se refiere a la regulación de las intervenciones corporales, pues no menos de diez preceptos se refieren, en mayor o menor medida, a ellas”, si bien no de forma exhaustiva, pues, reconoce, son muchas las cuestiones que siguen careciendo de una adecuada regulación legal, por lo que remite a la jurisprudencia para que ésta se ocupe de delimitar los difíciles contornos de esta materia hasta que dicha regulación culmine¹⁵⁴.

Jurisprudencia que, efectivamente, ha venido estableciendo, sobre la frágil base que ofrecen algunos preceptos de la LECrim, los requisitos y límites de los actos de investigación a realizar sobre el cuerpo del sujeto afectado por la medida, sin dejar de reconocer, por ello, la ausencia de normativa específica sobre la materia, tanto antes de la reforma de la LECrim operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, como después.

¹⁵³ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., pág. 137; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 303; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 39. Esta carencia de regulación produce, según DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 72, la siguiente paradoja: “las máximas garantías del principio de legalidad se producen en los supuestos excepcionales, reglamento penitenciario, aduanas..., mientras que para el resto de los casos, sólo puede aducirse como justificación de esas intervenciones, la interpretación analógica y extensiva de una bienintencionada jurisprudencia con abundantes contradicciones internas”.

¹⁵⁴ Jaime GOYENA HUERTA: “Las intervenciones corporales coercitivas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, núm. 695, págs. 2-3. Con todo, considera que los artículos 326, 363, 339, 373, 375, 399, 478, 762.7ª, 778.3 y 796.1.6ª.7ª LECrim, conforman un bloque normativo que, aunque disperso y fragmentario, dota de suficiente cobertura legal a la práctica de las intervenciones corporales en el proceso penal, al menos cuando éstas se llevan a cabo con el consentimiento del propio afectado. Para este autor el problema reside en si ese conjunto de preceptos faculta a las autoridades encargadas de la investigación de delitos para efectuar una intervención corporal sin el consentimiento del inculcado y, en su caso, mediante el recurso a la coerción física.

En efecto, con anterioridad a dicha reforma, la STS de 4 de junio de 2003, núm. 803/2003, ya criticaba duramente – con razón – la situación existente:

“... de forma ciertamente incomprensible, por injustificada, el legislador español, a estas alturas, sigue manteniendo sustancialmente huérfana de regulación específica la práctica de actuaciones sobre el cuerpo humano, a pesar de la notable importancia que, desde hace tiempo, han cobrado en el desarrollo de la investigación criminal de determinados delitos, siempre graves, y de su posible incidencia en los derechos fundamentales de los afectados. El legislador, al eludir de este modo su responsabilidad, no obstante las reiteradas advertencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se convierte en factor de inseguridad jurídica y delega, de facto, en los jueces competencias que desbordan la función jurisdiccional, incrementando su discrecionalidad más allá de lo aceptable.” (f.j.1)

Con posterioridad, la STS de 23 de febrero de 2004, núm. 260/2004, reconoce que no se han regulado supuestos tan básicos como las inspecciones y registros corporales:

“La LECr. no contempla todavía en su texto, ni el „cacheo“, entendido como un examen superficial o preliminar mediante el tacto, y por encima de la ropa, de todas las partes del cuerpo susceptibles de ocultar un arma, instrumento peligroso o relacionado con el delito, ni el „reconocimiento a fondo“ del cuerpo una vez desprovisto de la ropa, ni tampoco el „reconocimiento de las cavidades corporales“, del sospechoso, detenido o preso.” (f.j.2)

Y, prueba evidente de la deficiente regulación de las investigaciones corporales es que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, presentado en fecha 22 de julio de 2011 por el entonces ministro de Justicia don Francisco Caamaño, afirmaba en su Exposición de Motivos que “el vacío regulativo en una esfera tan sensible es especialmente alarmante” y que “aun con las decisivas aportaciones jurisprudenciales, existen problemas que demandan urgentemente una solución legislativa expresa”. Por eso regulaba expresamente entre los medios de investigación relativos al sujeto investigado, además de las investigaciones mediante marcadores de ADN (artículos 262-267), las inspecciones (reconocimientos externos sin injerencia física en el cuerpo: cacheos, inspecciones superficiales, registros de ropas y pertenencias) y las intervenciones corporales (extracción de sustancias o elementos, tomas de muestras del cuerpo humano), distinguiendo entre leves, para las cuales bastaría la autorización del Ministerio Fiscal (artículo 258), y graves, que sólo podrían practicarse para la investigación de delitos graves, cuando no supusieran un riesgo para la salud del afectado y con autorización del Juez de Garantías (artículo 259)¹⁵⁵.

Sin perjuicio de la exposición más detallada de la regulación contenida en dicho Anteproyecto, así como de la formulada en la ulterior Propuesta de Código Procesal Penal, presentada en fecha 25 de febrero de 2013 por el actual ministro de Justicia don Alberto Ruiz Gallardón, analizamos a continuación la normativa existente en la actualidad, distinguiendo entre aquellas normas que se invocan como cobertura

¹⁵⁵ Así consta en el informe sobre el cambio del proceso penal publicado en la página web del Gobierno: <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/220711-enlacecambios.htm>

habilitante de las investigaciones corporales con carácter genérico y las que se citan como cobertura de supuestos específicos de tales medidas.

1. Con carácter general

La necesidad de previsión legislativa ha llevado a ubicar en diversos preceptos la admisibilidad de las injerencias corporales¹⁵⁶. En este sentido, la Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado¹⁵⁷, concluyó que existía suficiente cobertura habilitante para acordar un reconocimiento radiológico y/o médico de una persona supuestamente portadora de droga en su cuerpo al estar prevista en la ley, cifrando tal previsión legislativa en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y en los artículos 339 y 478.1 LECrim.

1. 1. *Las intromisiones ilegítimas del artículo 8.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo*

Según el citado informe¹⁵⁸, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, aunque regula específicamente la protección civil del derecho a la intimidad es de aplicación analógica a otras actuaciones. El apartado primero de su artículo 8 dispone:

“No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.”

Con independencia de que el ámbito natural de aplicación de la citada ley orgánica sea el civil, ésta no sirve de marco genérico a la actuación judicial sino que remite a su vez a otra ley¹⁵⁹. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero, afirmaba en su fundamento jurídico 7º:

¹⁵⁶ En este sentido, VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, cit., pág. 16.

¹⁵⁷ Dicha Instrucción, sobre la posibilidad de que pudiera existir un delito de desobediencia en relación con la negativa de las personas posibles portadoras de drogas a ser objeto de reconocimiento, trae causa de diversas sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Cádiz absolviendo a las condenadas por un delito de desobediencia al negarse a un reconocimiento médico y/o radiológico cuando fueron requeridas para ello por suponérselas portadoras de hachís en su propio cuerpo, basándose en los artículos 15, 18 y 43 CE y en la ausencia de normativa específica sobre la materia.

¹⁵⁸ La citada Instrucción 6/1988 de la Fiscalía General del Estado considera que un reconocimiento médico y/o radiológico realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública no vulnera el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE; no es inhumano, ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el art. 15 CE; ni vulnera el derecho a la salud de la persona proclamado en el art. 43 CE.

¹⁵⁹ En este sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 303, afirma que dicho precepto no autoriza por sí mismo medida restrictiva de derechos alguna, sino que excluye únicamente del concepto de „intromisiones ilegítimas” las medidas que se encuentren legalmente previstas en cualquier otra ley y sean autorizadas o acordadas por el órgano competente. También MONER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 175; Marcos FORCADA JORDI: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, *La Ley*, 26 de octubre de 1990, pág. 991; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit.,

“Es evidente, por todo ello, que la consideración de si se violó o no el derecho fundamental no se puede basar, en casos como el presente, en la mera constatación de lo prescrito por el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, pues tal precepto, citado en sus alegaciones por el Ministerio Fiscal, dispone sólo, en lo que ahora importa, que „no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley”, y es precisamente esto último (si la actuación controvertida se atuvo o no a la legalidad, incluida, claro está, la de rango constitucional), lo que se ha de examinar en el actual recurso”.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, de 11 de abril de 2000, rechazó como cobertura legal, requerida por la doctrina constitucional para todo acto limitativo de derechos fundamentales, el art. 8.1 de la Ley orgánica 1/1982 esgrimido por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Alcalá de Henares, para acordar un registro corporal íntimo consistente en tacto vaginal (f.j.2 B). En cambio, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, de 26 de abril de 2001, citó dicha Ley como cobertura suficiente para legitimar las intromisiones en los derechos fundamentales – y no sólo la intimidad – en cuanto la actuación restrictiva había sido acordada por la autoridad competente (f.j.1), omitiendo que esa actuación judicial debía realizarse, como exige el citado precepto, “de acuerdo con la ley”.

1. 2. *El informe pericial del artículo 339 de la LECrim*

El artículo 339 LECrim establece:

“Si fuere conveniente recibir algún informe pericial sobre los medios empleados para la desaparición del cuerpo del delito, o sobre las pruebas de cualquiera clase que en su defecto se hubiesen recogido, el Juez lo ordenará inmediatamente del modo prevenido en el capítulo VII de este mismo título.”

Con independencia de que la LECrim no podía siquiera imaginar los avances científicos que actualmente posibilitan ciertas intervenciones corporales, lo cierto es que el citado precepto no puede constituir el pretendido marco legislativo de tales medidas¹⁶⁰.

pág. 388, nota 551. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 114, nota 246.

¹⁶⁰ Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 303, “el art. 339 L.E.Cr., no es que establezca límites excesivamente genéricos a las posibilidades de restricción, en realidad no establece límite alguno, porque no pretende referirse a las intervenciones corporales”. También GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 43. Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 111, el objeto sobre el que ha de recaer, según este precepto, el informe pericial no coincide con el cuerpo humano vivo o con alguna parte, líquido o tejido corporal, que pueda constituir el objeto de una intervención corporal. A lo sumo “podría servir como fundamento para recoger bajo la amplia categoría de „cuerpo del delito” los vestigios o huellas biológicas producidos por la comisión del delito y cuyo análisis será necesario para contrastar sus resultados con los que del cuerpo humano se obtengan, eso sí, mediante la correspondiente intervención corporal en sentido estricto”. Para MATA LLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, cit., pág. 77, el citado artículo “quizás” otorga cobertura para la práctica de reconocimientos ginecológicos de posible interrupción del embarazo, apareciendo el cuerpo del sujeto como el medio utilizado para la desaparición

En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 207/1996, de 16 de diciembre¹⁶¹, dispuso en su fundamento jurídico 6 A:

“...al amparo de este precepto, la autoridad judicial podrá acordar, entre otros muchos de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma, pero no encontrará en ésta el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de dichos elementos de la persona del imputado”.

Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional, con cita expresa de esta doctrina, en la sentencia 25/2005, de 14 de febrero, estimó el artículo 339 LECrim como habilitación legislativa de las investigaciones corporales (f.j.6), aunque en el supuesto objeto de autos ni la extracción de sangre ni su posterior análisis habían sido acordados por el juez. El Tribunal consideró idónea, necesaria y ponderada la decisión judicial de solicitar al centro hospitalario la remisión de los resultados del análisis hematológico¹⁶², admitiendo como habilitación legislativa para estas medidas, tal como había hecho la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, el artículo 339 LECrim:

“Este precepto autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales en relación con el „cuerpo del delito“, entendiendo por tal „las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida“ (art. 334.1 LECrim)” (f. j.6 b).

del cuerpo del delito. Posición particular es la de Clara Juan RAFAEL HUESO: “Intervenciones corporales en los delitos contra la libertad sexual. Prueba pericial médica sin consentimiento del imputado”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 8, 2002, pág. 150, quien, tras reconocer que el citado artículo de la LECrim no satisface plenamente el principio de legalidad, afirma rotundamente que sí existe el necesario respaldo legal “en el artículo 352 en relación con el 347 y en conexión también con el artículo 785 octavo e) del mencionado cuerpo legal, a más de lo regulado por los preceptos 6 y ss. de la Ley Orgánica 15/1999 sobre Protección de Datos de Carácter Personal”. No parece, sin embargo, que las referencias contenidas en el artículo 347 al modo en que el médico forense debe practicar todo acto o diligencia propios de su profesión e instituto, o la aplicabilidad de “lo dispuesto en los artículos anteriores” a los facultativos de la cárcel, hospital u otro establecimiento en que sea asistido “el paciente” a que se refiere el artículo 352, aporten nada relevante, en realidad, a la previsión contenida en el artículo 785.8 e), actual 778.3, por lo que nos remitimos a lo que se expondrá sobre este precepto en el número 5 de este mismo apartado.

¹⁶¹ Según la STC 207/1996, el citado precepto “si bien autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales, no menos expresamente prevé que dichos dictámenes se limiten al „cuerpo del delito“ ” (f.j.6 A). Dicha mención, como advierte ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 111, difícilmente se ajusta con la realidad de las intervenciones corporales que afectan por lo general al imputado.

¹⁶² En el caso concreto, se trataba de un menor de edad que conduciendo un ciclomotor a velocidad excesiva e inadecuada a las características de la vía por la que circulaba y bajo la influencia de bebidas alcohólicas había arrollado a un peatón que, como consecuencia del accidente, terminó falleciendo. Ingresado el menor en el hospital, se le extrajo sangre para realizar la correspondiente analítica y el resultado de ésta determinó la presencia del alcohol.

Con ello se viene equiparar la sangre obtenida de la extracción realizada durante la estancia hospitalaria al cuerpo del delito y el análisis hematológico subsiguiente a los análisis periciales a que se refiere el artículo 339 LECrim, cuando ni la extracción de sangre se llevó a cabo como medida policial o judicial, sino con “una evidente finalidad terapéutica o instrumental desde la perspectiva médico-asistencial”, particularmente la primera, que arrojó el dato de la presencia de alcohol en la sangre, a fin de determinar el ulterior tratamiento curativo a aplicar, ni el análisis pericial fue acordado por el juez, sino que la decisión judicial consistió en interesar del centro hospitalario la remisión de los resultados de la analítica referida para que a su vista el médico forense emitiese dictamen sobre la tasa de alcohol en sangre.

En cualquier caso, como tendremos ocasión de analizar, la genérica norma contenida en el citado precepto no constituye la habilitación concreta y expresa que exigen las investigaciones corporales como medidas restrictivas de derechos fundamentales¹⁶³.

1. 3. *El informe pericial del artículo 478.1º de la LECrim*

Por su parte, el artículo 478.1º LECrim establece:

“El informe pericial comprenderá, si fuese posible: 1.º Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle. El Secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes.”

Tampoco se ocupa, pues, el precepto ahora citado de ninguna diligencia de investigación corporal¹⁶⁴. Trata únicamente del contenido del informe pericial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/1989, de 15 de febrero, consideró que esta norma, junto con el artículo 399 del mismo cuerpo legal¹⁶⁵,

¹⁶³ Precisamente por ello discrepará del parecer de la Sala, la magistrada doña Emilia Casas Baamonde, para quien la previsión del artículo 339 LECrim – ni la más pertinente contenida en el artículo 336 LECrim – no presta a la incorporación al proceso de la analítica practicada la cobertura legal exigible a todo acto limitativo de los derechos fundamentales, toda vez que no es una mera habilitación legal genérica la que demanda constitucionalmente la restricción judicial de tales derechos, sino la expresa y concreta precisión de tal restricción.

¹⁶⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 304: “En ningún momento se ocupa el art. 478.1 de las injerencias corporales y menos aún aborda su regulación y el establecimiento de garantías para los afectados por dichas intervenciones”. También GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 43. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 112. Por el contrario, MATALLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, cit., pág. 78, con carácter general, cita dicho precepto, junto con el artículo 456 LECrim, como soporte para la práctica de diligencias concretas de intervención corporal.

¹⁶⁵ Adviértase que la sentencia cita el art. 399 LECrim y no el anteriormente transcrito art. 339, aunque se está refiriendo a éste último, puesto que remite al informe del Ministerio Fiscal quien, en sus alegaciones, cita los artículos 339, 344 y 478.1 LECrim para afirmar que el acto recurrido se encuentra previsto en nuestra legislación (antecedente 7). Así pues, la cita en la sentencia del art. 399 debe entenderse errónea no sólo por la remisión al informe del Ministerio Fiscal que cita el art. 339 basándose, sin duda, en la Instrucción 6/1988 de la Fiscalía General del Estado, sino porque el art. 399 se refiere únicamente al examen del procesado en el lugar de los hechos acerca de los cuales deba ser examinado o ante las

ampararía la resolución judicial restrictiva del derecho a la intimidad corporal del imputado:

“...habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que sí pueden prestar fundamento a la resolución judicial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de intimidad corporal del imputado o procesado” (f.j.8)

No resulta demasiado inteligible que el “carácter genérico e indeterminado” de los citados preceptos no ampare una actuación policial y sí, en cambio, una resolución judicial, como si los jueces no estuvieran sometidos al principio de legalidad igual que el resto de los órganos estatales¹⁶⁶.

En definitiva, la doctrina mayoritaria considera insuficientes tales normas como base legislativa que permita una injerencia corporal¹⁶⁷. Como afirman LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS, admitir estas normas como habilitación legal es francamente exagerado y no muy respetuoso con el principio de legalidad ni con el contenido esencial de los derechos fundamentales¹⁶⁸.

personas o cosas con ellos relacionadas, remitiendo al art. 438 relativo al examen del testigo en el lugar de los hechos. Nada que ver, por tanto, con intervenciones corporales sin que quepa, desde luego, dado el contexto y sentido gramatical, reinterpretar el término “examen del procesado” en el sentido de injerencia corporal. En este sentido, Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y Luis RODRÍGUEZ RAMOS: “La intimidad corporal devaluada (Comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional)”, *Poder Judicial*, núm. 14, junio 1989, CGPJ, pág. 127. Destaca también esta errata tipográfica, que ha conducido, por cierto, a no pocos autores a citar el artículo 339 LECrim como habilitación legislativa de las intervenciones corporales, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 110, nota 238.

¹⁶⁶ Así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 304 y ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 113. Así también, Pablo José CUESTA PASTOR: “Los mecanismos de identificación y su uso en el proceso penal: Interrogantes a propósito de la «huella de ADN»”, en *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Bilbao-Granada, 2002, pág. 97. Como advierte Mariano FERNÁNDEZ BERMEJO: “La intimidad corporal como límite de la acción investigadora del Estado”, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, (coord. Luis Martínez-Calcerrada Gómez), vol. I, Madrid, 2001, pág. 509, la afirmación del Tribunal Constitucional lleva a concluir que la intervención del juez “subsana” la inexistencia de precepto legal, lo cual resulta absolutamente inaceptable.

¹⁶⁷ Así, por ejemplo, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 388. En contra, ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 197, quien cita los artículos 399 y 478, junto con el anterior 785.8 e) LECrim, como previsión legal genérica de las intervenciones corporales. Igualmente para Fernando HERRERO-TEJEDOR: “La alternativa Juez de Instrucción – Juez de Garantías a la vista de los problemas relacionados con la investigación penal y las técnicas de ADN”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 42: El Juez de Instrucción y Juez de Garantías: Posibles alternativas, 2002, CGPJ, Madrid, pág. 242, dichos preceptos prestarían cobertura legal a algunas injerencias corporales, entre las cuales, por cierto, incluye todo tipo de medidas: tratamientos médicos forzosos, pruebas radiológicas a internos, etc.

¹⁶⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS: “La intimidad corporal devaluada”, cit., pág. 129. Admitir lo contrario, como advierte HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 389, supone una vulneración del principio de legalidad y del principio *favor libertatis* que exige la interpretación más favorable a los derechos y libertades fundamentales.

Así pues, los preceptos en que la Fiscalía General del Estado, en su Instrucción 6/1988, y el Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/1989, de 15 de febrero, cifraba la previsión legislativa de las intervenciones corporales resultan insuficientes; e igual ocurre con otros preceptos de la LECrim. Pese a ello, el Tribunal Constitucional, por razones pragmáticas, acabará admitiendo como cobertura de estas medidas, soslayando las exigencias derivadas del principio de legalidad, preceptos que, por su vaguedad e indeterminación, no cumplen las mismas, concentrando su argumentación en el principio de proporcionalidad¹⁶⁹.

1. 4. *Las diligencias sumariales del artículo 311 de la LECrim*

El citado precepto dispone en su primer párrafo:

“El Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales.”

Dicho precepto, invocado por el recurrente de amparo en la citada sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre, como cobertura legal de la medida solicitada¹⁷⁰ fue rotundamente rechazado:

“En efecto, el art. 311 L.E.Crim., de un lado, no regula las intervenciones corporales ni ninguna otra medida o diligencia sumarial; se limita, única y exclusivamente, a prohibir a los Jueces de Instrucción la práctica de aquellas diligencias que les haya sido solicitadas por las partes y que consideren inútiles o perjudiciales a los fines de la investigación penal. Es evidente, por tanto, que el mero recordatorio legal tendente a evitar que en el curso de una instrucción se adopten diligencias de investigación inútiles o perjudiciales, es a todas luces no susceptible de prestar fundamento normativo a la medida de intervención corporal que se cuestiona en el presente recurso de amparo” (f.j.6 A).

HERRERO-TEJEDOR analizando este precepto, en relación con el artículo 299 LECrim, afirma que a partir de esta sentencia rige también en el proceso penal el principio de prueba tasada¹⁷¹.

¹⁶⁹ Así también, María del Camino VIDAL FUEYO: “Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, 2005, pág. 375, quien para superar tal dicotomía propone plantear el problema como un conflicto entre derechos fundamentales que entran en colisión con otros derechos fundamentales y con un bien constitucionalmente protegido como es el *ius puniendi* del Estado. En definitiva, en un problema de interpretación de la Constitución en la que el juez acabaría encontrando una tácita habilitación para su actividad, cuyos parámetros de constitucionalidad vendrían dados por los límites inmanentes de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.

¹⁷⁰ La medida solicitada consistía en determinar si el imputado era “consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes y, si fuera adicto a las mismas sustancias mencionadas, el tiempo desde que lo pudiera ser”, para lo cual se le requería para que accediera a que el médico forense procediera a cortarle “cabellos de diferentes partes de la cabeza y la totalidad del vello de las axilas”, apercibiéndole que la negativa podría ser constitutiva de un delito de desobediencia a la autoridad judicial.

1. 5. La obtención y análisis de muestras o vestigios del artículo 778.3 de la LECrim

En la regulación del procedimiento abreviado se contienen diversas particularidades respecto a los actos de investigación previstos con carácter general como diligencias para la comprobación del delito y averiguación del delincuente. En particular, el actual apartado 3 del artículo 778 LECrim, en la redacción dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, permite al Juez acordar, entre otras, las siguientes medidas:

“... 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 enviará el resultado en el plazo que se le señale.”

Dicho precepto, en su referencia a obtención de “muestras” podría ser interpretado como una habilitación legal para la práctica de ciertas diligencias de investigación corporal¹⁷². Sin embargo, tal referencia resulta totalmente insuficiente como base legislativa de dichas investigaciones¹⁷³. Para ETXEBERRIA GURIDI, refiriéndose al anterior artículo 785.8ª.e) LECrim, se trataría, en definitiva, de un precepto equivalente a los artículos 356 y siguientes de la LECrim para el procedimiento ordinario por delitos graves relativos a operaciones de análisis químicos¹⁷⁴. Por su parte, HUERTAS MARTÍN estudiaba dicho precepto, al tratar del

¹⁷¹ Fernando HERRERO-TEJEDOR: “El tiempo no perdona (Notas acerca de la STC 207/1996, de 16 de diciembre)”, *Tribunales de Justicia*, núm. 4, abril 1998, págs. 415-416, “en el sentido de que los medios de prueba a practicar para la investigación criminal deben ceñirse a aquellos que se encuentren expresamente previstos por la ley, al menos cuando -como ocurrirá con frecuencia- comporten la afectación de derechos fundamentales”.

¹⁷² VÁZQUEZ SOTELO: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, cit., págs. 147-153, trata la obtención y análisis de muestras y vestigios regulada en este precepto como uno de los supuestos de utilización del procesado como objeto de prueba. Para GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 100, este precepto constituiría una habilitación legal clara para los análisis de sangre, a diferencia de lo que ocurre con las intervenciones corporales en general. Siguiendo a este autor, ALONSO PÉREZ: *Medios de investigación en el proceso penal*, cit., pág. 606. Igualmente, RICHARD GONZÁLEZ: “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, cit., pág. 429, considera este precepto soporte legal para la práctica de las extracciones sanguíneas.

¹⁷³ E, igualmente, para la recogida de muestras o vestigios biológicos en el lugar de los hechos o sobre la víctima tras la reforma del artículo 326 LECrim en el año 2003. Así también, Susana ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER: *La prueba de ADN en el proceso penal*, Granada, 2008, pág. 36, para quien ni tenía en cuenta la afectación de derechos fundamentales, ni contenía las adecuadas garantías de seguridad jurídica en lo referente a la persona que hubiere de recoger las muestras, sin olvidar que tampoco se refería a la necesaria e inmediata puesta a disposición judicial del material genético obtenido y al adecuado control judicial del mismo.

¹⁷⁴ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 122. Así también, DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 148.

reconocimiento del imputado a través de vestigios biológicos, como análogo al artículo 334 LECrim, que permite al Juez instructor recoger las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida, para su posterior análisis mediante la investigación del ADN¹⁷⁵, aunque ninguna de estas disposiciones solucionase el problema de la obtención de muestras indubitadas del imputado una vez determinado, dada la inexistencia por aquel entonces de archivos de patrones de ADN, a diferencia de lo que ocurría con las huellas dactilares¹⁷⁶.

Tampoco para VIDAL FUEYO el artículo 778 LECrim constituye previsión legal suficiente. Por tres razones: primera, porque dicho precepto se contiene en una ley ordinaria y no orgánica; segunda, por la propia ubicación de la norma situada, como hemos indicado, entre las que fijan las particularidades de la instrucción de la causa en el procedimiento abreviado y, tercera, por la vaguedad e indeterminación de la norma al no establecer claramente ni sobre quién o sobre qué podría llevarse a cabo la eventual toma de muestras, ni cuál sería el objeto de tal diligencia¹⁷⁷.

Para el Pleno del Tribunal Supremo, según Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala Segunda adoptado en su reunión del día 13 de julio de 2005, el artículo 778.3 LECrim constituye habilitación legal suficiente para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se ha informado de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada¹⁷⁸.

Desde luego, como advierte RICHARD GONZÁLEZ, no resulta fácil comprender el significado y alcance de la doctrina que pretende establecer el Tribunal Supremo con tal Acuerdo porque, al margen de lo equívoco de la pregunta y lo

¹⁷⁵ COMAS DE ARGEMIR CENDRA: “La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia”, cit., pág. 89, entiende que la referencia del art. 334 LECrim a los vestigios que puedan hallarse en poder del reo o en otra parte conocida permitiría ocupar restos de saliva en vasos, en cepillos de dientes o en boquillas de cigarrillos, cabellos en peines o cepillos, etc., en el domicilio del imputado o en el centro penitenciario si estuviese preso acordando la entrada y registro, por resolución motivada, tras ponderar las reglas del sacrificio.

¹⁷⁶ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 232-239. Para MARTÍN PALLÍN: “Identificación del delincuente”, cit., pág. 154, en estos casos pudiera tener valor un anterior análisis sanguíneo realizado al imputado en el curso de una investigación médica, sin que el secreto profesional pudiera imponerse a las exigencias de la investigación criminal. En este orden de ideas, el artículo 4 del Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN, publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 15 de abril de 2000 (núm. 1867), establecía que, previa autorización judicial, las muestras biológicas de las personas sometidas a un procedimiento criminal o de los sospechosos de la comisión de un delito que hubieran sido obtenidas con fines distintos de la investigación criminal, podrían ser sometidas a los análisis de ADN previstos en la Ley.

¹⁷⁷ María del Camino VIDAL FUEYO: “Sobre la constitucionalidad de las intervenciones corporales en el marco del proceso penal”, en *Libro homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, coord. José Peña González, Valencia, 2005, pág. 687.

¹⁷⁸ Para Javier MUÑOZ CUESTA: “Obtención de muestras del inculcado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física”, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2006, vol. VII, págs. 21290-21291, el artículo 778.3 LECrim, junto con el párrafo 2 del artículo 363, constituirían cobertura legal suficiente para la obtención del inculcado de muestras biológicas contra de su voluntad mediante la fuerza física.

inconveniente de la respuesta, la interpretación que se deduce del mismo es claramente contraria a la eficacia de los derechos constitucionales (art. 17 y 24 CE) y legales (art. 520 LECrim) que amparan a toda persona detenida¹⁷⁹.

Sin perjuicio de desarrollar más adelante nuestra disconformidad con la postura del Tribunal Supremo en este punto, cabe por ahora concluir que las normas de la LECrim no permiten, con carácter genérico, la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales como son las investigaciones corporales¹⁸⁰, sin que quepa, desde luego, interpretación analógica alguna¹⁸¹. En conclusión, con la salvedad de las intervenciones corporales para la obtención de muestras biológicas a que luego nos referiremos, no existe habilitación legal expresa para la ordenación y práctica de las distintas medidas de injerencia corporal que pudieran resultar necesarias a los fines de la investigación penal¹⁸².

¹⁷⁹ RICHARD GONZÁLEZ: “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, cit., págs. 449-450. Muy crítico también con dicho Acuerdo se muestra también en la misma obra Javier MARCA MATUTE: “Inspección ocular, levantamiento de cadáver y reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente probatoria”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2011, págs. 83-86, en tanto priva de intervención al letrado del imputado en la práctica de la extracción de muestras de ADN quebrando los principios de contradicción e igualdad de armas.

¹⁸⁰ La falta de cobertura legal es también la conclusión de la citada STC 207/1996, de 16 de diciembre. Como advierte, Ignacio BORRAJO INIESTA: “Comentario a la STC 207/1996”, *Tribunales de Justicia*, 1997/4, § 44, pág. 487, la necesidad de previsión legal específica para este tipo de medidas ya venía siendo anunciada desde la STC 37/1989, de 15 de febrero, “cuya generosidad con la base legal de la medida entonces enjuiciada fue considerable”. De la STC 207/1996 se concluye la ausencia de cobertura legal en la LECrim para la adopción de medidas de intervención corporal, a diferencia de la STC 37/1989 que consideró suficiente la previsión contenida en los artículos 399 (en realidad, 339) y 478.1 de la LECrim. En este sentido, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 133-134 y en *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 36-42, respecto a las investigaciones corporales como fundamento de las investigaciones genéticas posteriores. Así también, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, cit., págs. 158-159.

¹⁸¹ Así, DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., págs. 140-141; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 176; José Antonio CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número 9, julio-diciembre 1998, págs. 68-69; VIDAL FUEYO: “Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales”, cit., pág. 368. Para HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 389, considerar que esos preceptos son una habilitación legal suficiente para adoptar una medida de intervención corporal restrictiva de derechos fundamentales no sólo vulnera el principio de legalidad, sino el principio *favor libertatis*. En idénticos términos, siguiendo a dicha autora, PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., pág. 35.

¹⁸² Así, por ejemplo, DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 142; COMAS DE ARGEMIR CENDRA: “La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia”, cit., pág. 70; María Teresa PALACIOS CRIADO: “Diligencias que afectan a derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La instrucción del sumario y las diligencias previas, 1998, CGPJ, Madrid, pág. 271; ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 127. Para este autor, la diligencia de inspección ocular prevista en los artículos 326 y siguientes de la LECrim hubiera podido servir para acoger algunas modalidades de intervenciones corporales si hubiera experimentado una evolución análoga a la del Derecho italiano. Ello no es posible, sin embargo, dada su configuración jurídica caracterizada por estar íntimamente relacionada con el “cuerpo del delito”.

A la misma conclusión llega CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., pág. 71, respecto a los análisis de ADN, a diferencia de su anterior trabajo: “Las técnicas de ADN como

2. Supuestos concretos

Como hemos visto, no existe en la LECrim ninguna norma que, con carácter genérico, prevea las investigaciones corporales. Por ello se ha pretendido encajar algunos supuestos concretos de tales medidas en determinados preceptos de la misma¹⁸³ y simultánea y/o alternativamente en otras normas¹⁸⁴. En dichos supuestos deberá tenerse en cuenta, en último término, la restricción de los derechos fundamentales que comporten en su realización práctica.

2. 1. Reconocimientos médicos

La LECrim regula determinados reconocimientos médicos en los cuales se ha querido incardinar investigaciones corporales tales como exámenes médicos, radiológicos y/o ecográficos, extracciones de sangre, análisis de ADN, etc. En este sentido se citan los siguientes preceptos: los artículos 343 (autopsia del cadáver), 350 a 352 y 355 (asistencia facultativa en casos de envenenamiento, heridas u otras lesiones), 375 (examen físico del procesado para acreditar su edad), 380 a 382 (examen del imputado sobre su capacidad intelectual y enajenación mental, en su caso), 392 (examen del procesado que simula enfermedad), 520.2 f) y 523 (derecho del detenido a ser reconocido por el médico forense y a ser visitado por un médico).

Sin embargo, para DÍAZ CABIALE ninguno de los citados preceptos consiste en realidad en reconocimientos médicos en cuanto intervenciones corporales como actos de investigación¹⁸⁵. Dejando a un lado las autopsias por no ser intervenciones

método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual”, *La Ley*, 1994, vol. III, págs. 818-820, donde consideraba extrapolables a esta materia gran parte de las consideraciones hechas por el Tribunal Constitucional a propósito de la constitucionalidad de las pruebas de alcoholemia e, igualmente, Ángel GIL HERNÁNDEZ: “La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal”, *La Ley*, 1996, vol. II, ref. XLVIII, págs. 879-880, quien, sin embargo, pese a afirmar que, al igual que ocurre con las intervenciones corporales en general, “no existe una norma jurídica con rango legal que autorice explícitamente a la Autoridad Judicial la investigación del perfil genético del inculcado en el proceso penal, estatuyendo sus garantías y límites”, acude a una habilitación genérica, que vendría dada, según dicho autor, por los artículos 326, 334 y 785.8ª e) LECrim.

¹⁸³ Así, por ejemplo, para MATALLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, cit., págs. 76-77, el artículo 334 LECrim podría constituir el soporte necesario de ciertas intromisiones en el cuerpo, destinadas a la recogida de los efectos del delito que se encuentren en poder del reo, especialmente, cuando se hallaren en alguna de sus cavidades naturales.

¹⁸⁴ Ello se atribuye al hecho de que la LECrim no pudo prever los avances científicos y tecnológicos que posibilitan ciertas intervenciones corporales, pero no es menos cierto que el legislador no se ha preocupado, en esta materia, de adaptar la normativa a la realidad actual. En este sentido, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 107.

¹⁸⁵ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., págs. 146-147, para quien los reconocimientos médicos como intervención corporal tienen por finalidad descubrir efectos o instrumentos del delito: “suponen la actuación de personas con especiales conocimientos sobre el cuerpo humano a efectos de descubrir el cuerpo del delito”. Así también, ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 197, nota 16. En cambio, para ARMENTA DEU: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 158, tendrían el mismo contenido y finalidad de los cacheos y procederían ante el resultado infructuoso de aquellos.

corporales¹⁸⁶ y las visitas médicas como manifestaciones del derecho de defensa del detenido o preso, el resto de actos tienen por finalidad evaluar los resultados del presunto acto delictivo y fijar las circunstancias que afectan a la personalidad del imputado; no la búsqueda del cuerpo del delito.

Por otra parte, como hemos visto, se cita el artículo 785.8 e) LECrim como habilitación legal clara de los análisis de sangre¹⁸⁷. En cambio, para DÍAZ CABIALE se trata de una previsión tendente a simplificar una actuación concreta del proceso ordinario, en concreto, los análisis químicos regulados en los artículos 356 a 363, sin que quepa una aplicación analógica o extensiva del precepto en virtud del principio de legalidad¹⁸⁸. Ello es así por cuanto, ciertamente, el artículo 785 sólo dispone modificaciones respecto a los medios comunes y ordinarios establecidos en la misma ley para la comprobación del delito y la culpabilidad del presunto reo.

2. 2. *Cacheos superficiales y registros corporales*

La jurisprudencia¹⁸⁹ estima suficientes las previsiones contenidas en el artículo 282 LECrim y, más específicamente, en los artículos 11.1 f) y g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCSE), y artículos 18, 19 y 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LOPSC)¹⁹⁰.

El artículo 282 LECrim establece en su primer párrafo:

“La Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial.”

¹⁸⁶ En contra, NIEVA FENOLL: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 144.

¹⁸⁷ GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 100. ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 197, cita este precepto junto con los artículos 399 y 478 como previsión legal genérica de las intervenciones corporales.

¹⁸⁸ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 148. Así también, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 122.

¹⁸⁹ Así, por ejemplo, la STS 2 de febrero de 1996, núm. 74/1996, f.j.2, con cita de la STS 23 de febrero de 1994, núm. 356/1994.

¹⁹⁰ GARCÍA MORILLO: *El derecho a la libertad personal*, cit., págs. 187-188. GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 75; DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 133. ALONSO PÉREZ: “Cacheos y registros corporales”, cit., págs. 1952-1953.

El apartado 1 del artículo 11 LOFCSE, tras afirmar que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuye, entre otras, las siguientes funciones:

- “f) Prevenir la comisión de actos delictivos.*
- g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.”*

Por su parte, la LOPSC dispone en su artículo 18:

“Los agentes de la autoridad podrán realizar, en todo caso, las comprobaciones necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, procediendo a su ocupación. Podrán proceder a la ocupación temporal, incluso de las que se lleven con licencia o permiso y de cualesquiera otros medios de agresión, si se estima necesario, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito, o cuando exista peligro para la seguridad de las personas o de las cosas”.

Para a continuación en el artículo 19 establecer:

“1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir por el tiempo imprescindible la circulación o permanencia en vías o lugares públicos en supuestos de alteración del orden, la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia, cuando fuere necesario para su restablecimiento. Asimismo, podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.

2. Para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social, y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado, al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos¹⁹¹. El resultado de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

Finalmente, según el artículo 20 LOPSC:

¹⁹¹ Para GARCÍA MORILLO: *El derecho a la libertad personal*, cit., pág. 204, esta expresión parece, en principio, la traducción jurídica de cacheo, pero es algo más pues extiende el control a las „sustancias“, mientras que el cacheo sería sólo un „control superficial“ destinado exclusivamente a la búsqueda de armas. Para Julio BANACLOCHE PALAO: *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, pág. 263, el cacheo sólo tiene respaldo legal expreso en el apartado 2 del transcrito artículo 19 LOPSC y no en el artículo 20.1 LOPSC, aunque su regulación sea absolutamente imprecisa y criticable por cuanto no especifica qué sujetos pueden ser sometidos a cacheo ni en qué casos puede acordarse, sino tan sólo su finalidad.

“1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la autoridad judicial competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal.

4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Para DÍAZ CABIALE ninguna de estas normas hace referencia a los cacheos¹⁹². Se trata de unas atribuciones de índole muy genérica previstas en otros preceptos: artículos 286, 334, 786.2 a) LECrim; artículo 443 LOPJ y artículo 4 RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. Sin embargo, admite que la LOPSC contempla la posibilidad, en situaciones generales, de efectuar cacheos en el artículo 18 y las regula expresamente en el artículo 19 bajo la denominación de “control superficial de efectos personales”¹⁹³.

Para DÍAZ CABIALE, las únicas disposiciones concretas sobre los cacheos se encuentran en el ámbito penitenciario y aduanero¹⁹⁴. Salvo en estos supuestos específicos, la actual regulación resulta insuficiente¹⁹⁵.

¹⁹² Según DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 133, la posibilidad de acordar cacheos no se encuentra establecida en lugar alguno, contemplándose únicamente en supuestos extraordinarios como el ámbito penitenciario o aduanero.

¹⁹³ Como dice, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 47, la mención a los controles superficiales de los efectos personales constituye el referente más claro en nuestro ordenamiento de las diligencias de cacheo. Cuestión distinta es, según dicho autor, determinar su naturaleza postdelictual, vinculada a la comisión de un delito, o preventiva, previa a la comisión de un hecho delictivo.

¹⁹⁴ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., págs. 135-138. En concreto,

2. 3. Pruebas de alcoholemia

Con todo, la regulación más completa de una intervención corporal se encuentra en el ámbito de las denominadas “pruebas de alcoholemia” previstas, con carácter general, en el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad vial y, desarrolladas, en los artículos 22 y 23 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación, para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial¹⁹⁶.

En concreto, el artículo 12 del citado Real Decreto Legislativo dispone:

1. *No podrá circular por las vías objeto de esta Ley, el conductor de vehículos o bicicletas¹⁹⁷ con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas.*

2. *Todos los conductores de vehículos y bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles*

cita el art. 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, desarrollado por los artículos 18 y 68 del Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, y el art. 16 LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión de Contrabando, y el art. 2 de la Circular del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de 10 de marzo de 1992, sobre viajeros. Así también, ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., págs. 197-198.

¹⁹⁵ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 139, sin que quepa tampoco argumentar que el cacheo es corolario necesario de la detención. Igualmente considera insuficiente la regulación aduanera en el caso de reconocimiento de personas, M.^a Ángeles MARTÍN VIDA: “Restricciones sin base indiciaria en los ámbitos penitenciario y aduanero”, en *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Granada, 2000, págs. 95-96. En contra, Vicente MAGRO SERVET: “La actuación policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal”, *La Ley*, 23 de julio de 2001, pág. 4, y, más ampliamente, en su *Manual práctico de actuación policial-judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*, Madrid, 2006, págs. 135-136, considera que los artículos citados constituyen cobertura legal suficiente para estas diligencias de investigación policiales y que su licitud dependerá de la observancia de los principios contenidos en el principio de proporcionalidad, así como por la existencia de autorización judicial cuando exista oposición a la intervención corporal.

¹⁹⁶ La actual regulación de los métodos alcoholométricos sigue sin respetar el principio de legalidad al igual que ocurría con la anterior reglamentación (RD 1967/1981, de 8 de mayo, desarrollado por OM de 29 de julio de 1981). Cf. GIMENO SENDRA: “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, cit., pág. 1104; José María ASENSIO MELLADO: “Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional (Comentario a las Sentencias de 3, 4, 28 y 30 de Octubre de 1985)”, *La Ley*, 1986-2, pág. 990. Por otra parte, PÉREZ MARÍN: “Métodos alcoholométricos: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., pág. 826, cita también como normativa aplicable la Resolución B (73)26, de 18 de abril de 1973, del Consejo de Europa.

¹⁹⁷ Apartado 1 y primer párrafo del apartado 2 redactado conforme a la Ley 43/1999, de 25 de noviembre, sobre adaptación de las normas de circulación a la práctica del ciclismo.

*intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación*¹⁹⁸.

*Dichas pruebas se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico. A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos*¹⁹⁹.

El personal sanitario vendrá obligado, en todo caso, a dar cuenta del resultado de las pruebas que realicen a la autoridad judicial, a los órganos periféricos de la Jefatura Central de Tráfico y, cuando proceda, a las autoridades municipales competentes.

*3. Reglamentariamente podrán establecerse pruebas para la detección de las demás sustancias a que se refiere el apartado primero del presente artículo, siendo obligatorio el sometimiento a las mismas de las personas a que se refiere el apartado anterior*²⁰⁰.

¹⁹⁸ El art. 22 del Reglamento General de Circulación (en adelante, RGC), aprobado por RD 1428/2003, de 21 de noviembre, desarrolla este precepto: “1. Las pruebas para detectar la posible intoxicación por alcohol se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico y consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados. A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, que podrán consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos. 2. Cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias o enfermedades cuya gravedad impida la práctica de las pruebas, el personal facultativo del centro médico al que fueren evacuados decidirá las que se hayan de realizar”.

¹⁹⁹ El artículo 23 RGC trata la práctica de las pruebas: “1. Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre, o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20, o aun sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente. 2. De la misma forma advertirá a la persona sometida a examen del derecho que tiene a controlar, por sí o por cualquiera de sus acompañantes o testigos presentes, que entre la realización de la primera y de la segunda prueba medie un tiempo mínimo de diez minutos. 3. Igualmente, le informará del derecho que tiene a formular cuantas alegaciones u observaciones tenga por conveniente, por sí o por medio de su acompañante o defensor, si lo tuviere, las cuales se consignarán por diligencia, y a contrastar los resultados obtenidos mediante análisis de sangre, orina u otros análogos, que el personal facultativo del centro médico al que sea trasladado estime más adecuados. 4. En caso de que el interesado decida la realización de dichos análisis, el agente de la autoridad adoptará las medidas más adecuadas para su traslado al centro sanitario más próximo al lugar de los hechos. Si el personal facultativo del centro apreciara que las pruebas solicitadas por el interesado son las adecuadas, adoptará dicho personal las medidas tendentes a cumplir lo dispuesto en el artículo 26. El importe de dichos análisis deberá ser previamente depositado por el interesado y con él se atenderá al pago cuando el resultado de la prueba de contraste sea positivo; será a cargo de los órganos periféricos del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico o de las autoridades municipales o autonómicas competentes cuando sea negativo, devolviéndose el depósito en este último caso”.

²⁰⁰ Este precepto tiene su desarrollo reglamentario en el art. 28 RGC: “1. Las pruebas para la detección de estupeficientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, así como las personas

La citada normativa resulta igualmente insuficiente desde una perspectiva constitucional dados los derechos fundamentales afectados y en estricta aplicación del principio de legalidad que impide toda delegación legislativa²⁰¹. Cualquier restricción de un derecho fundamental, con independencia de su finalidad, precisa ley orgánica²⁰².

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sentencia 148/1985, de 30 de octubre, considera que el principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 CE se refiere a la previsión legal de los delitos y de las penas que a ellos corresponden²⁰³,

obligadas a su realización, se ajustarán a lo dispuesto en los párrafos siguientes: a) Las pruebas consistirán normalmente en el reconocimiento médico de la persona obligada y en los análisis clínicos que el médico forense u otro titular experimentado, o personal facultativo del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladada aquélla, estimen más adecuados. A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, que podrán consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos. b) Toda persona que se encuentre en una situación análoga a cualquiera de las enumeradas en el artículo 21, respecto a la investigación de la alcoholemia, queda obligada a someterse a las pruebas señaladas en el párrafo anterior. En los casos de negativa a efectuar dichas pruebas, el agente podrá proceder a la inmediata inmovilización del vehículo en la forma prevista en el art. 25. c) El agente de la autoridad encargado de la vigilancia del tráfico que advierta síntomas evidentes o manifestaciones que razonablemente denoten la presencia de cualquiera de las sustancias aludidas en el organismo de las personas a que se refiere el apartado anterior se ajustará a lo establecido en el Ley de Enjuiciamiento Criminal y a cuanto ordene, en su caso, la autoridad judicial y deberá ajustar su actuación, en cuanto sea posible, a lo dispuesto en este Reglamento para las pruebas para la detección alcohólica. d) La autoridad competente determinará los programas para llevar a efecto los controles preventivos para la comprobación de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas en el organismo de cualquier conductor. 2. Las infracciones a este precepto relativas a la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, así como la infracción de la obligación de someterse a las pruebas para su detección, tendrán la consideración de infracciones muy graves, conforme se prevé en el art. 65.5.a) y b) del texto articulado.” Actualmente, letras c) y d) del artículo 65 tras la modificación de la Ley de Tráfico por Ley 18/2009, de 23 de noviembre.

²⁰¹ Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 305, el art. 12.2 LTSV se trata de una norma reglamentaria inconstitucional que no puede ser aplicada por los jueces. Vid., también MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 175; GARCÍA ARÁN y REBOLLO VARGAS: “La exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su infracción”, cit., pág. 96; DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 194; BANACLOCHE PALAO: *La libertad personal y sus limitaciones*, cit., pág. 238; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 466; ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 115; MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., pág. 139; CUESTA PASTOR: “Los mecanismos de identificación y su uso en el proceso penal: interrogantes a propósito de la «huella de ADN»”, cit., pág. 98.

²⁰² GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 60. DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 194, nota 185, partiendo de la existencia de detención, distingue respecto a la espiración de aire según existan o no indicios de delito. En el primer caso, la cobertura legal es suficiente por aplicación del art. 492, mientras que en el segundo, como ocurre con los controles preventivos, es necesario ley orgánica. Respecto al análisis de sangre, orina u otros análogos que requieren la participación de facultativo considera que no existe cobertura legal suficiente por tratarse de un reconocimiento médico.

²⁰³ De acuerdo con esta interpretación, la STC 234/1997, de 18 de diciembre, relativa a la constitucionalidad del artículo 380 CP, no aprecia vulneración de la reserva material de ley consagrada en

sin que quepa extenderlo a los medios de prueba sobre los que el órgano judicial basa su convicción, por lo que no implica la exclusión del test alcoholométrico; aparte que su utilización como prueba no supone aplicación analógica de la ley penal en perjuicio del acusado²⁰⁴.

Interpretación que no compartimos por cuanto omite la consideración de esas normas como medidas restrictivas de derechos y libertades que, en este sentido, exigen su desarrollo por ley orgánica. Por ello cabe concluir que la normativa vigente no cumple, desde el punto de vista constitucional, el principio de legalidad en sentido estricto.

Recientemente, sin embargo, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha modificado, entre otros preceptos de la LECrim²⁰⁵, la regla 7ª del apartado 1 del artículo 796, que regula las actuaciones de la Policía Judicial en el ámbito de los denominados “juicios rápidos”, atribuyendo expresamente la realización de las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los

el artículo 25 CE, en relación con el artículo 53.1 y 81.1 CE. En efecto, el Tribunal parte de que el citado precepto del Código Penal tiene carácter de ley orgánica y que satisface el principio de determinación normativa de los tipos y de las consecuencias penales que integra el contenido del artículo 25.1 CE y afirma:

“En realidad, la remisión al reglamento que efectúa el art. 12.3 LTSV sólo opera respecto a las pruebas de alcoholemia, incorporando así al tipo penal otros elementos normativos, complementarios de los que requiere el principio de determinación de las conductas delictivas y las penas. Elementos cuya definición no está reservada a la Ley, como se declaró tempranamente en la STC 62/1982. Y partiendo de este dato ha de tenerse presente, de un lado, que la reserva de Ley del art. 53.1 no se extiende a cualquier regulación que pueda afectar o incidir sobre los derechos y libertades fundamentales reconocidas en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución sino sólo a las que *regulen* “el ejercicio de tales derechos”. De otro, que la reserva de Ley Orgánica del art. 81.1 CE, como garantía adicional de la libertad (SSTC 140/1986 y 101/1991) sólo se refiere a “las normas que establezcan *restricciones* de esos derechos y libertades o las *desarrollen* de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos” (STC 101/1991, fundamento jurídico 2 y, entre las más recientes, SSTC 142/1993, 127/1994 y 88/1995). Esto es, la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y su ejercicio por las demás personas (STC 140/1986, fundamento jurídico 5). Pero en el presente caso ha de excluirse tanto la aplicación de una como de otra, pues es evidente que la regulación de las pruebas para verificar si ha habido un consumo excesivo de alcohol o de sustancias estupefacientes y psicotrópicas sólo es, como se ha dicho, un elemento normativo que viene a incorporarse al tipo, legitimando la remisión al reglamento que efectúa el art. 12.3 LTSV. Y en atención al objeto y finalidad de dichas pruebas es igualmente evidente que tal remisión *no es una regulación* del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, *ni mucho menos un desarrollo* de aspectos consustanciales con el ejercicio de la libertad personal” (f.j.10, la cursiva es nuestra).

²⁰⁴ Para PÉREZ MARÍN: “Métodos alcoholométricos: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., pág. 834, “el Tribunal parece indicar que no es necesario que un medio probatorio que afecta a los derechos fundamentales venga establecido en una norma de rango legal, porque el precepto constitucional en modo alguno se refiere a los medios de prueba, sino a los delitos y a las penas, y porque la utilización del test como prueba no implica una aplicación de la ley penal en perjuicio del acusado”. Según GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 105, esta sentencia disipa las dudas de legalidad de la normativa reguladora de esta materia. En contra de estas interpretaciones, DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 194.

²⁰⁵ Modificación a la que debe atribuirse carácter orgánico, puesto que, según la D.F.5ª de dicha LO 5/2010, únicamente el apartado 3 de la D.F.1ª por el que se añade un artículo 367 septies a la LECrim tendrá carácter de ley ordinaria.

conductores de vehículos de motor y ciclomotores a los agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica²⁰⁶, con sujeción, obviamente, a lo previsto en las normas de seguridad vial.

Ello supone, a nuestro entender, una derogación tácita de la normativa prevista para estos casos en el transcrito a pie de página artículo 28 del Reglamento General de la Circulación, pues tales pruebas ya no se practicarán por el médico forense u otro titular experimentado, o por el personal del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladada la persona obligada, sino que “normalmente” se practicarán, como de hecho venía ocurriendo en la práctica, por los agentes de tráfico.

No sólo eso, sino que ya no consistirán en el reconocimiento médico o en los análisis clínicos que se estimen más adecuados por dicho personal médico o sanitario, sino que “normalmente”, como se dice reglamentariamente, consistirán en una toma de muestra de saliva en cantidad suficiente para un primer test, cuyo resultado positivo – o, aún sin él, la presencia de signos de haber consumido tales sustancias – obligará al sujeto afectado a someterse a una nueva intervención corporal: “facilitar saliva en cantidad suficiente” para su análisis en laboratorios homologados.

En efecto, el citado precepto modificado, a renglón seguido, añade, y ello es lo más relevante a nuestros efectos, que:

“Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.”

En tales casos, termina diciendo el citado precepto, todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas. Repárese en que, a diferencia del Reglamento, no se prevé la posibilidad de la repetición de pruebas de contraste por orden de la autoridad judicial. Prueba de contraste que, si bien, ciertamente, juega con la circunstancia en contra del paso del tiempo, consideramos que el juez de guardia, dado que estamos en el ámbito de los juicios rápidos, puede acordar, en cualquier caso, motivadamente, si la estima necesaria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 797 LECrim.

Tal regulación, introducida de nuevo oblicuamente por el legislador, como la que veremos a continuación, en la LECrim aprovechando una modificación del Código Penal, sin explicación alguna en el preámbulo de la misma, tiene, al menos, el rango de ley orgánica que exige una medida restrictiva de derechos como la prevista.

Regulación que elude la exclusividad jurisdiccional que, como regla general debe presidir la adopción de tales medidas, en base, es de suponer, a la urgencia en tomar una muestra de saliva “en cantidad suficiente” que corrobore el inicial resultado positivo del test indiciario. Elusión del juez de instrucción que no tiene justificación

²⁰⁶ Requisito que, según recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, de 27 de junio de 2012, no puede ser ampliado al supuesto de las pruebas de alcoholemia, las cuales deben someterse a lo establecido en la legislación de seguridad vial, que nada dice sobre la necesidad de dicha especialización (f.j.1).

alguna cuando se omite establecer expresamente, como sí hacía el Reglamento General de la Circulación, la posibilidad de que ordene pruebas de contraste consistentes en análisis de sangre, orina u otras análogas.

3. La obtención de muestras biológicas y los identificadores del ADN

El apartado primero de la disposición final 1ª de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo en la LECrim, aunque de soslayo²⁰⁷, las diligencias de investigación corporal como medio de obtención de muestras biológicas²⁰⁸.

En efecto, el apartado c) del citado apartado primero añade un segundo párrafo al artículo 363 LECrim, con la siguiente redacción:

“Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de

²⁰⁷ En efecto, fracasado por cuestiones de aritmética parlamentaria el intento de introducir tal regulación mediante la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, se aprovechó el trámite legislativo de la reforma del Código Penal para introducir en el trámite de enmiendas del Senado los citados preceptos. De ahí que la Exposición de Motivos de la citada LO 15/2003 no contenga mención alguna a la regulación de tan importante novedad en el proceso penal. Por eso, entre otras razones, DEL MORAL GARCÍA: “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 63, afirma que la norma responde a una coyuntura muy concreta: “se presenta más como una concesión a la galería, a una opinión pública movilizadora por unos hechos muy graves que han llenado muchas páginas de nuestros periódicos estos meses de verano, que un intento serio y riguroso de colmar una laguna de nuestra normativa procesal que había llevado a algunos a hablar con razón de una situación de „anomia””. Para ROMEO CASABONA: “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del Derecho español”, cit., pág. 446, y, posteriormente, con ROMEO MALANDA en *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 90, “se trata, en el mejor de los casos, de una reforma pintoresca y precipitada y probablemente provocada por algunos hechos delictivos graves que produjeron alarma social y en los que el hallazgo de vestigios biológicos fue importante para la investigación policial y, en el peor, fruto de la inobservancia de determinados procedimientos constitucionales.”

²⁰⁸ Para MONTERO LA RUBIA: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, cit., pág. 13, fue la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, la que introdujo expresamente por primera vez las intervenciones corporales en el artículo 796.1.7ª, según el cual: “La práctica de los controles de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial. No obstante, cuando se practicare un análisis de sangre u otro análogo, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.” Sin embargo, dicho precepto no regula más que las particularidades de las diligencias a practicar por la Policía Judicial cuando instruya un atestado por alguno de los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de los denominados juicios rápidos, remitiéndose en este caso de delitos contra la seguridad del tráfico, en definitiva, a la legislación ya existente en materia de seguridad vial y limitándose a establecer que, en caso de practicarse un análisis de sangre u otro análogo, la Policía Judicial debe requerir al personal sanitario que lo realice la remisión de su resultado al Juzgado de guardia.

inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.”

Con independencia de que su ubicación sistemática no sea la más acertada²⁰⁹, lo verdaderamente relevante es que se regulan únicamente las investigaciones corporales consistentes en la extracción de muestras biológicas del sospechoso para la determinación de su ADN y posterior cotejo con el ADN obtenido de las huellas o vestigios del delito²¹⁰. No se regulan las inspecciones corporales consistentes en el examen del cuerpo humano, total o parcialmente desnudo, ni los registros corporales consistentes en la exploración de las partes internas del cuerpo o, simplemente, la obtención de muestras biológicas con una finalidad distinta a la determinación del ADN del sujeto afectado por la medida²¹¹. Tales diligencias de investigación corporal continúan huérfanas de regulación²¹² y, en consecuencia, su ordenación y ejecución devendrá inconstitucional por quiebra del principio de legalidad.

Precepto que se completó con la introducción en el artículo 326 LECrim de un tercer párrafo con el siguiente contenido:

²⁰⁹ Así, ETXEBERRIA GURIDI: “Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, *La Ley Penal*, núm. 4, 2004, pág. 26, e “Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 164, para quien, dada la naturaleza jurídica de esta diligencia podría haberse incorporado más correctamente en el Título VIII junto con las restantes medidas restrictivas de derechos fundamentales.

²¹⁰ Así también, José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: “Los análisis de ADN en la LECrim (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, cit., pág. 28 e “Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 187; VIDAL FUEYO: “Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales”, cit., pág. 371; José MARTÍN PASTOR: “Sobre los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, en la jurisprudencia constitucional y en nuestra legislación procesal penal”, en *La salud: intimidación y libertades informativas*, (Dir. Carmen Tomás-Valiente Lanuza), Valencia, 2006, pág. 106; ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER: *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., pág. 70, nota 190.

²¹¹ GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 448-449, considera insuficiente la reforma operada por la LO 15/2003 por varias y distintas razones: a) porque reconduce las intervenciones corporales a la obtención de muestras de ADN y no para otras finalidades; b) porque, pese a la remisión genérica al principio de proporcionalidad que contiene, no prohíbe las intervenciones que puedan poner en peligro la salud del imputado; c) porque tampoco contempla quién debe realizar las intervenciones y, finalmente, d) porque tampoco prevé las inspecciones corporales, ni autoriza a la policía judicial a practicar las intervenciones banales. Por todo ello, considera conveniente una regulación más exhaustiva. Tampoco para Gemma GALLEGO SÁNCHEZ: “Las intervenciones corporales”, *Manuales de Formación continuada*, núm. 46, pág. 487, parece suficiente el contenido de las modificaciones introducidas en la LECrim por la LO 15/2003.

²¹² Para MORENO VERDEJO: “ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 1809, pese a que la reforma de la LECrim operada por la LO 15/2003 ha superado nominal y formalmente la tradicional situación de anomia, todo lo referente a las intervenciones corporales sigue siendo una materia casi huérfana legislativamente. Conclusión que pone de relieve, como señalan ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 122, la necesidad de que el legislador aborde con urgencia y de forma global y conjunta las diversas medidas que tienen cabida en esta sede.

“Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios²¹³ 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.”

Regulación que, como señala MORENO VERDEJO, resulta extraordinariamente insuficiente para responder a las exigencias de autenticidad y de control judicial en la recogida de las huellas o vestigios del delito, limitándose a regular la competencia para efectuar tal recogida²¹⁴. Más aún, si, como advierte ETXEBERRIA GURIDI, la finalidad del precepto es exclusivamente garantizar la adopción de precauciones para asegurar la autenticidad de las muestras, su justificación es más que dudosa, toda vez que, sin perjuicio de que, ciertamente, resulte necesario y deseable respecto de todo tipo de muestras, dicha diligencia cuenta con una especial regulación y, además, se prevé a continuación, como expondremos, la elaboración de protocolos técnicos sobre obtención, conservación y análisis de las muestras por parte de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN²¹⁵.

²¹³ Advierte ROMEO CASABONA: “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del Derecho español”, cit., págs. 448-449, y con ROMEO MALANDA en *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 95, una cierta confusión terminológica en el citado precepto, puesto que las huellas sólo interesan en tanto contengan sustancia biológica que analizar y los vestigios no son más que una muestra específica hallada en el lugar de los hechos y, por extensión, sobre el cuerpo de la víctima, en los sujetos intervinientes en el delito o en otras circunstancias.

²¹⁴ Afirma dicho autor en su citado artículo “ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 1812, siguiendo a NARVÁEZ RODRÍGUEZ sobre este particular: “Tal legislación no establece minuciosamente mecanismos adecuados para asegurar la autenticidad de la fuente de la prueba, ni contempla la posibilidad de que la obtención de determinados vestigios puedan obtenerse lejos de la escena del crimen y en momentos muy posteriores a los de su comisión, ni incluye un catálogo de garantías que permitan asegurar la fuente de la prueba, ni desarrolla un protocolo de conservación de los obtenidos, no exige una especial cualificación homologada oficialmente para la realización de esta actividad con el riesgo que ello supone de que el material obtenido pueda no resultar válido para la realización de la prueba por falta de idoneidad material o porque pueda obtenerse en condiciones que hagan perder su eficacia para la ulterior realización de los análisis.” Así también, José Ramón SORIANO SORIANO: “La prueba pericial de ADN: Problemas procesales. Esquema general”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 120, 2007, págs. 586-587; ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER: *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., págs. 34-35. Con anterioridad, Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ: “La prueba de ADN: su nueva normativa procesal”, *Jueces para la democracia*, núm. 51, 2004, págs. 75-78, pone asimismo de relieve estas y otras insuficiencias legislativas de la regulación introducida en la LECrim. Regulación que Manuel LOZANO-HIGUERO PINTO y María Amparo RENEDO ARENAL: “Algunas cuestiones sobre la validez e incorporación probatoria en el proceso penal de los perfiles de ADN. En particular la indefinición del status del sujeto pasivo de la medida”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, (coord. Juan Antonio Robles Garzón y Manuel Pascual Ortells Ramos), vol. 2, Málaga, 2006, pág. 137, califican de “formalmente deficiente y materialmente insuficiente”.

²¹⁵ ETXEBERRIA GURIDI: “Los análisis de ADN en la LECrim (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, cit., pág. 26, e “Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., págs. 167-168. En efecto, como advierten ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 94, la mención del citado precepto a las medidas necesarias para garantizar la autenticidad de los vestigios se refiere a aspectos tales como garantizar la “cadena de custodia” y prevenir la contaminación de las muestras, esenciales para la fidelidad del análisis de ADN.

Con todo, debe entenderse que dicho precepto está estableciendo la necesidad de autorización judicial – además de para su recogida, con carácter general – para llevar a cabo los análisis genéticos de las muestras o vestigios²¹⁶ hallados en el lugar de los hechos, esto es, su “examen”, incluso en la hipótesis de que se ignore la persona de quien proceden²¹⁷. Reserva jurisdiccional que debe mantenerse en todo caso, a pesar de la remisión del inciso final del precepto al artículo 282 LECrim que viene a permitir a la Policía Judicial proceder a la recogida de las muestras en caso de peligro de desaparición, pero no a su análisis²¹⁸.

La introducción de dichos preceptos en la LECrim, en términos prácticamente idénticos, estaba prevista en el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN²¹⁹, previendo ahora, únicamente y sin plazo alguno, la nueva disposición adicional tercera que se añade a la LECrim por el apartado 4º de la disposición final 1ª de la citada LO 15/2003 la reglamentación de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN:

“El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de 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.”

²¹⁶ Como advierte ETXEBERRIA GURIDI: “Los análisis de ADN en la LECrim (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, cit., pág. 27, e “Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 161, el empleo del término “huella” no es adecuado si de lo que se trata es de practicar un análisis biológico, caso en el que debe hablarse, ciertamente, de muestras o de vestigios, definidos en el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN los primeros como “cualquier tipo de material biológico susceptible de ser analizado mediante ADN” y, lo segundos, como la “muestra hallada en la escena del delito o sobre el cuerpo de las víctimas o de los sujetos que han intervenido en el delito”.

²¹⁷ Así, para ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, págs. 93-94, lo que, en realidad, establece el citado precepto es que la recogida, custodia y examen de las muestras o vestigios deberá contar con la autorización y el control judicial, sin perjuicio de que, excepcionalmente, en caso de peligro de desaparición (o destrucción o contaminación invalidante) de los vestigios, estos sean recogidos por la Policía Judicial.

²¹⁸ Así, ETXEBERRIA GURIDI: “Los análisis de ADN en la LECrim (Reformada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, cit., págs. 28-29, e “Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., págs. 161-163.

²¹⁹ Segunda versión publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia núm. 1867, de 15 de abril de 2000, pág. 178-189. La primera versión de dicho anteproyecto se publicó en el Suplemento al núm. 1854, de 1 de octubre de 1999.

Tal previsión no se ha materializado, sin embargo, hasta el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN. Regulación que venía exigida, además, por la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, por cuanto dicha Ley encomendaba a la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN la función específica de acreditación de todos aquellos laboratorios que realicen análisis de ADN y aporten perfiles genéticos a la base de datos.

La citada LO 10/2007 crea una base de datos policial con la finalidad de integrar los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los que se almacenan los datos identificadores obtenidos a partir de los análisis de ADN realizados en el marco de una investigación criminal, o en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos, o de averiguación de personas desaparecidas²²⁰.

Ley orgánica que viene a completar, en cierto modo, el artículo 363 LECrim por cuanto determina – a diferencia del citado precepto aunque, ciertamente, en la práctica ya viniera realizándose así – que el perfil de ADN a obtener mediante tal medida de investigación es, exclusivamente, aquel que permita la identificación del sujeto, su “huella genética”, sin entrar en el análisis de otros datos genéticos cuya revelación vulneraría el derecho a la intimidad del afectado, su “mapa genético”.

Así, establece el artículo 4 de la citada LO 10/2007 que sólo podrán inscribirse en la base de datos 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. En ningún caso, pues, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética.

Limitado el análisis al ADN no codificante, esto es, a los datos meramente identificativos, no resulta vulnerado, en línea de principio, el derecho fundamental a la intimidad²²¹. Sin embargo, no cabe obviar, como pondremos de relieve más adelante, al

²²⁰ La finalidad de la Ley, según se desprende de su propia Exposición de Motivos, es completar la regulación del uso del ADN en la investigación de los delitos iniciada con la redacción dada a los artículos 326 y 263 LECrim estableciendo las medidas materiales y jurídicas adecuadas que permitan superar la insuficiencia de la regulación vigente para satisfacer tanto las posibilidades técnicas y las demandas ciudadanas, como los compromisos internacionales adquiridos en materia de intercambio de perfiles de ADN para la investigación de determinados delitos. Sin embargo, como advierte Luisa María PRIETO RAMÍREZ: “La Ley Orgánica de Registro de perfiles de ADN para fines de investigación criminal, en el marco del Derecho comparado”, *La Ley Penal*, núm. 54, 2008, pág. 26, debería haberse afrontado de forma coherente una reforma de la LECrim. Para Carmen FIGUEROA NAVARRO: “Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN”, *La Ley Penal*, núm. 54, 2008, pág. 11, la citada LO 10/2007, si bien ha venido a despejar algunas dudas, ha desaprovechado la oportunidad de establecer una regulación más específica y adecuada sobre la materia.

²²¹ Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 14 de febrero de 2006, núm. 179/2006, sin que quepa argüir como motivo de vulneración del derecho fundamental a la intimidad cualquier temor o recelo a un potencial ataque al “habeas data” por los riesgos futuros de desvelar datos personales sensibles de la persona dadas las medidas de seguridad existentes tanto en la Ley estatal de Protección de Datos Personales como en las disposiciones autonómicas – en el caso concreto, la Orden de 2 de septiembre de 2003 del Departamento de Interior del País Vasco que regula los ficheros automatizados de carácter personal – que garantizan que los datos de carácter personal registrados en los ficheros automatizados sólo serán utilizados para los fines expresamente previstos y por personal debidamente autorizado, asegurando en todo caso la confidencialidad, seguridad e integridad de los mismos (f.j.1).

estudiar este derecho y el derecho a la autodeterminación informativa, que 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 examinado²²².

Con todo, la novedad más importante es que la LO 10/2007 posibilita que para determinados delitos de especial gravedad y repercusión social – así como en el caso de los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de personas desaparecidas, o cuando el titular de los datos haya prestado su consentimiento para la inscripción –, los resultados obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, sean inscritos y conservados en la base de datos policial, a fin de ser utilizados no sólo en esa concreta investigación, sino también en otras que se sigan por la comisión de alguno de los delitos para los que la propia Ley habilita la inscripción de los perfiles de ADN en la base de datos. Así, el artículo 3 de la LO 10/2007 establece:

“1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:

a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el art. 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados.²²³

Doctrina reiterada posteriormente en sentencias de 4 de octubre de 2006, núm. 949/2006 (f.j.1) y 27 de noviembre de 2007, núm. 1062/2007 (f.j.3).

²²² Así, para ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 30.

²²³ Dispone el apartado 4 del artículo 282 bis LECrim, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal; b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal; c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal; d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal; e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal; f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal; g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal; h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal; i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal; j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal; k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal; l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386

b) los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento.

2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.”

Repárese en que, a diferencia del artículo 363 LECrim, se cita como sujeto pasivo de la intervención corporal no sólo al sospechoso, sino también al detenido o imputado²²⁴ y, por otra parte, se enumeran una serie de delitos cuya gravedad no necesariamente justificaría la adopción de la medida de investigación corporal²²⁵.

En efecto, frente a la criticada por la doctrina, como expondremos en el capítulo siguiente, única referencia a la persona del sospechoso como sujeto pasivo de la medida, la LO 10/2007 se refiere a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito, por parte de la policía judicial (Disposición Adicional Tercera).

Asimismo, frente a la inexistente referencia a criterio alguno de procedencia de la medida de investigación – “*siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen*” –, más allá de su adecuación al principio de proporcionalidad, la LO 10/2007, no sólo alude a la gravedad delictiva como criterio, sino que enumera toda una

del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal; m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal; n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal; o) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

²²⁴ Como bien dice José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: “La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”, *La Ley*, núm. 6901, 2008, pág. 1689, resulta absolutamente injustificado, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, dada la repercusión en los derechos fundamentales, que sea suficiente la condición de sospechoso, detenido o imputado para incluir en la base de datos creada por la citada ley los identificadores genéticos procedentes de los mismos.

²²⁵ La legislación española se sitúa así en la línea de las regulaciones expansivas del uso del ADN en la investigación penal, pues no sólo ha reducido la intensidad de la imputación exigible para poder disponer su práctica al “sospechoso”, sino que ahora ha establecido un amplio catálogo de infracciones penales en las cuales pueda acordarse, aunque, ciertamente, resulta difícil imaginar que en todas ellas sea probable encontrar vestigios biológicos. Dicho fenómeno expansivo del empleo de las técnicas genéticas se caracteriza, además, según José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte I)”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 27, 2007, pág. 40, por un considerable adelgazamiento de las garantías que rodean su aplicación, particularmente, la exclusividad jurisdiccional. Para ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 200, “el único dique de contención a tan loable como criticable tendencia” (expansiva) acaba siendo la observancia del principio de proporcionalidad.

serie de delitos que en razón del bien jurídico protegido por los mismos permiten acordar la extracción de muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado²²⁶, aunque, ciertamente, el listado de delitos resulta excesivo.

En efecto, incluye delitos que no son graves en el sentido jurídico-penal del término²²⁷, delitos en los que difícilmente su posible reincidencia justifica la extracción de muestras de ADN y delitos en los que resulta difícil imaginar el hallazgo de vestigios biológicos. Ello es así por cuanto la inclusión de los casos de “delincuencia organizada” con remisión expresa a los delitos enumerados en el ap. 4 del artículo 282 LECrim poco o nada tiene que ver con los criterios a tener en cuenta para que una base de datos de ADN sea eficaz, a saber, la gravedad delictiva, la posibilidad de reincidencia y la probabilidad de hallar vestigios biológicos²²⁸. Ello traerá como consecuencia, como advierte GUILLÉN VÁZQUEZ, que se incluyan perfiles de ADN sin ninguna utilidad

²²⁶ Repárese, sin embargo, como advierte PRIETO RAMÍREZ: “La Ley Orgánica de Registro de perfiles de ADN para fines de investigación criminal en el marco del Derecho comparado”, cit., pág. 25, que la enumeración de bienes jurídicos no siempre coincide exactamente con títulos específicos o capítulos del Código Penal, como ocurre con la alusión a la integridad de las personas, sin olvidar que ésta puede ser tanto la física como la moral, por lo que los conceptos utilizados resultan imprecisos y deberán ser los tribunales quienes les proporcionen la necesaria seguridad jurídica. Por ello, ETXEBERRIA GURIDI: “La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”, cit., pág. 1684, considera que hubiera sido preferible, tal como ha hecho la ley francesa reguladora de esta materia, concretar los tipos penales en los que resulta procedente incorporar información genética citando exactamente los artículos del Código Penal en los que se tipifican tales conductas. Coincide con dicho autor Montserrat de HOYOS SANCHO: “Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 155, pág. 236, nota 12, para quien hubiera sido preferible la designación de tipos penales concretos o el establecimiento de un límite punitivo determinado y expreso. Así también, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 197, para quienes hubiera sido mejor haber optado por enumerar los diversos delitos específicos motivo o presupuesto de la inscripción.

²²⁷ Ciertamente, como advierte ETXEBERRIA GURIDI: “La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”, cit., pág. 1684, no en todos los delitos que se enuncian la sanción penal merece la consideración de grave. Por ello, conforme al principio de proporcionalidad, considera que los tipos penales que se mencionan, “en todo caso”, habrán de pertenecer igualmente a la categoría de delitos graves. En contra, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 195-196, para quienes una interpretación sistemática del precepto permite entender que se incluyen, por razón del bien jurídico protegido, junto a todos los delitos graves, otros menos graves; tanto dolosos, como imprudentes.

²²⁸ Así, entre los delitos del citado artículo 282 LECrim se incluyen los relativos al tráfico ilegal de mano de obra (art. 312) o la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores (art. 313) o delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 y hasta delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2.1 e) de la Ley de represión del contrabando (sacar bienes que integren el Patrimonio Histórico español del territorio español sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria). Como señalan, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 198-199, la remisión genérica al citado precepto “merecía una ponderación más fina, es decir, haber incluido cada delito en particular” para poder ponderar, caso por caso, los efectos reales que tienen algunos de estos delitos cometidos en el entorno de la denominada delincuencia organizada. Lo contrario supone una importante desviación del principio de gravedad del delito como criterio referencial.

en la base de datos y se restrinjan derechos individuales sin razón de necesidad para ello²²⁹.

Criterios que el juez de instrucción, sin duda, deberá considerar a la hora de acordar tal medida de investigación corporal ponderando su proporcionalidad en sentido estricto.

Con todo, pese a sus deficiencias, la incorporación de los citados preceptos a la LECrim, específicamente, el párrafo 2º del artículo 363²³⁰, en vigor desde el día siguiente a la publicación de la LO 15/2003 en el BOE, supone la admisión de intervenciones corporales sobre el cuerpo del sospechoso con la finalidad de obtener aquellas muestras biológicas que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN, pero sigue pendiente una regulación general de la materia²³¹.

Es más, la regulación introducida, pese a su carácter de ley orgánica, no termina de satisfacer las exigencias del principio de legalidad tal y como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No tiene suficiente calidad en el sentido de expresar todos y cada uno de los presupuestos y requisitos de la intervención. No determina los criterios a tener en cuenta en orden a la aplicación del principio de proporcionalidad: la racionalidad de las sospechas, la gravedad del delito²³²... Criterios que terminará estableciendo, una vez más, la jurisprudencia interpretando e integrando la norma²³³.

²²⁹ Margarita GUILLÉN VÁZQUEZ: “Bases de datos de ADN con fines de investigación penal. Especial referencia al Derecho comparado”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, Madrid, págs. 1860-1871, disponible en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL40.pdf>

²³⁰ En efecto, pues, como ya afirmaba José Francisco ETXEBERRIA GURIDI: “Intervenciones corporales: la regulación que se aproxima”, *Tribunales de Justicia*, núm.12, diciembre 2000, pág. 1298, respecto al párrafo introducido en el artículo 326 LECrim, tal referencia es innecesaria, siendo suficientes las previsiones genéricas contenidas en dicho precepto, en concordancia con lo establecido en el artículo 334 LECrim. También es del mismo parecer HERRERO-TEJEDOR: “Intervenciones corporales: Jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 1892, cuando afirma que el juez de instrucción podía ya antes de la reforma ordenar las medidas previstas en dicho artículo.

²³¹ Así también, ETXEBERRIA GURIDI: “Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 191; ROMEO CASABONA: “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del Derecho español”, cit., pág. 452; PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., pág. 38, y “Sobre el consentimiento del sujeto pasivo de las diligencias de investigación corporal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, 2008, pág. 137; FIGUEROA NAVARRO: “Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN”, cit., págs. 11-12; GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 444-449.

²³² Para MONTERO LA RUBIA: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, cit., pág. 16, no es suficiente la referencia expresa al requisito de proporcionalidad o de razonabilidad al exigir que “concurran razones que justifiquen la intervención”, puesto que con la misma se permite que cualquier tipo de delito pueda justificar la adopción de esta medida, mostrándose partidario de establecer un límite legal, vía pena en abstracto o listado de delitos, para no desvirtuar el principio de proporcionalidad que exige ponderar la gravedad del hecho para legitimar la medida.

²³³ Para MONTERO LA RUBIA: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, cit., pág. 16, el legislador cumple con los tres primeros requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para aceptar esta medida: legalidad, jurisdiccionalidad y motivación de la decisión judicial, para a renglón seguido añadir que, sin

4. La regulación de las inspecciones e intervenciones corporales en el Anteproyecto de LECrim de 2011

Como hemos apuntado, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 siguiendo, según decía su Exposición de Motivos en este punto, la línea marcada por el Tribunal Constitucional, distinguía entre inspecciones e intervenciones corporales, regulándolas entre los medios de investigación relativos al sujeto investigado (capítulo IV del Título I del Libro III dedicado a las diligencias de investigación)²³⁴.

El artículo 255 de dicho Anteproyecto definía las *inspecciones corporales* como “reconocimientos externos sin injerencia física sobre el cuerpo de una persona por parte de una autoridad o agente”²³⁵. Bajo esta denominación se comprendían tanto los cacheos o inspecciones superficiales que pudieran realizar los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de las funciones preventivas y de seguridad que tienen atribuidas, como los registros de ropas y pertenencias llevados a cabo para intervenir cualquier objeto relacionado con la infracción o las armas e instrumentos peligrosos que pudieran ocultarse.

Dichas inspecciones corporales habrían de efectuarse de la manera que menos perjudicase al sujeto que tuviera que soportarlas, respetando su dignidad e intimidad y, aun cuando el mismo prestase su consentimiento, serían de aplicación, según el artículo 256, las reglas siguientes:

- a) *Si la inspección requiere que el interesado se desnude dejando a la vista las zonas íntimas de su cuerpo o partes del mismo que normalmente no se encuentran al descubierto o consiste en la palpación del cuerpo, directamente o a través de la ropa, la diligencia deberá llevarse a cabo por un agente del mismo sexo que la persona inspeccionada y en un lugar reservado evitando que su ejecución pueda ser observada por otras personas, salvo en caso de riesgo inminente y grave para la integridad de los agentes, del propio afectado o de terceros.*
- b) *Si la inspección requiere la realización de un examen radiológico, será necesaria la autorización del Ministerio Fiscal.*
- c) *Cuando sea precisa la observación directa o la exploración de las cavidades vaginal o rectal del afectado, se requerirá siempre la previa autorización*

embargo, la nueva regulación legal “no cumple completamente el requisito de proporcionalidad, al conceder, (a nuestro juicio), un excesivo arbitrio a la autoridad judicial a la hora de acordar la medida.”

²³⁴ A fin de no resultar reiterativos, no se colacionarán en este apartado aquellos artículos del Anteproyecto que ya han sido comentados o que lo serán en su momento oportuno.

²³⁵ Una definición muy cercana a la de MORENO CATENA, con CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 229, para quien las inspecciones corporales consisten en “el reconocimiento del cuerpo de una persona por parte de una autoridad o agente sin realizar una injerencia física en el inspeccionado”, constituyendo así, a diferencia de las intervenciones corporales, un examen de la situación externa del sujeto sometido a la diligencia. Sin embargo, igual que ocurre con el Anteproyecto, se acaba incluyendo en esta categoría actuaciones como los exámenes radiológicos o los tactos rectales o vaginales que exceden tal circunstancia.

judicial, que deberá ser solicitada por el fiscal, exponiendo las razones que justifican su solicitud.

En estos dos últimos casos, las inspecciones se llevarían a cabo por personal sanitario, pudiendo el juez o fiscal autorizar motivadamente la presencia de la Policía Judicial actuante.

Las *intervenciones corporales* consistían, según el artículo 257 del citado Anteproyecto, en la extracción de sustancias o elementos o en la toma de muestras del cuerpo humano. Se consideraban leves las dirigidas a “la obtención de cabellos, uñas, saliva u otras muestras biológicas que no exijan acceder a zonas íntimas de la persona ni causarle mayor dolor o sufrimiento que la molestia superficial inherente al procedimiento de toma de la muestra” (art. 258.1) y graves las que tuvieran por objeto “la extracción de cualquier sustancia o elemento que deba obtenerse de las zonas íntimas o del interior del cuerpo del afectado, y en todo caso cuando para recogerlos sea necesario ocasionarle dolor o sufrimiento, administrarle anestesia o someterle a sedación” (art. 259.1). Cuando el afectado no prestase su consentimiento, las leves podrían ser practicadas con autorización previa del Ministerio Fiscal, mientras que las graves requerirían la autorización del Juez de Garantías.

Dichas intervenciones corporales se practicarían siempre de la manera que menos perjudicase al sujeto que haya de soportarlas, respetando su dignidad e intimidad y, aun cuando la intervención fuese consentida por el afectado, las graves se llevarían a cabo por personal médico o sanitario cualificado, según el método técnicamente idóneo, en la clínica médico forense o en el centro médico o sanitario adecuado. Además, sólo podrían ordenarse cuando estuvieren objetivamente indicadas para la comprobación de un delito grave y no pudiera obtenerse el mismo resultado por otro medio menos gravoso para los derechos del investigado y en ningún caso podrían practicarse cuando comportasen un riesgo cierto y directo para la vida o la salud del afectado.

Por otro lado, el capítulo V del citado Título I del Anteproyecto regulaba las investigaciones mediante marcadores de ADN. El artículo 262 preceptuaba la recogida del lugar del delito de cualquier clase de sustancias, objetos o elementos cuando pudiera suponerse que contuvieran huellas o vestigios cuyo análisis genético pudiera proporcionar información relevante para el esclarecimiento del hecho investigado o el descubrimiento de su autor. Igualmente, en parecidos términos al actual párrafo 3º del artículo 326 LECrim, preveía – si bien por parte del fiscal – la adopción de las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de las muestras se realizase en condiciones que garantizaran la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba²³⁶.

²³⁶ Más novedoso era, en cambio, el apartado tercero del citado precepto en cuanto establecía las reglas a las que se sujetaría, en todo caso, la toma de muestras, cuya ejecución se encomendaba al personal técnico de la Policía Judicial especialista en recogida de huellas o de material genético, al médico forense o a otros expertos cualificados en la recogida de material biológico:

- a) *Serán efectuadas por dos facultativos que se identificarán en el atestado.*
- b) *Se extenderá un acta de constancia tanto del objeto de que se trate como de su ubicación.*
- c) *Se indicarán los precintos y las medidas de seguridad que se han tomado para asegurar la autenticidad de la muestra.*
- d) *Se dejará constancia de la traza seguida por la muestra y de la identidad de todas las personas que hayan estado en contacto con la misma.*
- e) *Siempre que sea posible, la documentación de la intervención de la muestra se completará con la obtención de fotografías.*

Por su parte, el artículo 263 regulaba la obtención y análisis de muestras biológicas del investigado cuando fuese necesario comparar su perfil genético con los perfiles de ADN obtenidos en el curso de la investigación. Dicha obtención podría acordarse por el Juez de Garantías, a petición del Ministerio Fiscal, salvo que el interesado prestase su consentimiento en los términos que preveía el artículo 265 del Anteproyecto y sin perjuicio, pues así se disponía expresamente, de la utilización de las muestras abandonadas y las que fundadamente se atribuyesen a aquél.

Finalmente, cabe reseñar que, salvo consentimiento expreso del investigado o autorización judicial, en ningún caso podrían traerse al procedimiento las muestras o informaciones del investigado obtenidas para otros fines. Sólo en caso de delito grave y concurriendo acreditadas razones que lo justificasen, el Juez de Garantías podría autorizar la utilización de las muestras e informaciones obtenidas para un fin diagnóstico, terapéutico o de investigación biomédica.

Este Anteproyecto, sin embargo, vio truncada su incipiente tramitación parlamentaria como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria de elecciones generales mediante RD de 26 de septiembre de 2011, si bien, una vez celebradas éstas, el nuevo Gobierno ha retomado los trabajos de codificación creando al efecto una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de LECrim, mediante Resolución de 8 de marzo de 2012 de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia (Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012).

5. La regulación de las inspecciones e intervenciones corporales en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013

La mencionada Comisión, presidida por el Magistrado del Tribunal Supremo don Manuel Marchena Gómez, hizo entrega en fecha 13 de enero de 2013 de su Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal al Ministerio de Justicia, cuyo titular la hizo pública el pasado 25 de febrero de 2013²³⁷.

En su Exposición de Motivos se sigue considerando “inaplazable” la definición del régimen jurídico de las inspecciones e intervenciones corporales, cuya creación judicial, por más que asuma una visión garantista de la vigencia de los derechos fundamentales, según afirma, no puede reemplazar el principio constitucional de reserva de ley.

Al igual que en el Anteproyecto de 2011, se regulan las inspecciones e intervenciones corporales y la investigación mediante ADN – si bien en un mismo capítulo (III), dividido ahora en dos secciones – entre las diligencias de investigación, que constituyen un Título (II) dentro del Libro (IV) dedicado al proceso ordinario²³⁸.

²³⁷ Propuesta de texto articulado de LECrim que pasa a denominarse, como ocurre en la inmensa mayoría de países, Código Procesal Penal y que, al igual que el anterior Anteproyecto, atribuye la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal. Disponible en la página web del Ministerio de Justicia.

²³⁸ Del mismo modo que con el Anteproyecto, a fin de no resultar demasiado reiterativos, no se hará mención en este apartado a aquellos artículos de la Propuesta que, aun contenidos en el capítulo dedicado a las inspecciones e intervenciones corporales e investigación mediante ADN, ya hayan podido ser comentados o que lo serán en su momento oportuno.

Sin llegar a definir las, el nuevo Código Procesal Penal regula entre las inspecciones, los registros corporales externos (art. 281), los exámenes radiológicos (art. 282) y las exploraciones anales y vaginales (art. 283).

Los registros corporales, externos y superficiales, se llevarán a cabo por los funcionarios de la Policía Judicial a las personas sospechosas de haber participado en la comisión del delito que esté siendo investigado (por tanto, con carácter postdelictual) “cuando existan motivos para suponer que ello puede conducir al hallazgo de instrumentos o efectos del delito u otros objetos que puedan ser relevantes para la investigación de los hechos”.

De modo similar al Anteproyecto de 2011, aunque sin referirse a la inspección corporal del interesado que deja a la vista zonas íntimas de su cuerpo desnudo, se prevé que, si el registro ha de llevarse a cabo palpando el cuerpo del sospechoso o dejando a la vista partes del cuerpo que normalmente están cubiertas por ropa, se efectúe por un agente del mismo sexo que la persona sometida al cacheo y que el registro se desarrolle en un lugar reservado fuera de la vista de terceros, salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes²³⁹.

Y, si bien a continuación se prevé que los registros corporales externos habrán de llevarse a cabo del modo que cause menos perjuicio a la intimidad y a la dignidad de la persona afectada²⁴⁰ (art. 281.3), se admite, en ausencia de consentimiento del sospechoso, su ejecución forzosa contra la voluntad del afectado, “adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad” (art. 281.4).

Obsérvese que no se prevé en este caso, a diferencia de lo que ocurre con los exámenes radiológicos (art. 282.2), acudir al Tribunal de Garantías para obtener una resolución judicial habilitante del uso de la fuerza.

En efecto, la práctica de los exámenes radiológicos parte de su ejecución con consentimiento del sospechoso – consentimiento que la Policía recabará y que el sospechoso deberá prestar en presencia de letrado si se hallare cautelarmente privado de libertad (art. 282.1) –, pero, a falta de consentimiento y mediando petición razonada del Fiscal, el Tribunal de Garantías podrá imponer su cumplimiento forzoso, “fijando en la resolución que dicte las medidas a adoptar con el fin de asegurar la ejecución, siempre con arreglo a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

Autorización del Tribunal de Garantías que habrá de existir en todo caso, previa solicitud razonada del Fiscal y aun cuando medie consentimiento del afectado, “en aquellos casos en que la obtención de las pruebas indispensables para el esclarecimiento

²³⁹ A diferencia del Anteproyecto de 2011 que preveía esta excepción como un caso de riesgo inminente y grave para la integridad de los agentes, pero también del propio afectado o de terceros, el artículo 282.1 sólo se refiere a una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes.

²⁴⁰ A nuestro entender, no debería tratarse de causar el menor perjuicio posible a la dignidad, sino de que ésta quedara incólume en todo caso, esto es, que la medida se llevase a cabo respetando siempre la dignidad de la persona como límite invulnerable frente a la ejecución de la medida.

del hecho investigado exija el examen directo o la exploración de las cavidades vaginal o rectal del encausado” (art. 283).

Sin distinguir ahora expresamente entre intervenciones corporales leves y graves, sigue diferenciando, sin embargo, la Propuesta de Código Procesal Penal entre las intervenciones que tienen por finalidad “extraer cualquier sustancia u objeto alojados en el interior del cuerpo del sospechoso” – cuya práctica exigiría únicamente la administración de anestésicos o sedación – (art. 284.1) y las intervenciones corporales que tienen por objeto “la toma de muestras destinadas a la práctica de análisis médicos o biológicos y que no exijan acceder a zonas íntimas” (art. 284.3).

Estas últimas podrán realizarse mediando consentimiento del sospechoso que, en caso de hallarse cautelarmente privado de libertad, habrá de prestarse con asistencia y previo asesoramiento de letrado. En cambio, las intervenciones consistentes en la extracción de sustancias u objetos del interior del cuerpo exigen siempre autorización judicial, aunque el afectado por la medida hubiera prestado su consentimiento. Sólo si concurrieran razones de urgencia vital que impidieran el aplazamiento de la intervención y el afectado hubiera consentido, el Fiscal podría autorizar su práctica, dando cuenta inmediata al Tribunal de Garantías.

En ausencia de consentimiento, el Fiscal deberá instar, lógicamente, la correspondiente autorización del Tribunal de Garantías exponiendo de forma razonada los motivos que justifiquen su petición.

En cualquier caso, aquí sí se prevé, al parecer como límite infranqueable, que “las intervenciones corporales no podrán llevarse a cabo cuando su ejecución conlleve un quebranto para la salud de la persona afectada o un peligro relevante para la misma” (art. 284.2).

En cuanto a la investigación mediante marcadores de ADN, el artículo 287, relativo a la recogida y obtención de vestigios, viene prácticamente a reproducir el vigente párrafo 3º del artículo 326 LECrim, pero con la importante diferencia de que se atribuye directamente a la Policía Judicial (“de oficio o en ejecución de las instrucciones generales o particulares que le hubieran sido transmitidas por el Fiscal”) – y no al Juez de Instrucción, como hasta ahora – la competencia para adoptar las medidas necesarias para la recogida, custodia y examen de tales muestras biológicas²⁴¹.

Además, sin estipular la entrega de tales muestras al órgano encargado de la investigación, ni la necesidad de autorización para su análisis, se prevé que los datos identificativos obtenidos en el lugar del hecho sean contrastados por la Policía Judicial con los datos obrantes en la base oficial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN (art. 287.3).

Para la obtención de muestras del encausado se parte de su consentimiento²⁴², que deberá prestarse con asistencia y previa asesoramiento de letrado si el afectado se

²⁴¹ Diligencia que se llevará a cabo por miembros de las unidades de Policía científica, por el médico forense o por otro personal especializado, según el apartado 2 del citado precepto.

²⁴² “El encausado podrá ofrecer una muestra auténtica de contraste para su comparación con la obtenida con arreglo a lo dispuesto en el artículo precedente” (art. 288.1).

hallare cautelarmente detenido o privado de libertad, pero previendo asimismo la posibilidad, ya establecida jurisprudencialmente, como tendremos ocasión de exponer más adelante, de que la Policía Judicial pueda intervenir “las muestras abandonadas” por el propio afectado. Posibilidad que, obviamente, dada su facilidad de obtención, y a pesar de que se prevea que no podrán ser obtenidas las muestras del sospechoso mediante engaño, dejará sin efecto la remisión a la toma de muestras mediante la práctica de una intervención corporal (art. 288).

Finalmente, el artículo 289 parece contemplar la posibilidad de realizar “test masivos” al prever que, cuando las circunstancias de la investigación lo aconsejen, puedan ser requeridos para la toma de muestras destinadas a la práctica de un análisis genético que permita la obtención de identificadores de ADN, personas que no hayan sido encausadas, rigiéndose la prestación de su consentimiento y las limitaciones para la toma de muestras por lo dispuesto en la misma sección²⁴³.

²⁴³ Remisión a lo dispuesto en la misma sección que parece dar a entender que cabrá solicitar una intervención corporal en caso de negativa del sujeto – no encausado – a la práctica de la medida y, peor aún, genera la duda de si también cabría intervenir sus “muestras abandonadas” como ocurre con el encausado.

IV. SUJETOS

En el estudio de los elementos subjetivos de las investigaciones corporales debe distinguirse entre sujetos activos y pasivos. A su vez, dentro de los primeros, cabe singularizar los sujetos competentes para ordenar tales medidas – cuyo estudio se reconduce al problema de la exclusividad jurisdiccional como requisito extrínseco subjetivo derivado del principio de proporcionalidad – y los sujetos competentes para ejecutarlas.

1. Sujetos activos

1. 1. *Sujetos competentes para ordenar las investigaciones corporales*

Dada la naturaleza, en el proceso penal, de las injerencias corporales como actos de investigación que afectan, en mayor o menor medida, a diversos derechos fundamentales, deben ser acordadas por la autoridad judicial. La exclusividad jurisdiccional, que se estudiará como requisito extrínseco subjetivo derivado del principio de proporcionalidad, puede tener sus excepciones, como veremos, en razones de urgencia o de riesgo para el éxito de la investigación a favor del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial, en su caso.

Dichas excepciones se admiten únicamente en supuestos de medidas de carácter leve, aunque no existe unanimidad en la doctrina al enumerar las diligencias excluidas de reserva jurisdiccional.

1. 2. *Sujetos competentes para practicar las investigaciones corporales*

Entre otras exigencias específicas relativas a la práctica de las intervenciones corporales²⁴⁴, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, establece:

“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” (f.j.4 F b).

En este orden de cosas, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO exige como requisito ineludible para su admisibilidad que sean practicadas por un médico de

²⁴⁴ Téngase en cuenta que esta resolución limita el concepto de intervenciones corporales a la extracción de determinados elementos externos o internos del cuerpo o en su exposición a radiaciones, considerando graves las susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud o de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por ejemplo, las punciones lumbares o la extracción de líquido cefalorraquídeo (f.j.2 b).

acuerdo con la *lex artis*²⁴⁵. Sin embargo, como advierte DÍAZ CABIALE, existen casos que no requieren la presencia de un médico²⁴⁶.

En efecto, ni todas las intervenciones corporales han de ser realizadas necesariamente por un médico, ni sólo las intervenciones corporales exigen la presencia de un médico²⁴⁷. Así, intervenciones corporales como puedan ser una extracción de sangre, una toma de muestra de saliva o de cabellos no requieren ser practicadas por un médico, sino que es suficiente que sean realizadas por quien tenga la cualificación necesaria²⁴⁸ para llevarlas a cabo cuando la misma sea exigible, como es el caso de la venopunción, a realizar por una enfermera o auxiliar de enfermería y no por un médico. La presencia de este último sólo resultará necesaria cuando se trate de una medida de investigación corporal que por su naturaleza lo requiera, como pueda ser un examen ginecológico. En los demás casos, ciertamente, no parece necesaria tal cualificación para llevar a cabo la medida, bastando su realización por personal paramédico y, a veces, ni siquiera es imprescindible tal personal, aunque resulte recomendable su intervención²⁴⁹.

Una vez más, no puede darse una regla general para todo tipo de investigaciones corporales, sino que hay que estudiar caso por caso. Así, en el caso de una inspección corporal no parece, en principio, necesaria su práctica por un médico, ni siquiera cuando afecte a zonas íntimas del cuerpo, puesto que el examen del cuerpo en que la medida consista puede llevarse a cabo por personas sin conocimientos médicos. Cuestión distinta es que por cuestiones de pudor se practique por personal médico o paramédico y

²⁴⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., págs. 290-291. MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 180, exige que se practique siempre por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona.

²⁴⁶ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit. pág. 73, nota 4, quien cita como ejemplo los análisis de sangre.

²⁴⁷ Como advierte ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 311, no cabe interpretar restrictivamente dicho requisito de forma que se excluya la intervención médica en inspecciones y registros corporales tales como los electrocardiogramas, los exámenes ginecológicos o las inspecciones anales o vaginales.

²⁴⁸ En este sentido, el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN exigía, en su artículo 7, que la toma de muestras biológicas de referencia procedentes de las personas sometidas a un procedimiento criminal o a los sospechosos de la comisión de un delito o de las víctimas de los delitos que se investigasen fuese llevada a cabo por “personal cualificado”, sin especificar la categoría profesional precisa. En cambio, para la recogida de muestras halladas en la escena del delito o en el cuerpo de la víctima habilitaba tanto a la Policía Judicial como al Médico Forense y a “otros expertos cualificados” en condiciones que garantizasen su autenticidad con arreglo a lo previsto en la LECrim.

²⁴⁹ Como advierte José Antonio LORENTE ACOSTA: *Un detective llamado ADN. Tras las huellas de criminales, desaparecidos y personajes históricos*, Madrid, 2004, pág. 128, aunque el manejo de muestras biológicas puede ser practicado por personal médico o paramédico, en la actualidad existen alternativas que permiten tomar muestras de sangre, saliva o pelos sin que sea necesaria la presencia de especialistas. Así, salvo el supuesto de la venopunción para extracción de sangre que sí requiere personal paramédico, ni la punción de los dedos de la mano, ni la toma de muestras de saliva ni la recogida de cabellos requiere la colaboración de personal médico o paramédico.

del mismo sexo que el sujeto afectado por la medida cuando la inspección recaiga sobre sus zonas íntimas.

En el caso de los registros anales o vaginales, en cambio, sí resulta exigible su práctica por un médico, en atención a las lesiones que pudieran causarse y la zona del cuerpo afectada.

En el Anteproyecto de LECrim de 2011 se preveía que las inspecciones corporales, concebidas como reconocimientos externos que, en principio, no suponían injerencia física en el cuerpo del afectado, podrían llevarse a cabo por los agentes de policía por su propia autoridad. Con todo, y aunque la persona que fuese a ser sometida a la inspección prestase su consentimiento, si la inspección requería que el interesado se desnudase dejando a la vista zonas íntimas de su cuerpo o partes del mismo que normalmente no se encuentran al descubierto o consistiese en la palpación del cuerpo, directamente o a través de la ropa, la diligencia debería practicarse por un agente del mismo sexo que la persona inspeccionada y en un lugar reservado evitando que su ejecución pudiera ser observada por otras personas, salvo en caso de riesgo inminente y grave para la integridad de los agentes, del propio afectado o de terceros (artículo 256.2.a).

En cambio, cuando la inspección requiriese la realización de un examen radiológico o cuando fuese precisa la observación directa o la exploración de las cavidades vaginal o rectal del afectado se llevaría a cabo por personal sanitario, debiendo ser autorizada la primera por el Ministerio Fiscal y la segunda por el Juez (artículo 256.2.b y c).

Y por lo que se refiere a la intervenciones corporales, consistentes en la extracción de sustancias o elementos o en la toma de muestras del cuerpo humano, el Anteproyecto distinguía a su vez entre leves y graves, pudiendo practicarse las primeras con autorización previa del Ministerio Fiscal cuando el afectado no prestase su consentimiento y requiriendo, en tal circunstancia, las segundas, autorización previa del Juez de Garantías y su práctica por personal médico o sanitario cualificado, según el método de intervención técnicamente idóneo, en la clínica médico forense o en el centro médico o sanitario adecuado²⁵⁰.

En términos prácticamente idénticos, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 prevé que los registros corporales externos se lleven a cabo por funcionarios de la Policía Judicial y que, si el registro ha de llevarse a cabo palpando el cuerpo del sospechoso o dejando a la vista partes del mismo que normalmente están cubiertas por ropa, la diligencia se practique por un agente del mismo sexo que la persona sometida al cacheo y el registro en un lugar reservado fuera de la vista de terceros, salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes (artículo 281.1 y 2).

²⁵⁰ Circunstancias respecto de las cuales nada preveía el precepto dedicado a las intervenciones corporales leves dirigidas a la obtención de cabellos, uñas, saliva u otras muestras biológicas que no exigen acceder a zonas íntimas de la persona ni causar mayor dolor o sufrimiento que la molestia superficial inherente al procedimiento de toma de la muestra, por lo que cabía entender que, al igual que las inspecciones corporales, podrían llevarse a cabo por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En cambio, el examen radiológico, la exploración y observación de las cavidades vaginal o rectal del encausado y las intervenciones corporales se llevarán a cabo por personal sanitario (artículo 285).

En definitiva, la necesidad de la práctica de la medida por un médico dependerá de la naturaleza de la injerencia y de su gravedad, sin que quepa establecer, a priori, como regla estándar su intervención en todas y cada una de estas medidas. En este sentido, ETXEBERRIA GURIDI propone como criterio para determinar la necesidad de intervención médica el de la habitualidad, según el cual “sería precisa la intervención de un médico en todos aquellos casos en que, siendo investigaciones corporales sencillas, son *usualmente practicadas por un médico*”²⁵¹. Personal médico que habrá de actuar con arreglo a la *lex artis*²⁵².

Por otra parte, los supuestos de investigaciones preprocesales realizadas por razones de urgencia o de riesgo para la investigación se llevarán a cabo por la autoridad competente siempre que se trate de medidas que por su naturaleza y levedad de la injerencia lo permitan²⁵³. Así, los cacheos se practicarán por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículos 18 y 19 LOSC) y la prueba de alcoholemia consistente en la verificación de aire espirado mediante etilómetros se practicará por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico (artículos 12.2 LSTV y 22.1 RGC). Igualmente, las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores a vehículos de motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica y sujeción a lo previsto en las normas de seguridad vial, según establece ahora la regla 7ª del apartado 1 del artículo 796 LECrim, en la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal.

En cambio, las pruebas para la detección de sustancias estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas consistentes en el reconocimiento médico de la persona obligada y en análisis clínicos deberán practicarse por el médico forense u otro titular experimentado, o personal facultativo del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladado el sujeto afectado por la medida

²⁵¹ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 323-324, afirma que “la reserva en beneficio del personal médico no obedece sólo a la exigencia de conocimientos específicos sobre la materia o a la habitualidad en la práctica, sino que en gran medida se unen las exigencias derivadas del respeto a la dignidad del individuo que ha de soportarlas”.

²⁵² Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 325, esta referencia “sirve para excluir la posibilidad de aplicar métodos de investigación novedosos acerca de cuya ejecución práctica no se haya aceptado todavía un reconocimiento general o para prohibir los experimentos sobre o con el cuerpo del inculgado”.

²⁵³ En cualquier caso, desde el punto de vista de la eficacia probatoria de la medida, deberá tenerse en cuenta que, según la STS de 1 de junio de 2001, núm. 995/2001, “la vulneración del derecho que invalida la prueba obtenida no tiene por qué ser cometida de propia mano por la autoridad”. En el caso analizado, el testigo se provocó el vómito a sí mismo en las dependencias policiales expulsando un envoltorio de plástico termosellado conteniendo heroína que había adquirido del acusado: “Por lo tanto, estando el testigo bajo el dominio de la Policía, dentro de instalaciones policiales y sin que sepa a ciencia cierta si dada la cantidad de droga ingerida corría o no peligro, la constancia del consentimiento emitido para la expulsión provocada de la papelina ingerida era de capital importancia para enjuiciar la legalidad de la medida” (f.j.único).

(artículo 28.1.1 RGC). Todas estas pruebas podrán repetirse a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, a efectos de contraste, y consistirán en análisis de sangre, orina o análogos²⁵⁴.

La exigencia de personal médico o sanitario tiene por finalidad prioritaria preservar la salud de la persona afectada, pero también su dignidad e intimidad corporal atendida la zona afectada por la medida²⁵⁵. Por ello, estos requisitos, derivados de la afectación a la integridad física, según la citada STC 207/1996 (f.j.4), no deben interpretarse en sentido estricto excluyendo la presencia de personal médico en las inspecciones y registros corporales²⁵⁶. Su intervención garantiza el respeto al pudor o vergüenza de la persona afectada. Por esta razón, en los casos en que no es posible su presencia, como en los cacheos, se exige al menos que sean practicados por persona del mismo sexo²⁵⁷.

Por otra parte, tampoco cabe desconocer, a nuestro entender, que puede resultar menos agresiva para el sujeto afectado, desde un punto de vista psicológico, si se quiere, la práctica de la medida por personal médico o paramédico que por agentes de la autoridad, aunque realmente éstos puedan llevar a cabo la misma sin ningún tipo de problema por su formación o especialidad, como por ejemplo, una toma de muestra de saliva mediante hisopos estériles. Supuesto en que es más trascendente la conservación de la muestra obtenida que su adquisición.

²⁵⁴ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 312, destaca la imprecisión terminológica utilizada por el Reglamento General de la Circulación (“personal facultativo del Centro Médico” en los art. 22.3 y 23.2, “personal facultativo” del “Centro sanitario” en el art. 23.4 y “personal sanitario” en el art. 26) dado que no es irrelevante la condición o categoría del personal encargado de practicar la intervención y puede incidir en el valor probatorio del resultado obtenido.

²⁵⁵ Para HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 398, la práctica de las intervenciones corporales por personal cualificado asegura el respeto a la dignidad y pudor de la persona por lo que, en caso de no ser posible su intervención, deberán realizarse a presencia judicial. ETXEBERRIA GURIDI: “La intervención médica en las diligencias procesales de investigación”, cit., págs. 168-170, advierte que, junto a los supuestos fundados en los conocimientos especializados del médico o en el aspecto garantista de su actuación respecto del pudor o recato, existen otros fundamentados en la positiva consideración social que merece dicha profesión, citando como ejemplo la apreciación de determinados rasgos característicos que permitan identificar al posible imputado (cicatrices, heridas, manchas cutáneas...). Por las mismas razones, los centros sanitarios u hospitalarios son los lugares idóneos para su ejecución. Así, el mismo autor en *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 399-400.

²⁵⁶ Téngase en cuenta que según la citada sentencia, en las inspecciones y registros corporales, en principio, no resulta afectado el derecho a la integridad física, “pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico)” (f.j.2 a), en el que se exigía la intervención de un médico (f.j.7).

²⁵⁷ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 399-400. Para DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit. págs. 86-87, el derecho a ser cacheado por alguien del mismo sexo es una condición exigida por el derecho fundamental a la integridad física el cual no impide la realización del acto de investigación, pero sí exige cómo ha de desarrollarse el mismo.

Así pues, no puede sostenerse sin más que las intervenciones corporales que puedan acordarse al amparo de lo dispuesto en el artículo 363 LECrim para la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN hayan de llevarse a cabo, en todo caso, necesariamente por un médico. La necesidad o innecesariedad de su presencia dependerá de la naturaleza de la medida que se acuerde, pero, como venimos exponiendo, pueden tomarse perfectamente tales muestras sin intervención médica. Sólo en el caso de la venopunción para extracción de sangre se precisaría de personal paramédico.

Cuestión distinta es la intervención de personal especializado para garantizar la conservación de la muestra y su remisión al laboratorio correspondiente conforme a los protocolos de actuación establecidos sobre el particular asegurando la cadena de custodia²⁵⁸. Por todo ello, la persona más idónea para ejecutar la medida acordada será, en la mayoría de ocasiones, el/la médico forense del Juzgado.

Por ello, IGLESIAS CANLE considera suficiente que los análisis genéticos previstos en el artículo 363 LECrim, en la medida que consistan en una mínima intervención corporal, se practiquen por personal especializado que asegure una adecuada observancia de la cadena de custodia desde el momento de la obtención de la muestra biológica hasta la realización del pertinente análisis genético sobre la misma²⁵⁹.

Sin embargo, en este punto, la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, ha venido a establecer en su disposición adicional 3ª a la Policía Judicial como sujeto competente no sólo para la recogida de huellas o vestigios biológicos que puedan hallarse en el lugar del delito, como ya se preveía en el párrafo 3º del artículo 326 LECrim, si bien, en este último por orden de la autoridad judicial, sino también para la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, siempre que consienta el sujeto afectado

²⁵⁸ En este sentido, deberá estarse a la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Así, por ejemplo, para la toma de muestras de referencia de personas vivas para estudios de identificación genética establece las siguientes reglas:

a) Epitelio bucal. Para la toma de muestras se frotará la cara interna de los carrillos y encías con dos hisopos estériles secos. Los hisopos serán introducidos en cajas de cartón específicas para hisopos. En caso de empaquetar estas cajas se deberán dejar secar los hisopos al menos una hora, para evitar la degradación del ADN.

b) Sangre. Se recogerán 5 ml de sangre en un tubo con EDTA como anticoagulante. Enviar refrigerado.

c) Pelos arrancados con raíz. Se usarán para comparación morfológica. Se tomarán tres pelos de cada región anatómica que representen la variabilidad morfológica de los pelos del sujeto. El número total de pelos no será inferior a diez. Los pelos serán introducidos en diferentes sobres de papel convenientemente etiquetados.

d) En personas transfundidas recientemente y/o con trasplantes de médula ósea, es obligatoria, como muestra de referencia, una toma bucal, además de la sangre.”

²⁵⁹ Inés IGLESIAS CANLE: “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: la quiebra del principio de legalidad”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, (Dir. Nicolás González-Cuéllar Serrano), págs. 180-181. Postula, además, la presencia del abogado defensor en la práctica de la pericia y el derecho a nombrar un perito que intervenga en el acto pericial, a fin de garantizar la contradicción y el derecho de defensa en el momento de obtención de la muestra.

por la medida, pues, en otro caso, remite a la necesaria autorización judicial mediante auto motivado de acuerdo con lo establecido en la LECrim²⁶⁰.

No parece, en principio, que ello sea lo más respetuoso con los derechos fundamentales del sujeto afectado por la medida. Sujeto al que se refiere ahora la citada ley como “sospechoso, detenido o imputado”, reconduciéndose, en definitiva, la práctica de la medida a su consentimiento, pero sin especificar en absoluto en qué términos deba ser recabado dicho consentimiento, con qué información previa sobre la necesidad de la medida y, sobre todo, de sus consecuencias²⁶¹. Todo ello sin olvidar el aspecto intimidatorio que puede suponer para el sujeto afectado su situación en ese momento, sin contar con ningún tipo de asesoramiento legal llegado el caso.

Lo cierto es que, en la práctica, la policía “invita” a llevar a cabo la medida al “sospechoso, detenido o imputado” quien manifiesta su consentimiento por escrito estampando su firma en un formulario “ad hoc”. A nuestro entender, dicho consentimiento debería prestarlo asistido de letrado, a fin de asegurar que ha entendido perfectamente cuál es su situación, el por qué de la medida y las consecuencias que de su práctica pueden derivarse para él tanto si la consiente como si no. Asistencia letrada que los tribunales niegan al simplemente sospechoso y sólo consideran necesaria para el caso del detenido²⁶².

²⁶⁰ En parecidos términos, el artículo 263 del Anteproyecto de LECrim de 2011 establecía que para la obtención de los perfiles identificativos de ADN del investigado no sería necesaria la autorización del Juez de Garantías si el interesado prestaba su consentimiento, debiendo estarse a lo dispuesto en materia de inspecciones e intervenciones corporales cuando la obtención de la muestra requiriese la realización de una inspección o intervención corporal, olvidando que mediante una inspección corporal no puede obtenerse una muestra de ADN, sino que para ello sería necesario, según su propia regulación, una intervención corporal leve.

La Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 parte también del consentimiento del encausado en la toma de muestras – consentimiento que si se hallare cautelarmente detenido o privado de libertad deberá prestarse con asistencia y previo asesoramiento de letrado –, remitiendo a la regulación de las intervenciones corporales cuando fuera necesaria su práctica (art. 288). Con todo, prevé asimismo la posibilidad de que la Policía Judicial pueda intervenir las muestras abandonadas por el propio afectado, por lo que es de suponer que, dada la facilidad en obtener estas últimas, en la práctica, la medida de intervención corporal judicialmente autorizada devendrá excepcional.

²⁶¹ Sobre este particular, el Anteproyecto de LECrim de 2011 preveía que toda persona que hubiera de facilitar muestras biológicas para la realización de análisis genéticos encaminados a obtener los marcadores de ADN, antes de prestar su consentimiento, fuese informada de manera comprensible del fin para el que la muestra había de ser obtenida, de los análisis que hubieran de realizarse sobre ella y de los datos que pretendían obtenerse con los mismos. No se concretaba si tal información había de realizarse por escrito y por quien y no se consideraba necesaria la asistencia letrada para prestar tal consentimiento, ni siquiera en el caso de que la persona afectada por la medida se encontrase detenida siempre que no se utilizasen otros medios o instrumentos distintos del frotis bucal (artículo 265).

En cambio, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 no contiene mención alguna a la necesidad de informar al afectado por la medida, ni a los requisitos que deba reunir su consentimiento para ser considerado válido y eficaz, aunque sí prevé que no podrán ser obtenidas las muestras del sospechoso mediante engaño (art. 288.2) y que, en caso de encontrarse cautelarmente detenido o privado de libertad, su consentimiento deberá prestarse con asistencia y previo asesoramiento de letrado (art. 288 *in fine*).

²⁶² Estas son las dos situaciones que debiera contemplar, en realidad, la norma citada, sin incluir la figura jurídica del imputado, pues, como expondremos a continuación, una tal situación sólo se produce cuando la imputación proviene del órgano jurisdiccional, no de la policía. Y no cabe alegar que se está pensando en un imputado judicialmente sobre quien el juez ha acordado una toma de muestras biológicas, pues el inciso segundo de la citada disposición adicional desmiente tal posibilidad al prever el recurso a la

Por último, cabe reseñar que en los procesos de filiación, la STC 7/1994, de 17 de enero, tras establecer que en ningún caso puede disponerse la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud, afirma: “En cualquier caso la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos”²⁶³.

2. Sujetos pasivos

2. 1. *El imputado*

De forma unánime, se afirma que las intervenciones corporales son aplicables sobre el imputado²⁶⁴. Dicho concepto ha de entenderse en sentido genérico, como

autoridad judicial cuando no consienta el sujeto afectado, lo que induce a pensar que el Juzgado todavía no ha iniciado sus diligencias, pues, en caso contrario, debe ser el juez quien se pronuncie sobre la necesidad de la medida y, en su caso, la acuerde mediante auto motivado. Por todo ello, la regulación establecida por la LO 10/2007 más bien parece una fórmula para eludir el requisito de la intervención judicial bajo el paraguas del consentimiento del sujeto afectado por la medida, sea cual sea su condición. Y aún restará por ver si, ante la negativa del afectado, la policía judicial optar por solicitar la autorización judicial o, antes bien, prefiere acudir al expediente de la toma subrepticia de muestras, cuya práctica, como tendremos ocasión de exponer, ha sido avalada por el Tribunal Supremo.

²⁶³ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”, *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, pág. 374, crítica la alusión a personal sanitario y la exigencia de que la ejecución deba realizarse en centros de carácter público. Considera inocua la expresión “personal sanitario” y se pregunta por la calificación profesional que deberá tener dicho personal sanitario, así como por las consecuencias de la prueba obtenida por un “no sanitario”. Asimismo, considera posible realizar la prueba tanto en un centro público como privado siempre que reúnan “altura científica, solvencia técnica, preparación y seriedad profesional y ética”. Comparte esta crítica, BUJOSA VADELL: “El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, cit., pág. 184. También, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 400. Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE: “Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, 1995, págs. 26-27, considera la exigencia de tratarse de un centro hospitalario público “impertinente y contraria a la libertad de opción del sujeto cuyo reconocimiento resulta exigible constitucionalmente si no afectare a las garantías procesalmente previstas para la objetividad e imparcialidad de la pericia.”

²⁶⁴ Así, ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 137; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 293; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 167; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., págs. 58-59 y, en idénticos términos, respecto al análisis de ADN en “La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal”, cit., pág. 891, afirma que “lo normal será que dicha intervención se produzca sobre una persona que deberá ser, al menos, „sospechosa” de la comisión pasada o futura de un hecho delictivo”, pues entiende que “la adopción de una medida de intervención corporal no tiene nunca carácter autónomo, sino instrumental o subordinado y necesario para la investigación de un hecho punible de cuya realización -acontecida o por acontecer- existan indicios de alguna entidad” (la cursiva es nuestra, para resaltar que, con ello, dicho autor parece admitir las intervenciones corporales como medidas predelictuales). DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 76; ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 188; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 370. Como dice ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones*

persona sometida a una investigación o proceso penal²⁶⁵, pues, como es sabido, la situación jurídica del sujeto pasivo del proceso penal atraviesa diversas fases a lo largo del proceso en las que recibe distintas denominaciones²⁶⁶. Con ello se quiere significar que las medidas de investigación corporal pueden aplicarse sobre el sujeto pasivo del proceso penal²⁶⁷ aunque técnicamente no sea ya imputado sino procesado, acusado o, incluso, condenado²⁶⁸.

Téngase en cuenta que la cuestión terminológica no es intrascendente desde un punto de vista procesal, pues comporta la concurrencia de determinados requisitos para su configuración y momentos temporales distintos²⁶⁹.

corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, cit., pág. 326, nota 204, el imputado será el destinatario natural de las diligencias de intervención corporal.

²⁶⁵ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., págs. 146-147, aplica este concepto incluso a las medidas que por su naturaleza y finalidad se practican con anterioridad a la incoación de un procedimiento formal. Para este autor, la limitación de derechos fundamentales exige una imputación determinada frente al sujeto contra quien se pretende dirigir la medida de intromisión. Dicha imputación “ni se puede considerar uniforme en cualquier caso, ni ha de ser la misma en cada restricción de derechos o fase de éstos por lo que, parece, la depuración del concepto precisa la determinación de unas pautas generales que la ley y la jurisprudencia han de ceñir escalonadamente a los supuestos concretos que se les planteen”.

²⁶⁶ Como advierte José Antonio del OLMO DEL OLMO: *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Madrid, 1999, págs. 24-26, aun cuando frecuentemente sean usados como términos equivalentes “imputado” e “inculcado”, parece técnicamente más correcto utilizar el primero para referirse al sujeto pasivo del proceso penal en sus inicios, dadas las connotaciones culpabilísticas del segundo, cuya atribución exigiría una resolución de imputación formal. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LO 7/2002, de 5 de julio, que introdujo el nuevo artículo 118 bis en la LECrim, recordaba que la atribución del estatuto de imputado no precisa de suplicatorio y que la autorización parlamentaria se requiere tan sólo para “inculpar” o “procesar” a los Senadores o Diputados, pero no para “imputar”.

²⁶⁷ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 215; ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 326-328.

²⁶⁸ Hay que advertir, sin embargo, que la consideración como injerencias corporales de las diligencias practicadas sobre el cuerpo del reo, condenado por sentencia firme, supone una conceptualización amplia de las intervenciones corporales, no restringida a finalidades indagatorias. Admiten este supuesto como intervención corporal GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., págs. 89-100 y “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, cit., págs. 111-122; URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO: *La prueba ilícita penal*, cit., págs. 102-103; ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 327-328, con más reservas; MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., págs. 115-117. En este orden de cosas, cabe reseñar que si bien el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN establecía como perfiles genéticos susceptibles de ser incluidos en la base de datos los que correspondiesen a los condenados por delitos dolosos aun cuando la resolución no fuese firme previendo, no obstante, la inclusión, por orden judicial, de las identificaciones de los procesados no condenados por haber sido declarados en rebeldía o por haber concurrido alguna causa de inimputabilidad o de inculpabilidad (art. 17), lo cierto es que la actual LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, no contempla tal posibilidad, limitándose a citar como incluíbles en la misma los perfiles de ADN de sospechosos, detenidos o imputados.

²⁶⁹ Así, ETXEBERRIA GURIDI: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 167-169. Con todo, advierte NIEVA FENOLL: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 80, que

Se entiende por imputado²⁷⁰ en una acepción muy general, la parte pasiva del proceso penal²⁷¹ y, más concretamente, “aquella persona a la que se le atribuye en el marco de un proceso penal la realización de hechos que revisten los caracteres de delito”²⁷². Imputación que ha de provenir, por tanto, del órgano judicial²⁷³. En este sentido, la STS de 19 de febrero de 2001, núm. 220/2001, establece que “imputación en sentido técnico es sólo el ejercicio de la acción penal por un sujeto institucional investido de una posición de poder judicial que le habilita para, en presencia de una noticia de delito contra persona determinada, instaurar un proceso o actuar en uno ya en curso constituyéndola en el status de imputado, que implica el sometimiento a investigación en un marco de garantías presidido por el principio de presunción de inocencia.” (f.j.1)

Ello comporta, como acertadamente remarca RENEDO ARENAL, negar la consideración de imputado a todo sujeto al que se le atribuyen unos hechos por un órgano no judicial, en una fase preprocesal y prejudicial, en el sentido de

designar de forma distinta al acusado en las distintas fases del proceso penal, pese a ser muy práctico para saber en qué fase del proceso nos encontramos, puede resultar perjudicial para la presunción de inocencia.

²⁷⁰ Término que, por cierto, desaparecía en el Anteproyecto de LECrim de 2011 para ser sustituido en un procedimiento de investigación dirigido por el Ministerio Fiscal (art. 425) por el de “investigado” a quien se conceptuaba como la persona determinada respecto de la cual resultan de las actuaciones indicios que permiten atribuirle la realización de un hecho punible (art. 464.1). Término que la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 sustituye por el de “encausado” para, según su Exposición de Motivos, “evitar el estigma social que acompaña al término imputado”, definiendo como “sujetos encausados”, un tanto tautológicamente, en su artículo 46, a “todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la Ley y sean investigados o encausados en el proceso penal”.

²⁷¹ José María ASECIO MELLADO: “El imputado en el proceso penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 62. Como “parte pasiva necesaria del proceso penal” lo define MORENO CATENA, con CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 109: parte, en cuanto actúa en el proceso por un derecho propio; pasiva, porque ocupa la posición contraria a quienes ejercen la acción penal y, necesaria, en la medida que si no existe persona contra quien se dirija la acusación, no podrá entrarse en el juicio.

²⁷² SERRA DOMÍNGUEZ: “El imputado”, cit., pág. 673. Concebida la imputación en sentido amplio, como la atribución de unos hechos punibles a una persona concreta, según OLMO DEL OLMO: *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, cit., pág. 26, “se puede considerar a dicha situación como equivalente a la *sospecha* de la participación de una determinada persona en la comisión de un hecho punible”. Para este autor, “la imputación, entendida en sentido amplio, ha de englobar tanto a la imputación judicial como a la extrajudicial”, aunque advierte, no obstante, de conformidad con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional que la imputación debe ser concebida desde un significado más restringido, dados sus distintos efectos procesales.

²⁷³ Se opta así por un concepto estricto de imputado como persona física determinada a la que se atribuye, a través de un acto procesal y en el curso de un procedimiento, participación en unos hechos aparentemente delictivos, circunstancia que lo convierte en parte pasiva del proceso y le confiere un estatuto jurídico propio que le permite intervenir activamente en dicho proceso y ejercer su derecho de defensa en toda su plenitud. Sobre los problemas terminológicos que plantea el iter procesal del sujeto pasivo del proceso en las diversas fases del mismo y en los distintos tipos de proceso existentes, así como sobre las diferentes acepciones del término imputado, vid. RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., págs. 147-209.

prejurisdiccional, cuando el proceso todavía no se ha incoado y no se ha constituido, por tanto, la relación jurídico procesal²⁷⁴.

La atribución judicial de la condición de imputado²⁷⁵ se configura en la actualidad como una garantía en cuanto confiere la calidad de sujeto procesal, titular de derechos y obligaciones procesales, especialmente, del derecho de defensa²⁷⁶ y sus

²⁷⁴ RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., pág. 206. Así también, CORTÉS DOMÍNGUEZ, con MORENO CATENA: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 143. En contra, GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 389-392, para quien la atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible en que consiste la imputación puede efectuarse tanto en un acto de iniciación de la instrucción como a lo largo de la fase instructora, por lo que, atendiendo al sujeto que la realiza, dicha imputación puede provenir del personal colaborador de la Jurisdicción (Policía Judicial y Ministerio Fiscal), de parte (denunciante o acusador particular) o del Juez de Instrucción (judicial), la cual puede ser, a su vez, provisional, cuando asume la imputación de parte o del personal colaborador, y definitiva, cuando posibilita la apertura del juicio oral contra el imputado.

²⁷⁵ La condición de imputado se adquiere, a partir del artículo 118 LECrim, cuando se verifica alguna de las siguientes situaciones: 1) La detención preventiva o cualquier otra medida cautelar; 2) El auto de procesamiento; 3) La admisión de denuncia o querrela; 4) Cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas. Sobre estas dos últimas situaciones, vid., además de la STC 135/1989, de 19 de julio (f.j.3), ASENCIO MELLADO: “El imputado en el proceso penal español”, cit., págs. 71-75 y, más genéricamente, su *Derecho procesal penal*, cit., págs. 64-70. Vid. también, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 208-215, y OLMO DEL OLMO: *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, cit., págs. 30-33, quien cita como actuaciones o resoluciones que determinan la imputación (en sentido amplio) de una determinada persona la 1, la 3 y la 4, distintas del auto de procesamiento como acto de imputación formal que exige un mayor grado de convicción en el juez instructor y se manifiesta a través de una resolución judicial específica y fundada. Por tanto, cuando se dicta, el sujeto pasivo de la medida ya habrá adquirido con anterioridad la condición de imputado en virtud de alguno de los modos de atribución de tal carácter antedichos. Así también, RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., págs. 369-392, quien defiende frente a los actos de imputación “implícita” la necesidad de una resolución o acto expreso de imputación que plasme el juicio de convalidación de la sospecha llevada a cabo por el órgano judicial antes de iniciar la instrucción.

²⁷⁶ Como se expone en la STC 44/1985, de 22 de marzo, “en el proceso penal hasta la publicación de la Ley de 4 de diciembre de 1978, que redactó de nuevo el art. 118 LECr., sólo se permitía la intervención del inculcado en las actuaciones sumariales, ejercitando su derecho de defensa, desde que era sometido a la condición de procesado; pero dicha Ley, aunque de carácter preconstitucional, acomodó el proceso penal a los principios esenciales que concedía a todos los ciudadanos el art. 24 CE. Es decir: el derecho a obtener la tutela judicial de los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión; el derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado; el derecho a ser informado de la acusación formulada, y por fin, el derecho a ser sometido a un proceso público con todas las garantías.

Dicho art. 118 LECr., reconoció la nueva categoría del “imputado” a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que este sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de denuncia o querrela o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

Con el reconocimiento de la condición de imputado, y de los derechos de defensa que se le otorgan al mismo dentro del proceso penal, se colocó a las partes en él interesadas en un plano de equiparación y de contradicción, evitando la supremacía y preponderancia de las partes acusadoras que, con anterioridad, agravaba la posición de los inculcados. Derecho de defensa que sólo podrá restringirse en los supuestos especiales y extraordinarios que exija la investigación según las leyes procesales, y si resulta indispensable a tal fin. Pero fuera de estos supuestos excepcionales, el derecho a la defensa del imputado se ostenta con carácter absoluto en todas las fases que componen el proceso...” (f.j.3).

instrumentales²⁷⁷ y limita objetivamente la investigación penal a unos hechos concretos²⁷⁸. La imputación implica, pues, una doble concreción, subjetiva (una persona determinada) y objetiva (unos hechos concretos)²⁷⁹.

Atribuida la condición de imputado, tras efectuar el juez de instrucción una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación – cualquiera que sea su procedencia – de un hecho punible contra persona determinada, debe ponerle de forma inmediata en su conocimiento dicha imputación – salvo incomunicación o secreto sumarial – y permitirle o proporcionarle asistencia letrada.

El estatuto jurídico que origina la condición de imputado comprende, asimismo, su situación como objeto de prueba. Concretamente, en la materia que nos ocupa, aparecerá como instrumento²⁸⁰ de la actividad probatoria en tanto que su cuerpo como entidad física sea objeto de actos de investigación²⁸¹.

²⁷⁷ Carácter instrumental respecto al derecho de defensa tiene el conocimiento de la imputación oportunamente, de modo que si esa información no se realiza, se vulneran las garantías exigibles en la obtención de las pruebas, determinando su ilicitud. Es el supuesto contemplado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, de 3 de marzo de 2000, f.j.3, que consideró viciado el consentimiento del sujeto pasivo de la medida acordada (extracción de sangre para posterior cotejo de ADN) por cuanto no se le había informado con anterioridad de los hechos imputados y de los derechos inherentes a toda imputación y de la posibilidad de negarse a la práctica de la prueba (ello con independencia de la exigua fundamentación del auto que adoptaba la medida, previamente acordada por simple providencia, notificado, por cierto, al interesado el mismo día que se procedió a la extracción). En definitiva, el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho de defensa en la fase de investigación. Sobre la exigencia de la inmediatez de la comunicación de la imputación, vid. SSTC 135/1989, de 19 de julio (f.j.3) y 186/1990, de 15 de noviembre (f.j.5), cuya doctrina consolidada reiteran, entre otras, las sentencias 128/1993, de 19 de abril (f.j.3); 129/1993, de 19 de abril (f.j.2); 152/1993, de 3 de mayo (f.j.2); 273/1993, de 20 de septiembre (f.j.2); 277/1994, de 17 de octubre (f.j.2). Por tanto, el otorgamiento tardío de la condición de imputado, con la consiguiente realización de la instrucción a sus espaldas, genera indefensión, considerándose, no obstante, una mera irregularidad procesal si no se ha producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (indefensión material). Así, SSTC 100/1996, de 11 de junio (f.j.4); 54/1991, de 11 de marzo (f.j.3); 118/2001, de 21 de mayo (f.j.3).

²⁷⁸ ASENSIO MELLADO: “El imputado en el proceso penal español”, cit., págs. 67-68. Con todo, advierte CORTÉS DOMÍNGUEZ, con MORENO CATENA: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 143-144, que el estatus jurídico procesal de imputado, conforme al artículo 767 LECrim, se adquiere también desde la detención, aunque sea practicada por la Policía Judicial u ordenada por el Ministerio Fiscal, e incluso desde el mismo momento en que se inicia la investigación preliminar contra persona determinada. Desde ese momento, “el acusado, que no es técnicamente un imputado, tendrá el mismo derecho de defensa que éste y con el mismo contenido”. Téngase en cuenta que para este autor el ejercicio de la acción penal por parte de los ciudadanos o del Ministerio Fiscal supone acusación y sirve para poner en marcha el proceso, por lo que la persona a la que se atribuyen los hechos punibles objeto de denuncia o querrela es “acusada”. Acusación que debe ser reconocida judicialmente para someter al “acusado” al proceso mediante el acto formal de imputación.

²⁷⁹ Imputación que, en el Anteproyecto de LECrim de 2011, se sustituía por un acto de comunicación provisional de cargos denominado “primera comparecencia del investigado” en el que el fiscal habría de informarle de manera clara y precisa de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica provisional (artículo 464). En parecidos términos, en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, se prevé que, desde que resulten de las actuaciones indicios de responsabilidad por la comisión del delito contra una persona, grupo o ente determinado, el Ministerio Fiscal cite al encausado a una primera comparecencia a para comunicarle la imputación (art. 260).

²⁸⁰ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 370. También para GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*,

El juicio de imputación²⁸² que implica la condición de imputado justifica, desde el punto de vista del principio de idoneidad, la utilización de su cuerpo como medio de prueba²⁸³. El problema surge cuando se realizan actos de investigación sin que la persona afectada haya adquirido la condición de imputado, esto es, cuando se trata de actos de investigación prejudiciales.

En estos supuestos, como afirma HUERTAS MARTÍN, debería informarse de modo claro a la persona sometida a tales investigaciones “de las diligencias que contra ella se siguen, las consecuencias que de ellas se pueden derivar y los derechos que en ellas le asisten”, máxime cuando su resultado puede utilizarse posteriormente en un proceso como prueba preconstituida²⁸⁴.

En cambio, el Tribunal Supremo ha considerado admisible una intervención corporal sobre quien todavía no ha adquirido la condición de imputado. Así, en sentencia de 18 de diciembre de 2001, núm. 2461/2001, admitió una extracción de saliva, como diligencia de investigación, sobre una persona aún no imputada, precisamente con la finalidad de determinar la imputación, lo que, a nuestro modo de entender, como expondremos y a la luz del citado artículo 118 LECrim, resulta

cit., pág. 27, es instrumento de la prueba, pues se pretenden obtener datos relevantes para un proceso incidiendo sobre su materialidad física.

²⁸¹ Entre las obligaciones que alcanzaban al investigado se establecía en el Anteproyecto de LECrim de 2011 la de someterse a las inspecciones, intervenciones corporales y demás actos de investigación que fuesen necesarios para determinar el hecho punible y su participación en el mismo, siempre que se llevasen a cabo en la forma y con las garantías dispuestas en la ley (artículo 36). Obligación que se reiteraba, obviamente, en sede de inspecciones e intervenciones corporales añadiendo la posibilidad de su ejecución coactiva. De igual modo, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 establece entre las obligaciones del encausado la de someterse a los registros e intervenciones corporales que hayan de practicarse de conformidad con lo establecido en el mismo, previendo, en caso de incumplimiento de tal obligación, el uso de la fuerza que resulte idónea, necesaria y proporcionada para la ejecución de la medida (art. 48). Será el Tribunal de Garantías quien, en último término, deberá fijar en su resolución las medidas concretas a adoptar con el fin de asegurar la ejecución de la inspección o intervención corporal acordada (arts. 282.2, 283.2 y 284 *in fine*).

²⁸² La imputación judicial, más que un acto procesal, constituye según OLMO DEL OLMO: *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, cit., pág. 28, “un juicio de valor que realiza el órgano instructor acerca de la posible participación de un sujeto determinado en la comisión de un hecho punible”.

²⁸³ En este sentido, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 326, afirma: “la persona sobre la que recaigan indicios serios y racionales de criminalidad, requisito indispensable desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, puede ser destinatario de las diligencias de intervención corporal y, a su vez, habrá adquirido, como consecuencia de estas mismas circunstancias, la condición de imputado en el correspondiente procedimiento penal”.

²⁸⁴ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 214, defiende la existencia de un acto de información, distinto de la imputación formal, en supuestos de investigaciones preliminares o preprocesales, en el cual “se comunicara a la persona en cuestión que está siendo objeto de una investigación de la que puede derivarse eventualmente una imputación sobre la misma, de tal modo que ya desde esas primeras indagaciones el afectado pudiera tomar parte en las mismas y ejercitar, cuando menos potestativamente, su derecho de defensa, máxime cuando [...] el sujeto en cuestión no sólo ha de tomar parte en ellas, sino que, además, constituye el objeto de las mismas”.

incorrecto, pues no cabe acordar investigaciones corporales a los efectos de verificar la suficiencia de la imputación. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia ha admitido sin mayores problemas tales medidas, como ha venido a establecer también la regulación de la prueba de ADN al prever la misma sobre la persona del sospechoso.

En Alemania, el § 81a (1) StPO establece como sujeto pasivo de las investigaciones corporales al inculpado (*Beschuldigte*), término que, sin embargo, no se encuentra definido en dicho cuerpo legal, a diferencia de otros como imputado (*Angeschuldigte*): inculpado contra el que se hubiera ejercido la acción pública, y acusado (*Angeklagte*): inculpado o imputado contra el que se hubiera acordado la apertura del procedimiento principal (§ 157 StPO)²⁸⁵.

2. 2. El sospechoso

La regulación introducida en el segundo párrafo del artículo 363 LECrim sitúa como sujeto pasivo de la medida al sospechoso²⁸⁶.

Término usado por primera vez en la LECrim para referirse al sujeto pasivo de un acto de investigación²⁸⁷, más propio de estadios anteriores a la intervención judicial²⁸⁸ – así, por ejemplo, las medidas que puede acordar el Ministerio Fiscal con anterioridad a trasladar sus diligencias al órgano jurisdiccional (art. 5 EOMF) – que del proceso jurisdiccional.

²⁸⁵ Según ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 326-327, y *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pág. 168, la doctrina alemana, de forma mayoritaria, se muestra partidaria de una interpretación amplia del concepto de inculpado del § 81a StPO que comprenda tanto al inculpado en sentido estricto como al imputado y al acusado.

²⁸⁶ En la determinación de los sujetos que han de someterse a la toma de muestras biológicas, el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN optaba por una solución intermedia admitiendo no sólo a los imputados o a los incurso en un procedimiento criminal sino también a los sospechosos de la comisión de un delito. Así, el artículo 6 del citado Borrador disponía: “Para el oportuno contraste con los perfiles de ADN resultantes de los vestigios hallados en la escena del crimen, las muestras de referencia serán tomadas de las personas sometidas a un procedimiento criminal o a los sospechosos de la comisión de un delito, previa autorización del Juez competente”.

²⁸⁷ ETXEBERRIA GURIDI: “Los análisis de ADN en la LECrim (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, cit., pág. 30, y “Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 171, apunta la posibilidad de que la utilización de este término por el legislador español se deba a la influencia de la Recomendación núm. R (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la utilización del ADN en el marco de la Administración de la Justicia Penal, la cual emplea, tanto en su versión inglesa como en la francesa, el término “suspect”. Así también, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de mayo de 2004, núm. 1/2004 (f.j.12). Por su parte, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 120, nota 208, advierten que el término sí aparece en la legislación española, concretamente, en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para referirse a las personas sujetas a las diligencias de investigación preprocesales del fiscal.

²⁸⁸ ORTEGO PÉREZ: “Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal”, cit., pág. 2, admite hablar de sospechoso en aquellos casos en que las intervenciones corporales se realizan dentro de una investigación policial previa al proceso mismo.

Por ello, el problema que presenta esta figura es el de su indefinición como situación concreta en la que puede encontrarse un individuo sujeto a una investigación preprocesal por un órgano no jurisdiccional²⁸⁹.

Para el auto del TSJ de Madrid de 19 de mayo de 2004, se trata de un concepto jurídico indeterminado, más amplio y flexible que los tradicionales de imputado, acusado, inculcado y procesado (f.j.12): “menos polémico y condicionado que los de imputado y querellado”, una palabra, en suma, “más omnicompreensiva y menos rígida que la terminología tradicional” (f.j.14).

Para DEL MORAL GARCÍA se trata de una categoría procesal que pretende escapar de la rigidez del concepto de imputado: No requiere una imputación con los perfiles propios de tal estatus procesal, pero sí la existencia de unos mínimos indicios que puedan atribuir la condición de sospechoso²⁹⁰.

A pesar de la indeterminación jurídica de que adolece la condición de sospechoso, que se deduce por eliminación de otras situaciones procesales conocidas con anterioridad por el ordenamiento jurídico, ROMEO CASABONA entiende que la resolución judicial ha de extender su motivación a la ponderación de las sospechas que recaen sobre el sujeto y que justifican la intervención corporal²⁹¹.

En parecidos términos, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER considera que el término “sospechoso” amplía el concepto de imputado, pues no se requiere que se haya adquirido ese peculiar estatus procesal y reconoce que, en virtud del principio de

²⁸⁹ Así, RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., págs. 208-209, para quien sería conveniente el otorgamiento de un status propio de sospechoso de manera que tuviera reconocidos (con independencia de estar o no detenido) unos derechos concretos regulados en la ley que englobaran el núcleo esencial de derecho de defensa técnico y los mecanismos necesarios para hacerlos efectivos. En parecidos términos, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 85 y 210, consideran que el principal problema respecto a la mención del sospechoso es definir su concepto jurídico y delimitar su estatuto jurídico en relación con la realización de las pruebas de ADN, particularmente, la inscripción de sus perfiles en la base de datos policial y el ejercicio de los derechos relacionados con esa inscripción.

²⁹⁰ DEL MORAL GARCÍA: “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 80. Siguiendo a este autor, MORENO VERDEJO: “ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 1820. Discrepa en la utilización del término sospechoso, MARCA MATUTE: “Inspección ocular, levantamiento de cadáver y reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente probatoria”, cit., pág. 74, para quien debería exigirse la concurrencia de indicios racionales de criminalidad a fin de reputar al sujeto afectado por la medida como imputado material y otorgarle con la máxima diligencia posible el estatus de imputado formal. Para este autor carece de lógica, en definitiva, que una mera sospecha policial o judicial permita exigir una “obligación” de entrega de muestras biológicas que, en caso de incumplimiento, podría dar lugar a un delito de desobediencia y a la detención del sospechoso por tal hecho punible, cuando el mismo nunca hubiera podido ser detenido en virtud del delito objeto de investigación al no existir indicios racionales de criminalidad en su contra por tal delito.

²⁹¹ ROMEO CASABONA: “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del Derecho español”, cit., pág. 450, y, posteriormente, con ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 121.

proporcionalidad, será necesaria la concurrencia de una serie de indicios que permitan atribuirle esa condición de “sospechoso” de manera razonable y fundada²⁹².

Igualmente, para IGLESIAS CANLE debe considerarse sospechoso, a estos efectos, la persona sobre la que recaen fundados motivos de sospecha de comisión de un hecho con apariencia delictiva. Por ello, en definitiva, el sujeto pasivo de la diligencia es la persona sobre la que ha recaído la imputación²⁹³.

Las sospechas deben ser, pues, razonables y lógicas, no meras suposiciones. Han de estar fundadas en datos fácticos o hechos objetivos, no en valoraciones subjetivas. Sospechas que no son otra cosa que indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona investigada con el mismo. En definitiva, sospechas fundadas suficientes para atribuir a la persona investigada la condición de imputada. Sospechas que han de provenir del órgano judicial²⁹⁴.

Si, por el contrario, las sospechas no son suficientes para atribuirle la condición de imputado, no pueden serlo tampoco para convertirle en sujeto de una medida de investigación corporal caracterizada por ser una medida restrictiva de derechos fundamentales²⁹⁵. Una tal medida resultaría desproporcionada. Si las sospechas son suficientes debería acordarse su imputación y como primera medida su declaración, la cual reforzará o eliminará tales sospechas y permitirá acordar, en su caso, con mayor razón, la medida. Declaración en la que podrá informarse de los hechos que se le imputan, de la necesidad de la medida, recabar su consentimiento para su práctica, en su caso y, todo ello, asistido de letrado, con plenas garantías para su defensa²⁹⁶.

²⁹² ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER: *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., pág. 142, nota 409.

²⁹³ IGLESIAS CANLE: “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: la quiebra del principio de legalidad”, cit., pág. 181. Igualmente, LOZANO-HIGUERO PINTO y RENEDO ARENAL: “Algunas cuestiones sobre la validez e incorporación probatoria en el proceso penal de los perfiles de ADN. En particular la indefinición del status del sujeto pasivo de la medida”, cit., pág. 144, consideran que la medida prevista en el citado artículo sólo podrá acordarse respecto a un sujeto que ocupe en el proceso la condición de imputado. Posteriormente, RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., pág. 269.

²⁹⁴ Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN”, cit., pág. 225, el sujeto pasivo de la medida ha de ser sospechoso a los ojos del juez y ha de serlo de un delito castigado con pena superior a nueve años de prisión, dada la ubicación del artículo 363 LECrim entre las normas que regulan el sumario.

²⁹⁵ Como recuerda José MARTÍN PASTOR: “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley orgánica 10/2007, de 25 de noviembre)”, *La Ley Penal*, núm. 46, 2008, pág. 48, invocando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia, sólo puede ser sujeto pasivo de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal el imputado y no cualquier sospechoso.

²⁹⁶ Así también, IGLESIAS CANLE: “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: la quiebra del principio de legalidad”, cit., pág. 182. Además, debe tenerse en cuenta que la investigación corporal, salvo casos de urgencia, no puede ser la primera medida a adoptar, el primer paso de la investigación, sino que, previamente, el órgano judicial debería tomar declaración al sospechoso (si las sospechas son fundadas en calidad de imputado, si no lo son, como testigo, a fin de perfilar tales sospechas a la luz de sus respuestas, su actitud, su predisposición a colaborar, etc.) Con ocasión de tal declaración, el juez podría ya ofrecerle a someterse a la medida de investigación corporal, concretar la misma, etc. En definitiva, la intromisión corporal ha de ser consecuencia de otros actos de

En definitiva, debe rechazarse el uso de este término por la LECrim, máxime porque, como advierte MONTERO LA RUBIA, puede dar lugar a la admisión de intervenciones corporales en masa en relación a personas que puedan considerarse sospechosas simplemente por concurrir en ellas una circunstancia coincidente con el perfil del posible autor de los hechos investigados, como pudiera ser su residencia en la misma población que la víctima²⁹⁷.

En esta línea, RENEDO ARENAL afirma que la medida de obtención de los perfiles de ADN no puede consistir en ningún caso en una diligencia de individualización, debiendo adoptarse siempre la misma respecto a un sujeto previamente determinado, cuya relación con los hechos investigados esté basada, además, en la existencia de indicios que le presenten como probable autor de los hechos²⁹⁸.

Curiosamente, la citada LO 10/2007, de 8 de octubre, no se refiere únicamente al sospechoso, como hace el artículo 363 LECrim, sino que utiliza la fórmula “sospechoso, detenido o imputado” para referirse a los sujetos de la investigación criminal en cuyo marco se hubiera obtenido su perfil de ADN (art. 3.1.a y DA 3ª) e, incluso, en el artículo 9.1 utiliza la expresión “sospechosos no imputados” para referirse a la cancelación de sus identificadores inscritos en la base de datos objeto de la Ley²⁹⁹.

Inclusión del término “sospechoso” como sujeto pasivo de la prueba de ADN que pretende ampliar, en definitiva, el ámbito de los sujetos que han de someterse a la toma de muestras biológicas de referencia³⁰⁰, extendiendo cada vez más la utilización de

investigación que acrediten su necesidad. Así, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER: *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., pág. 62, respecto al análisis genético.

²⁹⁷ MONTERO LA RUBIA: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la LECrim por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, cit., pág. 18, considera igualmente deficiente la utilización del término “sospechoso”, ya que tratándose de una medida jurisdiccional debería referirse a la persona sometida a la misma como imputado.

²⁹⁸ RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., pág. 266. Téngase en cuenta que para esta autora la individualización, como presupuesto de la imputación, supone la determinación del sujeto (persona física) contra el que se dirige la imputación. Así también, con LOZANO-HIGUERO PINTO en “Algunas cuestiones sobre la validez e incorporación probatoria en el proceso penal de los perfiles de ADN. En particular la indefinición del status del sujeto pasivo de la medida”, cit., pág. 142.

²⁹⁹ Cancelación que no se produce, por cierto, pese a no haber sido siquiera imputado, según la previsión de la ley, hasta la prescripción del delito. Ello supone, sin duda, como censuran con dureza ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 209-211, una quiebra de la presunción de inocencia, amén de una lesión directa del derecho a la protección de datos de carácter personal. Previsión legal que podría vulnerar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (arg. STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S. y Marper c. Reino Unido).

³⁰⁰ Crítica HOYOS SANCHO: “Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN”, cit., pág. 256, que la ley no concrete el grado de sospecha exigible como presupuesto de una medida de tales características, entendiéndose que no bastan las meras sospechas o especulaciones y que deberán concurrir motivos o indicios racionales bastantes, con fundamento fáctico suficiente, para que la autoridad competente pueda *prima facie* atribuir la comisión de un hecho delictivo grave al sujeto pasivo de la medida.

la prueba de ADN como medio de investigación del mismo modo que se amplía inexorablemente el número de delitos en lo que cabe acordarla³⁰¹.

Término que, por cierto, no utilizaba el Anteproyecto de LECrim de 2011 cuando se refería a esta misma diligencia (artículo 263), cuyo sujeto pasivo sería entonces el investigado sobre quien, como hemos apuntado, habían de concurrir indicios que permitieran atribuirle la realización del hecho punible objeto de investigación³⁰².

2. 3. *Los terceros*

La doctrina no es unánime a la hora de admitir la posibilidad de realizar investigaciones corporales sobre personas distintas del imputado ni sobre los requisitos y garantías aplicables en su caso³⁰³. El Tribunal Constitucional, en su sentencia

³⁰¹ Es más, ya hay quien se plantea la reforma de la LO 10/2007 para utilizar las bases de datos policiales de identificadores obtenidos a partir del ADN como una posible medida de control de sujetos ya condenados que, en el momento de acceder al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional, o incluso extinguida su responsabilidad criminal, todavía presenten una peligrosidad de la que se pueda deducir probabilidad de reiteración delictiva. Medida que, obviamente, ya no constituirá una diligencia de investigación o de fuente de prueba en el proceso penal, sino un instrumento de control de la peligrosidad del sujeto en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad y una medida de seguridad. Así, Mirentxu CORCOY BIDASOLO, Víctor GÓMEZ MARTÍN y Fernando RODRÍGUEZ OLMOS: “ADN y proceso penal. Una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de las bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”, Investigación encargada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, disponible en http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/SC_107809-cast.pdf

³⁰² La Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 no tiene un precepto tan parecido al contenido en el párrafo segundo del actual artículo 363 LECrim, si bien utiliza el término “encausado” cuando se refiere a la toma de muestras indubitadas para su cotejo con las halladas en el lugar de los hechos (art. 288) y el término “sospechoso” cuando de intervenciones corporales se trata (art. 284).

³⁰³ Admite esta posibilidad, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.*, cit., pág. 293. En términos idénticos, MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 167; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 59, para quien habrán de revestir los mismos requisitos y garantías que si se aplicaran a los sospechosos del delito; ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 188; MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., pág. 113. Con carácter excepcional, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 329-330, dado que al carecer de la condición de sujetos pasivos del proceso no existen los indicios exigibles como presupuestos objetivos de las intervenciones corporales. En contra, DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 76, sólo considera las intervenciones corporales realizadas en el imputado, aunque afirma que “la determinación de las condiciones físicas o psíquicas de la víctima o de un tercero, testigo o perito, son actos de investigación e intervenciones corporales cuando tienen ese objeto” (la cursiva es nuestra); GARCÍA VILA: “Los cacheos: delimitación y clases”, cit., pág. 302, entendiendo por imputado aquel sobre el que recaen indicios racionales de criminalidad. ORTEGO PÉREZ: “Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal”, cit., pág. 2, admite que en un proceso penal podrán ser destinatarios de estas medidas tanto la propia víctima como lo que se ha denominado el “testigo contaminante” cuando se trata de cotejar el ADN del imputado con el de alguna persona que, negligentemente, ha “contaminado” la recogida del cuerpo del delito.

207/1996, admitió tal posibilidad³⁰⁴ aunque sin concretar qué se entiende por terceros ni si, en esos supuestos, concurren circunstancias especiales.

Respecto a los terceros, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, tomando como referencia la legislación alemana, considera aceptable la injerencia en la intimidad de aquéllos con el fin de buscar huellas del delito sobre su cuerpo o entre las ropas siempre que no exista trato humillante. Admite también, en procesos de filiación, obligarles a someterse a investigaciones dirigidas a su determinación, si ello es de interés para la causa, mediante extracciones coactivas de sangre si es necesario³⁰⁵.

En todo caso, la aplicación del principio de idoneidad exige que la individualización de las medidas dirigidas contra los terceros se realice en virtud de la relación que exista entre su persona y la causa³⁰⁶.

Para ETXEBERRIA GURIDI este criterio, así como la expresión “implicados” empleada por la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial y el Reglamento General de Circulación³⁰⁷, resultan demasiado amplios. Por ello, a fin de evitar intromisiones injustificadas sobre cualquier persona, establece una serie de criterios, análogos a los previstos en el Derecho alemán, en los que los no imputados pueden ser sometidos a intervenciones corporales³⁰⁸: 1) Habría de tratarse testigos, entendido el término en sentido amplio, o portadores de huellas, vestigios o consecuencias del hecho punible; 2) Habrían de limitarse las diligencias practicables, excluyendo las intervenciones corporales graves; 3) En ningún caso, cabría coacción física en su ejecución; 4) Cabría oponerse a tales medidas cuando su resultado pudiera perjudicar a cónyuge o pariente, debiendo ser informado oportunamente de dicha posibilidad, de forma análoga a las dispensas a la obligación de declarar previstas en el artículo 416.1 LECrim.

³⁰⁴ STC 207/1996: “...dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros...” (f.j.2).

³⁰⁵ Si bien es cierto que no se considera degradante ni contraria a la dignidad de la persona, ni constituye *per se* una injerencia prohibida (STC 103/1985, f.j.3), la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas, y que la extracción de unas gotas de sangre, tampoco comporta violación del pudor o recato de una persona (STC 7/1994, f.j.3 A), cuestión distinta es su extracción coactiva.

³⁰⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 309. En términos idénticos, MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 172.

³⁰⁷ Según ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 331, “la normativa sobre circulación prevé la posibilidad de que los terceros puedan ser destinatarios de ciertas diligencias que pueden consistir en la extracción de sangre a efectos de contraste”. Los artículos 12.2 LSTV y 21 RGC establecen la obligación de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol no sólo para todos los conductores de vehículos y bicicletas sino también para los demás usuarios de la vía cuando se hallen *implicados* en algún accidente de circulación. Con dicha expresión puede referirse a cualquier otra persona.

³⁰⁸ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 214-216 y 332-337.

Para GÓMEZ AMIGO, la única relación entre el objeto de un proceso penal y un tercero, que sin ser la víctima del delito, permite imponer a aquél una medida de intervención corporal es la de ser instrumento para la comisión del delito o para su prueba³⁰⁹.

El artículo 363 LECrim no prevé como sujeto de la obtención de muestras biológicas a terceras personas³¹⁰, ni siquiera a la propia víctima del delito. No se contiene referencia alguna a esta posibilidad por lo que parece darse por supuesta, en estos casos, la colaboración de la víctima. Sin embargo, ni la víctima ni terceras personas pueden resultar de peor condición que el imputado y, en consecuencia, en caso de acordarse la obtención de muestras biológicas para la determinación de su perfil de ADN deberán concurrir los mismos requisitos derivados del principio de proporcionalidad y las garantías específicas que exija la medida acordada³¹¹.

Principio de proporcionalidad con que deberán resolverse los conflictos de derechos que se planteen cuando la intervención corporal sobre un tercero, incluida la víctima del delito, sea solicitada por el imputado ejercitando su derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa. En este sentido cabe citar la STS de 1 de marzo de 1994, núm. 501/1994:

“Es indudable que el inculpado tiene derecho a defenderse: es un derecho natural y fundamental, independientemente incluso del derecho positivo, pero al socaire del mismo, *no puede obligarse a la víctima a someterse a determinadas pruebas cuando éstas puedan afectar a su intimidad o dignidad*, pensemos en determinados reconocimientos vaginales y anales, en estudios de la personalidad o tendencias de la sexualidad de las mujeres violadas, a otras consideraciones respecto del sexo, todo ello respecto de la víctima, a la que, tras el primer agravio, se le pueden producir otros complementarios, etc. Nada de ello puede ser obligatorio y, en último término, si se carece del consentimiento del agredido para llevar a cabo estos reconocimientos, es obvio que el Tribunal sentenciador, si necesitaba de ellos, en una determinada dirección, lo que no es el caso, para que sirvieran de plataforma a la condena o a una modalidad agravatoria de ésta, y no se prueban, obtendrá de tal carencia de datos las conclusiones favorables al acusado que sean procedentes, pero *no puede obligar a la práctica de estas*

³⁰⁹ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 30-31.

³¹⁰ En este sentido, cabe citar el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 8ª, de 15 de diciembre de 2008, que confirmó la decisión del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera denegatoria de la prueba pericial consistente en el análisis capilar de los testigos nombrados por la defensa de la imputada con la que se pretendía, al parecer, acreditar la condición de consumidores de dichos testigos, argumentando el tribunal, además de la ausencia de precepto legal que permita la realización de tales análisis en relación a testigos, que “los testigos del hecho enjuiciado en un proceso penal no pueden ser sometidos a pruebas que impliquen una intromisión en su integridad corporal e intimidad” (f.j.único).

³¹¹ PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., pág. 134, nota 189, admite la posibilidad de utilizar este tipo de diligencias con terceros a la vista de la Recomendación núm. (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el uso del ADN en el ámbito del sistema de justicia criminal en tanto prevé su aplicación a “la extracción de muestras y a la utilización del análisis del ADN a los fines de identificación del sospechoso o de cualquier otra persona en el marco de la investigación y persecución de delitos.”

actividades que invaden la zona más íntima y reservada de las personas, que no puede ni debe ser agredida ni siquiera para descubrir la verdad real de un proceso, es especialmente cuando, con aplicación del principio de proporcionalidad, esto es, del equilibrio entre la medida a adoptar y el fin que con ella se pueda alcanzar, no se justifica la adopción de la misma” (f.j.4, la cursiva es nuestra).

En ningún caso cabe, pues, someter coactivamente a la víctima a una medida de intervención corporal³¹². Ello es así, incluso para aquellos autores partidarios de la imposición coactiva de las medidas³¹³.

Para LIBANO BERISTAIN, la cuestión de la realización de una intervención corporal a víctimas o testigos cuando no concurre su voluntad no puede desligarse, además, de la categoría de la perseguibilidad de las infracciones penales. Dicho criterio – en tanto permite establecer una especie de graduación de situaciones en función del carácter público o semipúblico de los delitos y la existencia de denuncia, o no, de los hechos por parte de la víctima – posibilita ponderar los distintos intereses concurrentes y evaluar la circunstancia de someter coactivamente al ofendido o, en menor medida, a un testigo a un examen de ADN³¹⁴.

El Anteproyecto de LECrim de 2011, en cambio, no solo preveía la posibilidad de obtener muestras biológicas de personas distintas del investigado³¹⁵, sino también su posible requerimiento para someterse a una inspección o a una intervención corporal cuando la ejecución de la medida resultase indispensable para la comprobación de los hechos, si bien en estos casos podrían rehusar la medida por los mismos motivos por los que puede excusarse la declaración como testigo conforme a la ley (art. 261). No parece, por tanto, que entre esas personas distintas del investigado cupiese incluir a la víctima del delito.

³¹² En este orden, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 establece, entre los derechos de la víctima (art. 60), su derecho a no sufrir intervenciones corporales sin su consentimiento, cuando se trate del ofendido por el delito.

³¹³ En este sentido, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 29-32; IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., págs. 86-87. Para RICHARD GONZÁLEZ: “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, cit., págs. 427-428, el límite se hallaría en la imposibilidad de afectar a la integridad física de la víctima.

³¹⁴ Arantza LIBANO BERISTAIN: “La diligencia de perfiles de ADN en el proceso penal. Especial consideración de dos supuestos excepcionales”, en *Rigor doctrinal y practica forense (Liber amicorum José Luis Vázquez Sotelo)*, Barcelona, 2009, págs. 599-603, y en “La práctica del análisis de perfiles de ADN a personas distintas al imputado en el proceso penal”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2010, págs. 218-222, donde, al tiempo que postula la necesidad de previsión legislativa específica sobre esta cuestión, termina defendiendo como regla general en este ámbito la de conceder preferencia a los derechos de la víctima o de un tercero.

³¹⁵ Para ello bastaría su consentimiento, previa información de la finalidad para la que habrían de ser utilizadas. Más aún, si no consintiere el interesado, el Juez de Garantías, a petición del Ministerio Fiscal, atendida la gravedad del hecho investigado y la necesidad de la intervención, podría autorizar que se requiriera para que la proporcionase imponiendo incluso que se obtuviera contra su voluntad (artículo 264).

El parecidos términos, la propuesta de Código Penal de 2013, como ya hemos expuesto anteriormente, también prevé la posibilidad de obtener muestras biológicas de personas que no hayan sido encausadas (art. 289) y la práctica de registros corporales externos, exámenes radiológicos, exploraciones anales y vaginales e intervenciones corporales a terceras personas a quienes no se impute la comisión del hecho investigado, siempre que ello resulte indispensable para su esclarecimiento (art. 286.1), si bien las personas dispensadas de la obligación de declarar podrán rehusar el requerimiento que les fuere formulado (art. 286.2).

A modo de colofón de este apartado, simplemente mencionar que en los procesos de filiación, se cuestiona también la posibilidad de someter a un tercero, no parte procesal, a una prueba biológica. En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ plantea el supuesto “en que se invoque la *exceptio plurium concubentium* y, excusado el demandado de someterse a la prueba biológica por grave riesgo para la salud, se solicitara por una parte procesal y acordara el Juez que se someta a la prueba un tercero concubente (relaciones sexuales con la madre) para determinar indirectamente la paternidad de aquél”³¹⁶.

2. 4. *El consentimiento del sujeto pasivo*

El consentimiento de la persona afectada por la diligencia de investigación corporal resulta esencial en la materia que nos ocupa³¹⁷ porque viene a remediar no sólo la falta de previsión legal de la medida, sino también la ausencia de resolución judicial, siendo, además, indispensable, como expondremos en su momento, para su ejecución desde el momento en que aquélla no podrá ejecutarse sin el mismo, pues no cabe la utilización de la *vis física* en la ejecución de una medida de investigación corporal³¹⁸.

En este sentido, el Tribunal Supremo tiene dicho que cuando la obtención de muestras y fluidos requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, su consentimiento actuará como verdadera fuente de

³¹⁶ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”, cit., págs. 382-383. BUJOSA VADELL: “El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, cit., pág. 186, nota 32, considera que no cabría la imposición de la prueba biológica a un tercero con los limitados instrumentos existentes dada la distinta ponderación de intereses en juego.

³¹⁷ El “Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal”, conocidas como “Reglas de Mallorca”, establecía como principio básico la prohibición de toda intervención corporal salvo que se contase con el consentimiento del afectado. Ello no obstante, cabía su autorización judicial solo cuando no existiera otro modo para descubrir el presunto delito, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado (regla 23).

³¹⁸ Con anterioridad a la reforma de la LECrim y ante la falta de previsión específica en nuestro ordenamiento, la doctrina era tajante sobre este particular: la intervención corporal es una prueba de imposible práctica, a no ser que concurra el consentimiento del afectado. Así, HERRERO-TEJEDOR: “La alternativa Juez de Instrucción – Juez de Garantías a la vista de los problemas relacionados con la investigación penal y las técnicas de ADN”, cit., pág. 241. También DÍAZ REVORIO: “La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 181, aunque terminaba reconociendo que, probablemente, habría que admitir la práctica forzosa de indagaciones o pesquisas leves sobre el cuerpo, como el cacheo o la toma de huellas dactilares.

legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras (STS de 7 de julio de 2010, núm. 685/2010, f.j.2)³¹⁹.

Un ejemplo de la eficacia del consentimiento nos lo ofrece el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de junio de 2010, núm. 634/2010, en la que – tras admitir que “hay buenas razones de legalidad procesal” para exigir que intervenciones, como en el caso analizado fue la toma de muestras de saliva mediante un frotis bucal, se lleven a cabo en el ámbito estrictamente judicial, “máxime cuando no concurren razones de urgencia” – rechazó la nulidad de la obtención de tales muestras de ADN llevada a cabo directamente y de manera autónoma por la policía durante la detención, sin contar en ese momento con autorización judicial, porque tal “irregularidad”, tratándose de una actuación mínimamente o nada invasiva, no podía tener el alcance anulatorio pretendido por el recurrente dada la “actitud conscientemente colaboradora del afectado”, y ello a pesar de que en ese momento no hubiera estado asistido de intérprete ni contado con asistencia letrada (f.j.11.3º)³²⁰.

Con todo, aunque consienta el sujeto afectado por la medida, no cabe acordar y mucho menos practicar una diligencia contraria a la dignidad personal o constitutiva de trato inhumano o degradante o que afecte a la salud.

Salvo aquellas diligencias que se realizan por motivos de urgencia o por razones de seguridad y cuya ejecución no puede quedar, lógicamente, en manos del sujeto afectado por la medida, en los demás casos, atendido el estado actual de la regulación de las investigaciones corporales en nuestro proceso penal, el consentimiento del sujeto pasivo es ineludible³²¹ y su eficacia depende del cumplimiento de una serie de requisitos.

En primer lugar, el consentimiento ha de ser libre, no coaccionado³²², y expreso³²³, no tácito³²⁴. Para ello es necesario que el consentimiento esté previamente

³¹⁹ Consentimiento que si el imputado se halla detenido precisa, sigue diciendo tal resolución, asistencia letrada.

³²⁰ Falta de intérprete que el Tribunal solventa basándose en que el recurrente manifestó “tener algún conocimiento del castellano” y porque “la diligencia de obtención de saliva mediante un frotis era tan explícita en cuanto a la finalidad perseguida, que no debió presentar para él dificultad alguna de comprensión”. Comprensión de la diligencia y actitud conscientemente colaboradora que, unida al grado de afectación de los derechos fundamentales en juego, aunque no se diga expresamente, constituye también el argumento del Tribunal para enmendar la falta de asistencia letrada. Decisión que, como expondremos, no podemos compartir, pues lo que el Tribunal Supremo considera una mera “irregularidad” consiste en haber realizado una intervención corporal sin autorización judicial, no concurriendo el presupuesto de peligro en la demora necesario para ello, sin contar el detenido con la preceptiva asistencia letrada y sin haber manifestado el sujeto afectado por la medida, en consecuencia, una vez debidamente informado de la finalidad de la medida y de sus consecuencias, su consentimiento de forma libre y expresa.

³²¹ Ello es así, a nuestro entender, como expondremos, incluso tras la introducción de “la prueba de ADN” en la LECrim, no pudiendo ser impuesta su práctica mediante coacción y, desde luego, así debería haber sido, con anterioridad a tal regulación, dada la ausencia de norma legal específica que permitiera su práctica. En ese sentido se pronunciaba, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, de fecha 10 de febrero de 2006 (f.j.2).

³²² La STS de 21 de junio de 1994, núm. 1261/1994, consideró viciado el consentimiento otorgado por el procesado por cuanto se le ofreció la posibilidad de realizar la extracción de sangre a fin de determinar su

precedido de una acabada información sobre la necesidad de la medida adoptada, su finalidad³²⁵, el modo de llevarse a la práctica, sus riesgos y consecuencias, positivas y negativas, incluidas las de la negativa a someterse a dicha injerencia³²⁶.

grupo sanguíneo “con fines exculpatorios”; advertencia que el Tribunal consideró cercana al dolo en su definición jurídico-civil del artículo 1269 CC.

³²³ Expresión del consentimiento que habrá de plasmarse por escrito. En este sentido, la STS de 31 de octubre de 2005, núm. 1237/2005, tras reiterar la validez del libre consentimiento de la “persona sospechada”, no detenida, para la práctica de una prueba corporal que puede determinar su incriminación, consideró la prueba de la tenencia de la droga obtenida mediante la intervención corporal radiológica no admisible, por cuanto, sin perjuicio de que la policía tenía elementos suficientes para ordenar la detención por un delito “in fraganti” sin necesidad de esperar a formalizar esa situación hasta la realización de las pruebas corporales, debió documentar con la firma de los acusados el consentimiento que éstos habrían prestado a someterse a tal prueba corporal (f.j.2). En parecidos términos, la SAP Tarragona, sec. 2ª, de 20 de diciembre de 1995, tras no considerar proporcional a la gravedad de los hechos el reconocimiento vaginal a que se sometió a las acusadas por las fuerzas de seguridad dado que, al tratarse de derechos fundamentales, “para admitir como lícita esa limitación hubiera sido precisa resolución judicial motivada que lo acordara o autorización expresa de la persona afectada”, añade “no bastando con la manifestación de los Guardias Civiles que depusieron como testigos en el sentido de que así lo hicieron las acusadas ya que no están investidos de la fe pública y sólo podrían acreditar la prestación del consentimiento de haber suscrito una diligencia las detenidas haciendo constar ese consentimiento expreso al reconocimiento vaginal...” (f.j.1). Otras veces, en cambio, se deduce la expresión del consentimiento de las circunstancias del caso. Así, la SAP Baleares, sec. 2ª, de 12 de marzo de 2012, tras señalar que en el acta de toma de muestras no consta expresamente la mención de que el acusado diera su consentimiento, infiere que sí se recabó el mismo y que el acusado autorizó la extracción de su ADN de la circunstancia de que en dicha acta se hizo referencia a la normativa de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN que prevé que en caso de oposición del imputado a la obtención de la muestra se solicite autorización judicial, lo que no ocurrió en dicho caso y, por otra parte, del hecho de que con posterioridad a dicha toma biológica, la defensa del acusado solicitó que se obtuviera otra muestra de ADN para que fuera contrastada con la toma antes realizada por la Policía, lo que suponía admitir, en consecuencia, a juicio del tribunal, que aquella toma se obtuvo regularmente (f.j.1).

³²⁴ Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, parece que sería suficiente el consentimiento verbal o incluso deducido de actos concluyentes del sujeto afectado por la medida. Así, aunque referida al consentimiento prestado para un reconocimiento médico practicado a una trabajadora en el marco de la relación laboral mantenida con su empresa, el Tribunal Constitucional afirmaba: “...la LPRL no establece, ni la Constitución impone como requisito del consentimiento, la forma escrita. Bastará, en principio, desde la perspectiva constitucional, que quepa verificar la voluntad real de someterse a la prueba médica, lo que en absoluto excluye la eficacia del consentimiento verbal o incluso la de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad, todo ello sin perjuicio de los requisitos que eventualmente pueda establecer la normativa infraconstitucional sobre la materia o de lo que cupiera decir en casos diversos al ahora analizado por afectación de otros derechos (de forma destacada, cuando las exploraciones supusiesen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del trabajador).” (STC 196/2004, de 15 de noviembre, f.j.9)

³²⁵ Debe informarse de la medida que se va a practicar y de su finalidad a fin de que el consentimiento abarque ambas circunstancias. No cabe obtener el consentimiento para una extracción de sangre si no se informa al sujeto de que la finalidad es realizar un análisis de la misma para determinar la tasa de alcohol en sangre o la presencia de sustancias estupefacientes. Así, si el sujeto ha consentido una extracción de sangre con finalidades terapéuticas por encontrarse hospitalizado tras un accidente de circulación, no cabe extender su consentimiento a la analítica de alcoholemia, pues la misma, ajena a toda finalidad terapéutica, no resultaría previsible en sus circunstancias y, por tanto, su consentimiento sería ineficaz. En este sentido, vid. STC 206/2007, de 24 de septiembre (f.j.7).

³²⁶ Como contenido específico del acto de comunicación de la medida, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 378-379, incluye, además de la necesaria información, la advertencia a la persona afectada de que puede hacerse acompañar por una persona de su confianza; facultad prevista en diversos códigos procesales europeos.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, de 3 de marzo de 2000, consideró viciado el consentimiento del sujeto pasivo de la medida acordada – extracción de sangre para posterior cotejo de ADN – por cuanto no se le había informado con anterioridad de los hechos imputados y de los derechos inherentes a toda imputación y de la posibilidad de negarse a la práctica de la prueba (ello con independencia de la exigua fundamentación del auto que acordaba la medida, previamente acordada por simple providencia, notificada, por cierto, al interesado el mismo día que se procedió a la extracción) (f.j.3)³²⁷.

“Más nula”, si cabe, resulta la medida si ni siquiera existe la posibilidad de que el sujeto pueda prestar su consentimiento dado su estado. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, de 17 de octubre de 2001, consideró radicalmente nula la extracción de sangre del conductor lesionado e inconsciente que no prestó consentimiento para ello ni fue instruido de sus derechos (f.j.3). En parecidos términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, de 16 de octubre de 2008, declaró nula prueba de extracción sanguínea realizada a un conductor que se encontraba inconsciente a fin de determinar su grado de alcoholemia por cuanto, pese a haber solicitado la Guardia Civil la pertinente autorización al Juzgado de Guardia, no se dictó resolución alguna por parte de éste con carácter previo, ni posteriormente el órgano judicial realizó ponderación de los intereses en conflicto estimando justificada, en su caso, a la vista de las circunstancias del caso, la actuación policial sin previa autorización judicial (f.j.2)³²⁸.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 3ª, de 26 de mayo de 2003, declaró nula la prueba de extracción de saliva realizada sin haber declarado previamente imputado al sujeto afectado por la medida y sin haberle tomado declaración como tal, instruyéndole de los derechos constitucionales que en tal condición le asistían antes de su realización, por lo que dicha prueba se consideró practicada vulnerando su derecho de defensa en el aspecto del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable (f.j.4). Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, de 26 de octubre de 2004, consideró viciado el consentimiento del imputado a quien encontrándose en situación de prisión preventiva se le había extraído sangre para determinación de su perfil de ADN por falta de la necesaria información sobre la posibilidad de negarse a la extracción y de las consecuencias de la prueba, además de por la ausencia de asistencia letrada dada su condición de preso (f.j.1)³²⁹.

³²⁷ En parecidos términos, la SAP Huesca, sec. 1ª, de 30 de diciembre de 2010, consideró que se había producido una injerencia ilegal en la integridad física y la intimidad personal del acusado mediante la extracción sanguínea practicada para determinar el grado de alcoholemia aprovechando su situación de inconsciencia o de semiinconsciencia sin haber sido informado de la verdadera finalidad de la extracción de sangre (f.j.2). Así también, en la posterior sentencia de 24 de enero de 2011 (f.j.2).

³²⁸ También la Audiencia Provincial de Palencia, sec. 1ª, consideró en sentencia de fecha 4 de marzo de 2004, nula la analítica de sangre practicada a instancias de una solicitud policial a un conductor hospitalizado, pese a que éste prestó su consentimiento para ello, porque lo hizo en la creencia de que se trataba de una orden judicial cuando, en realidad, no existía tal, ni tampoco mandamiento judicial validante de tal ausencia (f.j.3).

³²⁹ Contrariamente, la SAP Cuenca, sec. 1ª, de 17 de mayo de 2007, en un caso análogo, consideró – tras afirmar que no existía prueba alguna de que no se informara al acusado del objeto de la extracción – que, incluso en la hipótesis de no haberle informado, no se habría vulnerado derecho fundamental alguno,

También la Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, en sentencia de fecha 28 de abril de 2006, consideró viciado el consentimiento prestado por el acusado, aunque lo fue a presencia de secretario judicial, porque no fue informado de que la obtención de las muestras biológicas se le solicitaba en condición de sospechoso de un determinado robo con fuerza (delito distinto del que había dado lugar a su detención) y con el propósito de determinar su perfil genético para cotejarlo con el de los restos biológicos hallados en el lugar de los hechos. Además, tampoco se le instruyó de su derecho a no experimentar en su cuerpo injerencia alguna, por leve que fuera, sin perjuicio de una ulterior autorización judicial que supliera su eventual falta de consentimiento. Y, todo ello, sin olvidar que tampoco contó con la preceptiva asistencia letrada, pese a estar detenido, aunque lo fuera por hechos distintos (f.j.1).

Más recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, sec. 1ª, de 24 de enero de 2011, declaró ilícita la prueba de alcoholemia practicada al apelante a instancias de la Policía Local – la cual, por cierto, recabó la necesaria autorización judicial un día después – cuando se encontraba ingresado en el centro hospitalario como consecuencia del accidente de circulación sufrido, por cuanto el mismo no dispuso de información alguna sobre la verdadera finalidad de la extracción de sangre, a cuya práctica pudo haberse negado, sin perjuicio de la valoración que pudiera haberse dada a tal eventual negativa (f.j.1). Extracción sanguínea que no fue realizada con fines terapéuticos, ni tampoco fue practicada con autorización judicial en el momento en que se llevó a cabo³³⁰.

En el caso concreto de la extracción de muestras biológicas para la determinación del perfil de ADN habrá de informarse también al afectado que los datos identificativos extraídos a partir de su ADN se inscribirán en la base de datos policial creada por la LO 10/2007, de 8 de octubre, aunque no sea necesario para ello su consentimiento, conforme a lo previsto en el artículo 3.1 de dicha ley. También habrá de informársele por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento³³¹.

puesto que tal prueba tiene carácter pericial y el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005 establece que es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoincriminarse y que carece de asistencia letrada, constituyendo el artículo 778.3 LECrim habilitación legal suficiente para la práctica de esta diligencia (f.j.5).

³³⁰ En parecidos términos, la SAP Madrid, sec. 6ª, de 27 de febrero de 2012, ha descartado la presencia de un consentimiento informado eficaz del afectado que legitime el análisis sanguíneo efectuado cuando se encontraba ingresado en el centro hospitalario, aun partiendo de la premisa fáctica de que existiera consentimiento en la extracción de sangre, por cuanto no fue informado de que la finalidad de tal análisis fuera determinar la tasa de alcohol en sangre; prueba ajena a toda finalidad terapéutica que no resultaba previsible para quien es sometido a pruebas médicas por el personal facultativo del hospital (f.j.1).

³³¹ En este sentido, advierte HOYOS SANCHO: “Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN”, cit., pág. 258, a la vista de los modelos de “Actas de recogida de muestras biológicas” empleadas por la autoridad policial que no cabe concluir que el sospechoso sea debidamente informado de todos sus derechos en este ámbito, en particular, de los relativos al acceso, rectificación y cancelación de las inspecciones de perfiles identificativos y, menos aún, en relación con la conservación de muestras corporales para futuros análisis.

Sin embargo, el Anteproyecto de LECrim de 2011 únicamente preveía que la persona que hubiera de facilitar muestras biológicas para la realización de análisis genético encaminado a obtener los marcadores de ADN, antes de prestar su consentimiento, fuese informada de manera comprensible del fin para el que la muestra había de ser obtenida, de los análisis que hubieran de realizarse sobre ella y de los datos que pretendían obtenerse con los mismos (art. 265.1). Consentimiento que se podría prestar sin necesidad de asistencia letrada, aun encontrándose detenida la persona que hubiera de facilitar las muestras, siempre que no se utilizasen otros medios o instrumentos distintos del frotis bucal (art. 265.2)³³². Consentimiento al que se atribuía, una vez más, la virtualidad de hacer innecesaria la autorización judicial del Juez de Garantías (art. 263.1 2º párrafo) cuando el interesado lo prestase de conformidad con las garantías e información antedichas.

En cambio, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 no prevé la facilitación de información alguna al encausado que ofrezca una muestra auténtica de contraste para su comparación con la muestra dubitada obtenida por la Policía Judicial, pero sí establece la necesidad de que su consentimiento se preste con asistencia y previo asesoramiento de letrado cuando se hallare cautelarmente detenido o privado de libertad (art. 288).

Debe distinguirse, pues, el consentimiento para la práctica de la medida, del consentimiento para la inclusión en la base de datos policial. A diferencia del primero, éste último no es necesario y así se prevé expresamente en la citada LO 10/2007. Circunstancia que constituye, en definitiva, una de las excepciones previstas en la Ley orgánica de Protección de Datos a la necesidad del consentimiento informado como elemento fundamental del tratamiento de datos. Información que, salvo excepciones como la contemplada, según el artículo 5.1 de dicha ley, ha de ser previa, expresa, precisa e inequívoca y ha de versar sobre todas las características que ayudan a identificar el tratamiento y a su responsable.

En definitiva, la información ha de ser completa para que el consentimiento pueda ser tildado de eficaz³³³. Información que debe contener la resolución que acuerde

³³² En este punto, cabe citar la SAP Badajoz, sec. 1ª, de fecha 18 de abril de 2006, que consideró irregular la realización de un frotis bucal, pese a haber accedido voluntariamente el sujeto afectado por la medida, toda vez que no constaba habersele advertido de su derecho a no autoinculparse, esto es, por no constar que se le hubiera informado de manera clara y concluyente de las consecuencias que podían derivarse en su contra del resultado de dichas muestras y no contar, además, en ese momento con asistencia letrada (f.j.3).

³³³ En materia de pruebas médicas a realizar en el ámbito de las relaciones laborales, el Tribunal Constitucional ha establecido las exigencias que debe cumplir la información a prestar al trabajador: "...el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esa exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal [...] En segundo lugar, es preciso también un acto expreso de información si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad (como ocurre con el consumo habitual de drogas, STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3). Finalmente, por su importancia destacada en el presente caso, la misma necesidad de información previa existe cuando las pruebas a practicar sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. En efecto, al margen

la medida y que ha de explicitarse de forma comprensible a la persona afectada en una comparecencia en la que ésta manifieste su conformidad en la ejecución³³⁴.

Se defiende, pues, la necesidad de resolución judicial con carácter previo a recabar el consentimiento del afectado, pese a que la jurisprudencia viene a admitir que el mero consentimiento sería suficiente para considerar correctamente realizada la intervención corporal. En este sentido, la STS de 7 de marzo de 1996, núm. 211/1996, ratificó la sentencia del tribunal a quo considerando que la diligencia se había practicado con todas las garantías porque los procesados habían consentido su práctica tras ser asesorados por su defensores constanding en la comparecencia efectuada que habían sido informados por ellos mismos de sus posibles consecuencias, pese a que, ciertamente, la providencia origen de la comparecencia acordaba únicamente citar a los imputados “a los efectos de informales sobre la prueba de ADN y sus consecuencias y para que manifestaran su conformidad con la extracción de sangre para realizar tal prueba, que será realizada en su caso el mismo día.” Así pues, obtenida la conformidad, se llevó a la práctica la diligencia sin, al parecer, posterior resolución judicial acordando la misma. Pese a que, ciertamente, el Tribunal Supremo valida tal proceder, entendemos que la resolución judicial motivada acordando la misma ha de existir, en todo caso, con anterioridad, pues en la misma debe explicitarse su necesidad y las razones que la justifican, las cuales permitirán, posteriormente, si procede, analizar su corrección³³⁵.

Comparecencia que deberá efectuarse con asistencia de letrado³³⁶, cuya presencia garantizará que la información dada al afectado ha sido completa y que éste ha mostrado

de lo que corresponda decir desde un prisma legal sobre la posibilidad de realizar dichas detecciones adicionales, en garantía del derecho fundamental a la intimidad personal se impone que el consentimiento sea informado particularmente en aquello que no sea previsible, y eso es lo que ocurre, tratándose de un reconocimiento médico de vigilancia de la salud en función del riesgo laboral (art. 22.1 LPRL), con las pruebas y datos extraños a esa finalidad.” (STC 196/2004, de 15 de noviembre, f.j.9)

³³⁴ Es más, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 376, defiende, al estilo del Derecho Procesal alemán, la existencia de una audiencia (juez de instrucción-imputado) previa a dictar la resolución que acuerde la intervención corporal en la cual pueda tomar conocimiento del estado de salud del afectado por la medida, así como su particular esquema valorativo sobre las posibles medidas a realizar a fin de adoptar la idónea conforme al principio de proporcionalidad. Señala también MONTERO LA RUBIA: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la LECrim por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, cit., pág. 16, en su estudio del reformado artículo 363 LECrim, que en desarrollo del principio de necesidad, como requisito del principio de proporcionalidad, se podría haber hecho referencia a la posibilidad de una audiencia previa del afectado con la finalidad de determinar el modo menos gravoso de llevar a cabo la intervención.

³³⁵ Por el contrario, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 114, entienden que la citación al afectado para prestar el consentimiento y permitir la toma de la muestra biológica puede efectuarse mediante providencia, siendo únicamente necesario un auto motivado para acordar la medida ante la negativa del afectado.

³³⁶ Para la jurisprudencia, sin embargo, sólo es necesaria la asistencia del letrado cuando el sujeto está detenido y para determinadas diligencias de instrucción. Así, el ATS de 18 de junio de 1997, núm. 1248/1997, no considera necesaria la asistencia letrada para prestar consentimiento a una extracción de muestra de sangre: “La asistencia de letrado no era necesaria; en efecto, es doctrina de esta Sala (vid., por todas, SS 4 de diciembre 1992, 17 febrero 1993 y 13 junio 1994) que „el art. 17.3 de la Constitución garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la Ley establezca y la redacción del art. 520 de la Ley, introducida tras la vigencia de la Constitución, en 1983, señala como preceptiva la presencia de letrado del detenido o preso en las declaraciones policiales y judiciales que haya de prestar y para los reconocimientos de identidad de que sea objeto, y, además, se le nombrará Letrado de oficio, si no lo hubiese ya designado, y ello sin perjuicio del derecho a nombrarle o

su conformidad en su práctica sin ningún tipo de coacción o trato incompatible con su libertad por parte del órgano jurisdiccional³³⁷. En definitiva, que su consentimiento no ha sido resultado únicamente de la situación en que se encuentra.

Asistencia de letrado que debería darse también en sede policial, aunque el sujeto afectado por la medida no esté detenido, circunstancia que exige, por el contrario, la jurisprudencia para poder disponer de tal derecho³³⁸. Como estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005, núm. 516/2005:

a solicitar que se le nombre de oficio que, para todo imputado, recoge el art. 118 de la LECrim, pero sin que puedan interpretarse estos preceptos en el sentido de que la presencia y asistencia de letrado ha de darse en todas las diligencias de la instrucción de tal modo que sea requisito necesario para la validez de esas diligencias” (f.j.1). Sin embargo, la STS de 7 de noviembre de 2007, núm. 940/2007, f.j.1, admite la necesidad de asesoramiento de letrado a un detenido para poder prestar su consentimiento para la obtención de muestras biológicas por aplicación analógica de la jurisprudencia relativa al consentimiento para la práctica de la diligencia de entrada y registro en el domicilio, aunque en el caso concreto analizado termine desestimando la petición de nulidad del recurrente por ése y otros motivos por entender que carecía de relevancia en cuanto el tribunal dispuso de una prueba de cargo regularmente obtenida y con entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, al margen de la prueba cuestionada.

³³⁷ Para ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 114, es conveniente que el consentimiento sea prestado en presencia del Juez de Instrucción y del Secretario judicial, aunque la propuesta provenga de la policía y, asimismo, con asistencia letrada.

³³⁸ En efecto, como hemos apuntado, la jurisprudencia sólo exige la presencia de letrado cuando el imputado se encuentra detenido, no en libertad, aunque ello no excluye la información correcta de la diligencia a practicar y sus consecuencias, así como la ausencia de toda clase de coerción. Distingue claramente ambas situaciones, en un supuesto de entrada y registro domiciliario, la STS de 11 de diciembre de 1998, núm. 1576/1998: “La autorización o licencia que el consentimiento significa para que los funcionarios policiales penetren y registren el domicilio de una persona debe estar absolutamente desprovisto de toda mácula que enturbie el exacto conocimiento de lo que se hace y la libérrima voluntad de hacerlo. Es decir, el consentimiento ha de estar exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño (art. 1265 del Código Civil), pues si tales rigurosas exigencias son requeridas para las relaciones contractuales, mucha más severidad habrá de aplicarse cuando se trata de renunciar a un derecho fundamental del individuo. El consentimiento prestado por una persona privada de libertad por la previa detención de que ha sido objeto, debe ser correctamente informado y terminantemente libre; esto es, el detenido debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere, así como las consecuencias que pueden derivarse de esa actuación policial; y debe estar garantizada la ausencia de todo tipo de coerción o amedrentamiento que pueda viciar la libertad con que debe tomarse la decisión.

En este sentido resulta especialmente relevante diferenciar la situación de la persona que, en libertad, accede a autorizar la entrada y registro de su domicilio, de aquella otra que se presenta cuando el que abdica de su derecho se encuentra detenido en poder de las fuerzas policiales, en unas condiciones anímicas que han sido calificadas por esta misma Sala como de „intimidación ambiental” (STS de 13 de junio de 1992), poniéndose también de manifiesto la eventual „coacción que la presencia de los Agentes de la Autoridad representan -quírase que no en cuyo supuesto se carece de la serenidad precisa para actuar en libertad” (STS de 20 de septiembre de 1994). La doctrina de esta Sala ha establecido que el consentimiento otorgado en esas condiciones es un consentimiento viciado y carente de eficacia, y ha insistido con reiteración que en la situación descrita de detención del interesado, únicamente podrá otorgarse validez al consentimiento cuando éste se presta con asistencia de Letrado defensor a que todo detenido tiene derecho de acuerdo con los artículos 17.3 y 24.2 de la C.E., y 520 de la L.E.Cr., porque la presencia del Abogado, que interviene precisamente en defensa de los derechos del detenido, se configura como elemento de legitimación de la autorización concedida y garante de la libertad decisoria del interesado y de su información sobre dicha decisión.” (f.j.4)

“... el consentimiento del detenido a la Policía sin estar asistido de letrado es un consentimiento viciado y, por consecuencia nulo, extendiéndose esa nulidad al resultado de la diligencia practicada y por efecto del art. 11.1 LOPJ a las pruebas derivadas, al haber sido obtenida la principal con vulneración constitucional del derecho de defensa” (f.j.1)

Doctrina que no consideró de aplicación al caso concreto porque la exploración radiológica de la detenida no se practicó en base a su consentimiento, sino en virtud de un auto judicial anterior a su detención material y su traslado al centro sanitario, reiterando, por otra parte, que no tratándose tal exploración de una diligencia policial o judicial de declaración o de identificación, no era legalmente necesaria la presencia de letrado defensor.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, de 10 de diciembre de 2012, sí ha considerado, en cambio, viciado el consentimiento prestado por el detenido para la recogida de muestras de ADN, tanto del interior de su mucosa bucal, como de sus calzoncillos, dado el limitado conocimiento del idioma por parte del acusado, la ausencia de intérprete en la realización de esos actos y la ausencia de letrado, sin que concurriesen tampoco razones de urgencia que pudiesen justificar tales actuaciones por parte de la Policía sin una previa autorización judicial (f.j.1).

En esta línea, la sec. 7ª de la Audiencia Provincial de Málaga anuló, en sentencia de fecha 22 de diciembre de 2006, la intervención realizada sobre la cavidad bucal del procesado para tomarle un molde de escayola de sus impresiones dentales por entender que para poder llevar a cabo la misma debió mediar resolución judicial motivada y asistencia de letrado, “no bastando para ello su mero consentimiento manifestado ante la Policía” (f.j.1C)³³⁹.

En definitiva, las razones para la asistencia de abogado en el momento de notificar la resolución que acuerda la medida de investigación corporal al imputado y requerir su consentimiento son las mismas que las que se esgrimen para la asistencia de letrado en una declaración. Ello es así por cuanto la resolución judicial que acuerda la medida, como expusimos, atribuye al afectado por ésta la condición de imputado y dicha atribución lleva aparejada el nacimiento del derecho de defensa (art. 118 LECrim), momento a partir del cual el imputado puede personarse en la causa mediante abogado y procurador que le defienda y represente, respectivamente.

Por tanto, si no hay razones de urgencia que excepcionen la exclusividad jurisdiccional en la adopción de la medida, tampoco debe haberlas para excepcionar la asistencia letrada a la persona afectada por la medida³⁴⁰.

³³⁹ Del mismo modo, anuló el informe pericial de ADN del procesado realizado sobre una muestra indubitada de saliva obtenida contraviniendo lo dispuesto en el artículo 363.2 LECrim en Comisaría, “por propia iniciativa de la Policía, estando detenido el procesado, sin asistencia de letrado, y sin autorización judicial” (f.j.1D). Téngase en cuenta, con todo, que dicha resolución judicial es anterior a la LO 10/2007, de 8 de octubre, cuya DA3ª sí ampara la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado por parte de la policía judicial.

³⁴⁰ Así también para la práctica de ADN, PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., pág. 194. Precisamente a razones de urgencia alude la STS de 5 de mayo de 2010, núm. 383/2010, para considerar que la toma de muestras corporales (residuos de disparo) realizada al sujeto cuando se encontraba en situación de inconsciencia en el centro hospitalario no requería autorización

Como advierte PÉREZ MARÍN respecto a la prueba de ADN, la participación del letrado es imprescindible, no tanto en la ejecución propiamente dicha, sino en la información que se deba dar al imputado para que éste pueda prever y ponderar las consecuencias de su decisión³⁴¹.

Finalmente, señalan ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA, prestándose el consentimiento ante el Juez y el Secretario judicial, éste levantará acta haciendo constar que el sujeto afectado, al igual que su letrado, han sido informados de la finalidad de la extracción y del análisis, así como de que el resultado de la diligencia podría incriminarle³⁴².

judicial, ni acta de diligencia con presencia de Secretario judicial y asistencia de abogado. Además de no considerar necesario su consentimiento para la práctica de una diligencia de tales características, considera innecesaria la presencia de letrado porque el afectado no estaba detenido y porque, aún habiéndose tratado de un detenido, “la toma de muestras en la forma que se practicó era una actuación inmediata que no exige asistencia letrada, no se trata de una diligencia de reconocimiento de la que deba ser objeto el acusado, y la presencia de letrado no supone un plus de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva tendente solo 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 y no cabe entender que el sometimiento a esta diligencia imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos a la toma de huellas dactilares o al test de alcoholemia.” (f.j.4). En esta línea, sorprende, sin embargo, Manuel Jesús DOLZ LAGO: “ADN y derechos fundamentales”, *La Ley*, núm. 7774, 12 enero 2012, ref. D-15, pág. 1298, cuando afirma que no siendo la toma de muestras de ADN una diligencia netamente incriminatoria, sino que puede también favorecer al detenido, “no debieran extremarse las garantías derivadas de la asistencia letrada, la cual podría incluso aconsejar la no prestación del consentimiento en contra del propio detenido y de las expectativas de ser descartado en la investigación penal” (la cursiva es nuestra, evidentemente).

³⁴¹ PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., pág. 190. La misma autora, con carácter más general, refiriéndose a las diligencias de intervención corporal, justifica la no presencia de letrado en el momento de llevarse a cabo la prueba en la profesionalidad de quienes la realizan que “por sus propios conocimientos” garantizarían una ejecución adecuada y respetuosa con el pudor de la persona. Así, en “Sobre el consentimiento del sujeto pasivo de las diligencias de investigación corporal”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 95, 2008, pág. 137. IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 79, defiende incluso la presencia del abogado defensor durante la realización de la diligencia “como un medio de garantizar la posible defensa del acusado en relación al modo en que ha tenido lugar la práctica y realización de la intervención corporal y si, en su caso, se ha observado la cadena de custodia.”

³⁴² ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 115. Razones que, a nuestro entender, junto con la naturaleza de la medida, avalan la necesidad de que la misma se acuerde mediante auto motivado y no por mera providencia, a diferencia de lo que sostienen los autores citados que sólo exigen tal tipo de resolución ante la negativa del sujeto afectado por la medida.

V. INVESTIGACIONES CORPORALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Los derechos fundamentales afectados

Los derechos fundamentales³⁴³, en tanto derechos de vigencia inmediata³⁴⁴, someten el poder legislativo, ejecutivo y judicial³⁴⁵ a sus normas. Son definidos principalmente por la jurisprudencia constitucional, a su vez vinculante³⁴⁶. Es el Tribunal Constitucional, pues, quien define el contenido esencial de los derechos fundamentales³⁴⁷.

Doctrina y jurisprudencia han puesto de manifiesto la doble naturaleza de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y deberes positivos por parte de éste como garante de su vigencia³⁴⁸. Aquí interesa la perspectiva de los derechos fundamentales como límites al poder estatal³⁴⁹.

³⁴³ La expresión derechos fundamentales no es unívoca. El Tribunal Constitucional utiliza la misma en un sentido jurídico-positivo, esto es, restringida a los derechos reconocidos en la sección 1ª del capítulo II del Título I de la Constitución (art. 15 a 29), y formal, incluyendo el derecho de igualdad (art. 14) y la objeción de conciencia (art. 30.2), susceptibles de recurso de amparo (arg. art. 53.2 CE y 41.1 LOTC). Sin embargo, como afirma el que fuera Presidente del Tribunal Constitucional, Pedro CRUZ VILLALÓN: “Constitución y justicia constitucional”, *Procuradores*, número 21, enero-febrero 1999, pág. 40, hoy día no hay razón alguna para que el amparo constitucional no se extienda a los derechos fundamentales de la sección 2ª del capítulo II.

³⁴⁴ Para Jesús GARCÍA TORRES: “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, *Poder Judicial*, número 10, junio 1988, págs. 11-33, no hay un único tipo de eficacia vinculante de los derechos fundamentales, sino que existen tipos diversos y plurales de vinculación.

³⁴⁵ La vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales está reconocida en el art. 53.1 CE. Respecto a la vinculación del poder judicial, el artículo 7 LOPJ dispone, en su apartado 1, conforme al precepto constitucional: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales, y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”, y, en su apartado 2: “En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido”.

³⁴⁶ En virtud del 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”. Es decir, los derechos fundamentales vinculan a los jueces y tribunales conforme a la interpretación que de tales derechos realiza el Tribunal Constitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional ejerce una actividad creativa de normas generales. Ejemplo significativo de la creación judicial del Derecho es la extensión de la garantía judicial de algunos derechos fundamentales.

³⁴⁷ GARCÍA TORRES: “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, cit., pág. 16, advierte, sin embargo, que “la jurisprudencia constitucional se caracteriza, y *debe* caracterizarse, por su resistencia a señalar confines precisos a los derechos fundamentales” a fin de que sigan siendo “derechos fundamentales-fuente”.

³⁴⁸ En términos de la STC 53/1985, de 11 de abril: “Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al

El doble carácter de los derechos fundamentales como derechos subjetivos y como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional (STC 25/1981, de 14 de julio) tiene como consecuencia específica respecto de los derechos fundamentales sustantivos la adquisición de una dimensión procedimental³⁵⁰, según la STC 81/1998, de 2 de abril:

“Son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones.” (f.j.2)³⁵¹

Las investigaciones corporales suponen intromisiones más o menos graves de los poderes públicos en el cuerpo de una persona que, en su realización, pueden afectar diversos derechos fundamentales³⁵². Por ello, para afirmar la constitucionalidad de tales

legislador, quien recibe de los derechos fundamentales „los impulsos y líneas directivas“, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa” (f.j.4).

³⁴⁹ Para una delimitación histórica y conceptual de los derechos fundamentales, vid. Antonio PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1986. Una teoría jurídica general sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana puede verse en Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993.

³⁵⁰ El carácter de los derechos fundamentales como reglas básicas de los procedimientos utilizados en todo sistema democrático, entre los cuales se encuentra el proceso penal, fue puesto de relieve por Tomás Salvador VIVES ANTÓN: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. especial II, 1986, CGPJ, Madrid, págs. 125-126.

³⁵¹ Este principio general ha de afirmarse, de modo especialmente rotundo, en el ámbito del proceso penal, sigue diciendo la citada STC 81/1998, en su fundamento jurídico 2º. Por eso, cada una de las fases del proceso penal “se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva, e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece (STC 109/1986, fundamento jurídico 1.º), la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado (STC 41/1997, fundamento jurídico 5.º)”.

³⁵² Por ello, sorprendía que el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN, publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1867, de 15 de abril de 2000, afirmase que las materias que regulaba no incidían en los derechos fundamentales o libertades públicas, ya que asimismo admitía que los análisis de ADN con fines de investigación criminal implicaban una intervención corporal. Dichas premisas llevaban a la conclusión silogística de que las intervenciones corporales no afectaban a los derechos fundamentales o libertades públicas. A pesar de ello, como advertía ETXEBERRIA GURIDI: “Intervenciones corporales: la regulación que se aproxima”, cit., pág. 1303, se preveían en el texto normativo una serie de garantías vinculadas con la restricción de los derechos fundamentales. En este sentido, la misma Exposición de Motivos afirmaba que se había dotado a la Ley de un completo régimen de garantías no sólo con el fin de no incidir en los derechos fundamentales, sino también de que la injerencia en la esfera genética del individuo no supusiese una alteración de cualquier otro derecho subjetivo. La, finalmente, LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, parte de la premisa de que, en la actualidad, los avances técnicos permiten que la obtención de datos exclusivamente identificativos a partir de una muestra de ADN se pueden realizar de manera rápida, económica y “escasamente limitadora de los derechos de los ciudadanos”. Con todo, recalca que en la redacción de la ley se han tenido en cuenta los criterios que, sobre la protección de los derechos fundamentales en la obtención de las pruebas a partir de los perfiles de ADN, ha venido conformando el Tribunal Constitucional en sentencias tales como la 207/1996, de 16 de diciembre, e insiste en que para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la

medidas es necesario estudiar, con carácter previo, cuáles son los derechos en tensión³⁵³ y, posteriormente, los presupuestos a los que han de ajustarse las mismas para ser legítimas. Ello nos llevará a plantear la doctrina constitucional sobre los límites de los derechos fundamentales y al análisis del principio de proporcionalidad, toda vez que cualquier medida restrictiva de derechos y libertades viene determinada por la estricta observancia de dicho principio.

1. 1. *La dignidad humana como minimum invulnerable*

La dignidad constituye la base y razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona³⁵⁴. En este sentido, la dignidad como valor jurídico fundamental³⁵⁵, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)³⁵⁶.

Según la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (f.j.8)³⁵⁷.

identidad del sujeto y del sexo. En ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética.

³⁵³ En este orden de cosas, debe tenerse en cuenta que la vinculación de la prueba de ADN en el proceso penal con el problema de las intervenciones corporales conduce a considerar como derechos fundamentales afectados por los análisis de ADN los derechos fundamentales afectados, en realidad, por las intervenciones corporales. Así, CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., págs. 74-77 y, anteriormente, en “Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual”, cit., págs. 818-820; GIL HERNÁNDEZ: “La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal”, cit., págs. 880-886, quien considera extrapolable la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la prueba de alcoholemia por ser de aplicación analógica a las biológicas, y Cristóbal Francisco FÁBREGA RUIZ: “Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la „huella genética“ y su valoración judicial”, *La Ley*, núm. 4721, 27 de enero de 1999, pág. 1694. En contra de este planteamiento, ETXEBERRÍA GURIDI: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 189-190, estudia el derecho a la intimidad genética y el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática como los derechos individuales que resultan en esencia afectados exclusivamente mediante los análisis de ADN.

³⁵⁴ Así, Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, 1996, pág. 74, para quien los derechos inviolables inherentes a la persona en razón de su dignidad serán aquellos cuya vulneración atente contra la personalidad o contra su desarrollo y no sólo los derechos que la Constitución califica como fundamentales. Igualmente, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, pág. 97.

³⁵⁵ La doctrina es unánime al afirmar que la dignidad no es un derecho fundamental, pero se muestra vacilante en su calificación como valor superior, principio general del derecho, principio rector supremo, valor supremo o principio fundamentador.

³⁵⁶ STC 53/1985, de 11 de abril, f.j.8. ALEGRE MARTÍNEZ: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, cit., pág. 109.

³⁵⁷ No es nada fácil conceptuar la dignidad, hasta el punto que Ingo von MÜNCH: “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 5, mayo-agosto 1982, pág. 19, ha podido afirmar: “A todas luces es imposible determinar de modo satisfactorio

En materia de investigaciones corporales, se cita como ejemplo de intromisión vulneradora de la dignidad humana, extraído de la doctrina alemana, los “test falométricos” que tratarían de medir la reacción del pene ante un estímulo sexual mediante un “erectómetro”³⁵⁸. En esta línea, cabe citar la STS de 28 de abril de 1982 que calificó de denigrante para quienes la realizaran y para la persona sobre la cual se llevase a cabo, aunque él mismo la hubiese solicitado, dado que la dignidad humana no es jamás negociable, la prueba solicitada consistente en que, por la Escuela de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid, se designaran dos especialistas para que informaran sobre la capacidad general en el varón español de realizar sucesivamente varios coitos con eyaculación, concretando número y tiempo, y que, al mismo tiempo, se realizara un estudio del recurrente, tras el cual se debería informar, en la dirección ya expresada, sobre su capacidad concreta para realizar varios coitos sucesivos con eyaculación, número de éstos y período necesario para ello, en su caso (f.j.1)³⁵⁹.

La jurisprudencia constitucional concluye, por su parte, que no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas (SSTC 103/1985, de 4 de octubre, f.j.3 y 7/1994, de 17 de enero, f.j.3 A), ni tampoco un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina (STC 37/1989, de 15 de febrero, f.j.7).

qué es la dignidad de la persona humana, mientras que manifiestamente sí es posible fijar cuándo se la está vulnerando”. GONZÁLEZ PÉREZ: *La dignidad de la persona*, cit., pág. 112, tras reconocer las dificultades de dar una definición de algo tan consustancial a la persona, afirma que sólo podrá llegarse a una posición firme acudiendo a la esencia y fundamento de la dignidad, que concibe como: “el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado”. Vincula, en último término, la dignidad a la filiación divina del hombre, a su sentido cristiano. ALEGRE MARTÍNEZ: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, cit., págs. 27-30, ante las dificultades de definir en abstracto la dignidad, intenta un concepto jurídico teniendo en cuenta una serie de “condiciones, presupuestos o postulados” que permitan conceptualizarla a través de sus “características” para terminar definiéndola como “la característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad -independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida- que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes”.

³⁵⁸ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 298; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 168; URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO: *La prueba ilícita penal*, cit., pág. 92; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 49, quien incluye en este capítulo los supuestos de narcoanálisis dada su anulación de la capacidad volitiva del sometido. En este sentido, Ángel TORÍO LÓPEZ: “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Poder Judicial*, número 4, diciembre 1986, CGPJ, pág. 82, afirma que la dignidad resulta violada cuando la persona es tratada como objeto de intervenciones estatales en el proceso penal: “Esto ocurre con la aplicación de medios químicos o psicotécnicos para la investigación del hecho procesal, pues entonces el sujeto es utilizado como mera máquina que registra sus percepciones”.

³⁵⁹ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 374, nota 513, cita la STS de 15 de septiembre de 1989 (EDJ 1989/8012) en la que se rechaza por su carácter repulsivo e inusual una “prueba de sexometría” consistente en el reconocimiento y descripción del volumen y grosor del órgano sexual en erección del agresor y la capacidad vaginal de la víctima.

En definitiva, las distintas medidas de investigación corporal, en ningún caso, pueden dañar la dignidad personal que se constituye, así, en términos de la STC 57/1994, de 28 de febrero, en “un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar”³⁶⁰.

1. 2. *La prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes*

Históricamente la tortura fue practicada dentro del proceso penal como procedimiento jurídicamente regulado para obtener la confesión del sospechoso, del „reο indiciado de culpa“. El tormento era uno de los medios destinados a lograr el ideal del reo convicto y confeso. La prisión del reo, la indagatoria, la confesión con cargos y reconvencciones y el tormento fueron fundamentalmente las instituciones procesales destinadas, en el viejo enjuiciamiento criminal, a lograr la confesión del reo, según VÁZQUEZ SOTELO³⁶¹.

El tormento era, según enseña TOMÁS Y VALIENTE, una prueba del proceso penal, subsidiaria y reiterable, generalmente destinada a provocar por medios violentos la confesión de culpabilidad de aquel contra quien hubiera ciertos indicios, si bien, otras veces, se dirigía a obtener la acusación del reo contra sus cómplices o, incluso, a forzar las declaraciones de los testigos³⁶².

Se encontraba minuciosamente regulada, sometida a estrictos requisitos y condiciones. Según MARTÍNEZ DÍEZ, las Partidas desarrollaron la regulación de la

³⁶⁰ El Tribunal Constitucional, tras establecer que el artículo 10.1 CE no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo por impedirlo los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC, afirma: “Ello, sin perjuicio de que la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona, aunque „sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por este Tribunal como referente“ (STC 120/1990, fundamento jurídico 4.º)” (f.j.3A).

³⁶¹ VÁZQUEZ SOTELO: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, cit., pág. 13, quien estudia el tormento desde el punto de vista procesal, de las prácticas judiciales que para cubrir las lagunas habían ido creando un „estilo“ propio, hasta el punto que las Cortes de Madrid de 1598 exigieron a los jueces guardar las leyes que regulaban la tortura, frecuentemente violadas en la práctica. En este sentido, Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, “La tortura judicial en la legislación histórica española”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXII, 1962, págs. 265-267.

³⁶² Francisco TOMÁS Y VALIENTE: *La tortura en España*, Barcelona, 1994, pág. 99. Para VÁZQUEZ SOTELO: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, cit., págs. 49-51, “...se concibe como „una pena“ para „escordiar“ o averiguar los delitos, precisamente utilizando como fuente probatoria al propio reo cuya confesión „espontánea“ se trata de „forzar“ por medio del tormento, por más contradictoria que resulte en sí misma la institución”. Posteriormente, afirma que “el tormento tanto se puede dar „para probar“ como „para inquirir“, por donde resultan contrapuestas dos finalidades del tormento comprendidas ambas en el ámbito de la investigación y comprobación sumarial de los hechos pero al servicio de las dos instituciones ya estudiadas: la declaración de „inquirir“ o indagatoria y la de „confesión“ del reo”.

tortura judicial hasta el último detalle sobre la base del Derecho común elaborado por los romanistas y canonistas de los siglos XII y XIII³⁶³.

La decisión se plasmaba en una resolución denominada “sentencia de tormento” que condenaba al reo a “*questión de tormento*” y determinaba el género o calidad y cantidad del mismo. La Nueva Recopilación exigió que la resolución judicial que ordenaba el tormento tuviese forma de sentencia y no de mandamiento judicial, a diferencia de las Partidas³⁶⁴.

También se regulaba en detalle su ejecución: debía ser presenciada por el Juez y el escribano y realizada por el verdugo en lugar especialmente dispuesto para ello³⁶⁵. Se regulaban las causas y supuestos de admisibilidad, las clases y procedimientos³⁶⁶.

En la actualidad, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes³⁶⁷ comprende diferentes conceptos cuya distinción se realiza atendiendo al grado de intensidad o gravedad de las sevicias infligidas al sujeto. Así, el Tribunal Constitucional, en sentencia 57/1994, de 28 de febrero, tras declarar su conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁶⁸, ha podido afirmar que:

³⁶³ MARTÍNEZ DÍEZ: “La tortura judicial en la legislación histórica española”, cit., pág. 253.

³⁶⁴ MARTÍNEZ DÍEZ: “La tortura judicial en la legislación histórica española”, cit., pág. 264.

³⁶⁵ MARTÍNEZ DÍEZ: “La tortura judicial en la legislación histórica española”, cit., pág. 258 y VÁZQUEZ SOTELO: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, cit., pág. 58 y siguientes. TOMÁS Y VALIENTE: *La tortura en España*, cit., págs. 112-114. Se determinaba, cuando eran varios los reos por un mismo delito, el orden de preferencia para ser atormentado, con el fin de causar el menor daño o mínimo sufrimiento y, con idéntica finalidad, se aplicaba por grados.

³⁶⁶ Sobre los procedimientos e instrumentos empleados para torturar, puede verse TOMÁS Y VALIENTE: *La tortura en España*, cit., págs. 115-117. Frente a las Partidas que sólo recogían dos modos de tormento – el de azotes y el denominado de la garrucha –, la práctica judicial introdujo nuevos géneros de tormentos exquisitos y crueles.

³⁶⁷ Sobre las raíces históricas de la prohibición, vid. Ángel TORÍO LÓPEZ: “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, págs. 69-73. Concibe la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, proclamada en el artículo 15 CE, como un “principio regulativo puro” extensible a toda actividad posible del Estado y sitúa el origen histórico de la prohibición en la *Bill of Rights* de 1689.

³⁶⁸ El Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987, a diferencia de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984 de Naciones Unidas, no define la tortura ni las penas o tratos inhumanos o degradantes. De ahí la necesidad de acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque ésta no ha proporcionado definiciones genéricas sino que ha analizado, en cada caso, si el supuesto de hecho sometido a su consideración constituye violación o no del artículo 3 del Convenio. Así, según Javier BORREGO BORREGO: “La jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo, (Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en aplicación del art. 3 del Convenio Europeo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, Madrid, pág. 32 y siguientes, la primera definición de tortura, siempre atendiendo al caso concreto, la ofreció la Comisión Europea en la demanda de los países escandinavos y Holanda contra la Grecia de los coroneles, en su informe de 1969, conceptuándola como un: „...tratamiento inhumano que tiene por finalidad, por ejemplo, obtener informaciones o confesiones o infringir (sic) una pena, y es generalmente una forma agravada de tratamiento inhumano“.

En la sentencia de fecha 18 de enero de 1978 (caso Irlanda c. Reino Unido), el TEDH concibió el *tratamiento inhumano* como aquel “...que produce vivos sufrimientos físicos y morales, y es susceptible, además, de causar trastornos psíquicos agudos”. En la misma sentencia afirmó que constituyen

“...las tres nociones también recogidas en el art. 15 CE („torturas“, „penas o tratos inhumanos“, penas o tratos „degradantes“) son, en su significado jurídico „nociones graduadas de una misma escala“ que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, „padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente“ (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 9.º y 137/1990, fundamento jurídico 7.º). [...] E interesa destacar, de otra parte, que este Tribunal ha declarado que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante „en razón del objetivo que persigue“ ello no impide que se le pueda considerar como tal „en razón de los medios utilizados“ (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 9.º y 137/1990, fundamento jurídico 7.º)” (f.j.4).

El Tribunal Constitucional ha tratado esta prohibición en relación con diversas cuestiones³⁶⁹ siendo de gran interés, dado el objeto de nuestro estudio, las relacionadas con el problema del suministro forzoso de alimentos a internos en instituciones

tratamiento degradante aquellas “medidas de tal naturaleza que crean en los individuos sentimientos de miedo, angustia y de inferioridad, y que les humillan, envilecen y rompen eventualmente su resistencia física o moral”. En la sentencia de fecha 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cosans c. Reino Unido), afirmó que “...para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso”.

En la sentencia de fecha 25 de abril de 1978 (caso Tyrer c. Reino Unido), el Tribunal Europeo analizó los conceptos de *pena inhumana* y *pena degradante*. Tras afirmar que el sufrimiento que se cause debe alcanzar determinado nivel para que se pueda calificar a una pena como inhumana en el sentido del art. 3, previno respecto a las consecuencias que en sí misma considerada conlleva cualquier pena: “El Tribunal advierte, ante todo, que una persona puede ser humillada por el mero hecho de su condena. Sin embargo, lo que interesa en relación con la finalidad del artículo 3 es que la humillación se produzca no por la mera condena, sino por la ejecución de la pena. [...] Ahora bien, sería absurdo sostener que cualquier pena judicial, debido al aspecto humillante que ofrece de ordinario y casi inevitablemente, tiene una naturaleza „degradante“ en el sentido del artículo 3. Hay que completar la interpretación del texto de que se trata. Al prohibir expresamente las penas „inhumanas“ y „degradantes“, el artículo 3 supone, además, su distinción de las penas en general. Entiende el Tribunal que para que una pena sea „degradante“ e infrinja el artículo 3, la humillación o el envilecimiento que implica tienen que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse, en cualquier caso, del elemento habitual de humillación que se ha mencionado en el párrafo anterior. Esta apreciación es forzosamente relativa: depende del conjunto de circunstancias del caso y, especialmente, de la naturaleza y del contexto de la pena, así como de la manera con que se ejecute” (f.j.30).

³⁶⁹ Pese a que a priori la prohibición del art. 15 CE conduce a pensar en todo tipo de tratos brutales y sevicias, lo cierto es que a su amparo se han planteado recursos ante el Tribunal Constitucional por cuestiones mucho más sutiles como, por ejemplo, la privación de relaciones sexuales a internos en establecimientos penitenciarios. Así, en la sentencia 89/1987, de 3 de junio, el Tribunal concluyó que la prohibición sexual del interno forma parte de la privación de libertad y no constituye trato inhumano o degradante – con cita de la STC 65/1986 – como tampoco la abstinencia sexual resultado de la privación de libertad pone en peligro la integridad física o moral del abstinentes tanto más cuando tal situación sólo afecta a los reclusos sometidos al régimen del artículo 10 LOGP. Con anterioridad, la STC 2/1987, de 21 de enero, había rechazado que la sanción de aislamiento en celda constituyera trato inhumano o degradante. En definitiva, para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes en el ámbito penitenciario es necesario que “acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena” (SSTC 65/1986, f.j.4; 2/1987, f.j.2; 81/1987, f.j.2; 120/1990, f.j.9; 137/1990, f.j.7 y 150/1991, f.j.7; entre otras). Así, GIL HERNÁNDEZ: “La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal”, cit., pág. 884.

penitenciarias. Cuestión que abordó el Tribunal con motivo de la huelga de hambre de presos del GRAPO en las sentencias 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 11/1991, de 17 de enero; 67/1991, de 22 de marzo.³⁷⁰

También ha tratado la prohibición de tratos inhumanos o degradantes en relación con los cacheos realizados a internos en instituciones penitenciarias. En la STC 57/1994, de 28 de febrero, el demandante de amparo fundaba su recurso en que tras una comunicación íntima se le ordenó, para cachearle, desnudarse completamente y realizar flexiones, a lo que se había negado por entender que dicha orden constituía trato vejatorio y degradante prohibido por el art. 15 CE, en conexión con el art. 10.1, y vulneraba el derecho a la intimidad personal recogido en el art. 18.1, por lo que suponía una exigencia arbitraria e ilegítima cuya desobediencia era un acto de dignidad personal que merecía la tutela y el respeto social. Como consecuencia de la negativa se le impusieron dos sanciones de tres fines de semana de aislamiento en celda, después reducidas a dos y un fin de semana respectivamente.

Respecto a la interdicción de la tortura así como de las penas o tratos inhumanos o degradantes, tras recordar su plasmación legislativa en distintos tratados, en el ámbito penitenciario, y la doctrina constitucional sobre la materia, el Tribunal, atendidas las circunstancias del caso, rechazó el amparo:

“En efecto, aun siendo la queja del recurrente ciertamente escueta en cuanto a las circunstancias relativas a la práctica de la medida que se le ordenó, de ella claramente se desprende que el contenido de la orden recibida no entrañaba que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de

³⁷⁰ En la primera de ellas, el recurso de amparo tenía por objeto la resolución judicial que autorizaba y obligaba a la Administración Penitenciaria a prestar asistencia médica a los reclusos en huelga de hambre en cuanto implicase la alimentación forzosa en contra de la voluntad de los mismos – aunque excluyendo en todo caso la alimentación por vía bucal mientras se mantuvieran conscientes – cuando, de acuerdo con los conocimientos médicos, esa alimentación fuese necesaria fuera impedir el riesgo de muerte. Limitado, en este momento, el objeto de nuestro estudio a la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, el Tribunal consideró que la misma no había sido vulnerada por la asistencia médica cuya autorización judicial se recurría. Tras establecer el concepto de tortura y de tratos inhumanos o degradantes y el carácter especial de los mismos en el medio carcelario afirmó, respecto al caso concreto:

“De acuerdo con estos criterios, en modo alguno puede calificarse de „tortura“ o „tratos inhumanos o degradantes“, con el sentido que esos términos revisten en el art. 15 CE, la autorización de una intervención médica, como la impugnada por los recurrentes, que, en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien se vea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo. En esta actuación médica, ajustada a la „lex artis“, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación e indignidad. Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante.

El hecho de que la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide sin embargo, por sí mismo, que se le pueda considerar como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte. Ambos hipotéticos reproches han de ser, sin embargo, también desechados, el primero de ellos, porque ya la resolución impugnada excluye expresamente el recurso a la alimentación por vía oral, que es la única cuyo empleo podría ser entendido como una humillación para quien hubiera de sufrirla y el segundo, porque el propósito de la medida no es el de provocar el sufrimiento, sino el de prolongar la vida” (f.j.9).

otra persona, sino sólo que el recluso, contra su voluntad, se desnudara y, una vez desnudo, practicara varias flexiones. Sin que, de otra parte, la queja exprese la duración o el número de las flexiones que aquél debía llevar a cabo para poder inferir, por su prolongación, que éstas causarían un sufrimiento de especial intensidad. Ni tampoco, entre otras circunstancias relevantes, si el local donde habría de practicarse la medida era o no un espacio abierto del establecimiento penitenciario al que pudieran tener acceso terceras personas, tanto reclusos como otros funcionarios del centro distintos de quien impartió la orden y, consiguientemente, presenciar su práctica. En suma, no se desprende de las actuaciones que la orden impartida al hoy recurrente de amparo, ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el art. 15 CE. Lo que conduce a la desestimación por este motivo de la queja del recurrente en amparo” (f.j.4)³⁷¹.

En cambio, para el Tribunal Supremo obligar a una persona a desnudarse y realizar flexiones para comprobar si porta droga en el recto constituye trato degradante, según sentencias, dictadas por la Sala 2ª, de fecha 11 de mayo de 1996, núm. 446/1996; 26 de junio de 1998, núm. 874/1998 y 17 de febrero de 1999, núm. 290/1999³⁷².

³⁷¹ En aplicación de dicha doctrina, el ATC 94/1999, de 14 de abril, inadmitió la demanda de amparo por considerar que la orden dada a un recluso, antes de acceder al interior de un nuevo centro penitenciario al que había sido trasladado, de desnudarse para pasar un control a través de un arco detector de metales no constituía un trato vejatorio y degradante, a pesar de que ya había sido sometido, según la demanda, a controles a la salida del otro centro penitenciario, al subir al furgón de traslado y en otro centro penitenciario de tránsito, así como cacheado a la entrada del nuevo centro: “...al tratarse de una medida legalmente prevista (arts. 23 LGP y 68 y ss. RP), tendente a garantizar la seguridad del centro penitenciario, y que por la forma de llevarla a efecto (simple desnudo integral y posterior pase, vestido con una bata, por un arco detector de metales) ha de considerarse conforme con el principio de proporcionalidad” (f.j.2).

³⁷² La primera de ellas contiene en su fundamento jurídico 1º, reproducido íntegramente en la sentencia de fecha 26 de junio, los siguientes razonamientos:

“El cuerpo humano es el escenario donde se desarrolla la libertad del individuo, por lo que cualquier intervención sobre el mismo en el curso de una investigación sobre hechos delictivos tiene que realizarse respetando su derecho a la integridad física y moral y a su intimidad personal. Desde una perspectiva objetiva se puede distinguir entre investigación corporal del imputado y el registro corporal. La primera consiste en la investigación del cuerpo mismo -estado mental o contenido de alcohol en sangre-, mientras que por la segunda se trataría de encontrar objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo -boca, ano y vagina-.

En este último caso es indudable que, cualquier actuación sobre las cavidades mencionadas comporta una intromisión en la intimidad de la persona que, en algunos casos, según el método empleado pueden afectar a su derecho a un trato no degradante. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha tomado como antecedente las bases sentadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, „inhumano” es aquel trato que acarree „sufrimientos de una especial intensidad”, mientras que „degradante” es el que provoca una „humillación o sensación de envilecimiento” que alcance un nivel determinado. En esta misma línea existe una recomendación del Defensor del Pueblo, informe al Congreso de los Diputados de 1988, en el que considera que someter a los detenidos a la obligación de desnudarse en las dependencias policiales podría contravenir el art. 15 CE.

Ello no es obstáculo para que, en determinadas condiciones, se puedan realizar registros corporales en la superficie del cuerpo y utilizar técnicas radiológicas para detectar posibles objetos delictivos escondidos en las cavidades naturales. Ahora bien, en todo caso, como señala la STC núm. 35/96 de 11 marzo, a la hora de elegir los medios es necesario emplear aquellos que, en menor medida, lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona. En este mismo sentido la STC núm.

Aplicada esta doctrina a las intervenciones corporales, el Tribunal Constitucional ha entendido que la extracción de cabellos de diferentes partes de la cabeza y del pelo de las axilas a realizar por un Médico Forense para su posterior análisis no constituye ni por su finalidad ni por la manera de llevarse a la práctica un trato inhumano o degradante contrario al artículo 15 CE (STC 207/1996, de 16 de diciembre, f.j.5).

Íntimamente relacionada esta prohibición con el valor de la dignidad humana³⁷³, en ningún caso, una medida de investigación corporal puede constituir trato inhumano o degradante.

1. 3. *El derecho a la integridad física*

El derecho a la integridad física puede resultar afectado por determinadas investigaciones corporales³⁷⁴. En este sentido, MORENO CATENA reputa ilícitas todas las medidas coercitivas que supongan una intromisión en las funciones físicas o

137/90, recuerda que se han de tener en cuenta las concretas circunstancias que concurren en la práctica de estas diligencias.

En relación también con este tema, una STS 5 octubre 1989, reputa vejatoria la situación de dos detenidos que fueron obligados por la policía a desnudarse y efectuar flexiones de piernas en un portal, con el fin de comprobar un supuesto transporte de drogas en el recto. Esta Sala condenó a los dos agentes por una falta de coacción o vejación de carácter leve, advirtiendo, al mismo tiempo que, la benevolencia del Tribunal de instancia, no permite ahora la condena por un delito de torturas como se había solicitado.

En el caso presente no se observa que los funcionarios policiales actuasen conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Es incuestionable que se pudieron utilizar métodos alternativos que lesionasen en menor medida la dignidad y la intimidad de la persona. *El hecho de desnudar a una persona implica un ataque a su intimidad y si además se le obliga a realizar flexiones supone someterle a un trato humillante y degradante que vulnera los arts. 18,1 y 15 CE e invalida la prueba así obtenida.* Estas consideraciones no ceden por el hecho de que las actuaciones descritas se llevaron a cabo en el aseo de la Comisaría y en presencia de los dos policías que tenían a su cargo la custodia del detenido” (la cursiva es nuestra).

³⁷³ La prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes es consecuencia directa del establecimiento de la dignidad de la persona como valor jurídico fundamental. Así, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO: “Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, (Dir. Manuel Cobo del Rosal), Tomo I: Derecho Penal y Constitución, 1982, pág. 83. Con todo, téngase en cuenta que, según el Tribunal Constitucional, el hecho de que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes sean, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, fundamento del orden político y de la paz social, “no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad” (STC 120/1990, f.j.4).

³⁷⁴ No todas las medidas que inciden o afectan al derecho a la integridad física constituyen tratos inhumanos o degradantes. Así, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 499. La jurisprudencia constitucional también distingue ambos aspectos: SSTC 120/1990, de 27 de junio (f.j.8) y 137/1990, de 19 de julio (f.j.6). Sin embargo, el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN trataba conjuntamente la dignidad de la persona y el derecho a la integridad física y no consideraba que existiera vulneración o incidencia alguna puesto que la toma de muestras habría de llevarse a cabo por personal cualificado y empleando los métodos menos intrusivos o que supusiesen un menor grado de intervención corporal.

psíquicas de una persona, practicadas contra su voluntad, por ser el derecho a la integridad personal preeminente respecto a la investigación penal³⁷⁵.

Según reiterada jurisprudencia constitucional, el derecho a la integridad física y moral instituido en el artículo 15 de la Constitución “protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular” (entre otras, SSTC 120/1990, de 27 de junio, f.j.8; 215/1994, de 14 de julio, f.j.4; 119/2001, de 24 de mayo, f.j.5)³⁷⁶.

Aplicada esta doctrina a las investigaciones corporales resulta, como establece la STC 207/1996, de 16 de diciembre³⁷⁷, que “mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento³⁷⁸. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física” (f.j.2)³⁷⁹.

³⁷⁵ Víctor MORENO CATENA: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, número especial II, marzo 1987, CGPJ, pág. 136.

³⁷⁶ Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 505, la amplitud de significado que permite la expresión “toda clase de intervención” puede obedecer a la necesidad de superar la concepción restrictiva de la intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional tutelando de un modo más eficaz el cuerpo humano.

³⁷⁷ Advierte MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., pág. 124, que la sentencia no se pronuncia respecto de qué intervenciones o actuaciones pueden vulnerar el derecho a la integridad moral. Considera que la interpretación constitucional del art. 15 CE deja carente de contenido este derecho.

³⁷⁸ En consecuencia, no resultará afectado el derecho a la integridad física cuando no resulte acreditado que se trata de una intervención corporal coactiva y practicada en contra de la voluntad del interesado (SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, f.j.9; 25/2005, de 14 de febrero, f.j.6 y 206/2007, de 24 de septiembre, f.j.3).

³⁷⁹ Afirman Pilar CALVO RESEL y Mercedes ARMAS GALVE: “Las intervenciones corporales como medio de obtención de prueba en el proceso penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 412, que “la doctrina penalista entiende la integridad física como lo contrario a la falta de algún miembro u órgano corporal, no comprendiendo los conceptos de integridad psíquica ni de salud en general, de modo que con la doble alusión que hace el precepto tanto a la integridad física como a la moral, nuestra Constitución garantiza lo que RODRÍGUEZ MOURULLO denomina “incolumidad personal”. Concepto complejo que comprende, según este último autor, el derecho a la integridad física, el derecho a la salud física y mental, el derecho al bienestar corporal y psíquico y el derecho a la propia apariencia personal. En cambio, MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., pág. 114, señala que, en el contexto de un proceso penal, el derecho a la integridad física y moral entraña un marco constitucional que excede del derecho a la integridad material o corporal y a la salud física y mental, del derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos, para englobar el derecho a no sufrir cualquier tipo de intervención sobre el cuerpo como entidad física o sobre su persona como entidad moral o espiritual.

De este modo, para el Tribunal Constitucional, sin desconocer su íntima conexión³⁸⁰, el ámbito de protección del derecho a la integridad física no se limita a los casos en que exista un riesgo o daño para la salud. De ahí concluye que las intervenciones corporales en sentido propio, esto es, las consistentes en la extracción de elementos externos o internos del cuerpo para ser sometidos a informe pericial o en su exposición a radiaciones, aunque, objetivamente consideradas, no sean susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona, afectan al derecho a la integridad física en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa (f.j.2)³⁸¹.

Intervenciones corporales éstas que se califican como leves frente a las que, por el contrario, pongan en peligro la salud o causen sufrimientos a la persona afectada por la medida que serán consideradas como graves, pero, tanto unas como otras, incidirán en el derecho a la integridad física, pues tal derecho resulta afectado por “toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular” (f.j.2)³⁸².

En cualquier caso, se condiciona la admisibilidad de las intervenciones corporales a que las mismas afecten sólo levemente al derecho a la integridad física³⁸³ resultando inadmisibles las medidas que provoquen grandes dolores o importantes trastornos transitorios en la salud³⁸⁴.

³⁸⁰ Así, unos meses antes, en su sentencia 35/1996, de 11 de marzo, analizando si la exposición repetida no voluntaria a sesiones de rayos X podría vulnerar el derecho a la integridad física de un interno en un centro penitenciario, dado el peligro de las mismas, afirmaba: “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 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” (f.j.3).

³⁸¹ En el caso concreto, el Tribunal Constitucional entendió que la diligencia recurrida había incidido en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física: “...la intervención y diligencia pericial acordada en el caso presente por el Juzgado de Instrucción, teniendo en cuenta, primero, su carácter imperativo y contrario a la voluntad del interesado (que, aunque inicialmente se ofreció a una pericia de este tipo, luego, una vez acordada, mostró de manera reiterada su negativa a someterse a ella), y, segundo, que implica una intervención consistente en la extracción de cabellos de diversas partes de la cabeza y de la totalidad del pelo de las axilas, ha incidido en el ámbito constitucionalmente protegido de su derecho fundamental a la integridad física, siquiera sea de una manera leve, pues, de acuerdo con la doctrina expuesta, la afectación de este derecho no presupone necesariamente la existencia de un riesgo o lesión para la salud de la persona” (f.j.2).

³⁸² Sin embargo, no cabe desconocer que, en sentencias ulteriores, aunque ajenas a la materia que nos ocupa, el Tribunal Constitucional ha sostenido que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero, f.j.4 y 119/2001, de 24 de mayo, f.j.5), sin olvidar tampoco que no es necesario que la lesión se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (STC 221/2002, de 25 de noviembre, f.j.4).

³⁸³ Afectación que, en todo caso, deberá tener justificación constitucional. Así SSTC 120/1990 (f.j.8) y 137/1990 (f.j.6).

³⁸⁴ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 298; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág.

“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” (f.j.4 a)³⁸⁵.

Así pues, en ningún caso, las intervenciones corporales pueden revestir peligro alguno para la salud, aunque medie el consentimiento del afectado³⁸⁶. Derecho a la salud que en estricta aplicación del principio de proporcionalidad deberá ser examinado de forma casuística atendidas las circunstancias particulares del sujeto afectado. Como afirma ETXEBERRÍA GURIDI, la manera más efectiva y práctica de conocerlas sería mediante una audiencia previa a la ordenación de la medida en la que el sujeto, además de alegar todas las circunstancias relativas a su estado de salud, pudiera exponer sus propios criterios acerca de lo que estime más o menos lesivo³⁸⁷.

Para ASECIO MELLADO, en contra del criterio de la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre, que sobre la base del ATC 868/1986, de 29 de octubre, requiere probar adecuadamente la existencia del hipotético peligro para la salud demostrando la relación entre las medidas a adoptar y sus consecuencias, basta la simple probabilidad de peligro para excluir la intervención corporal sin que sea exigible acreditar suficientemente la relación causa-efecto³⁸⁸.

En aplicación de la doctrina expuesta, no parece que la medida de intervención corporal que pueda acordarse para la obtención de muestras biológicas del sospechoso – único supuesto, recordemos, de intervención corporal regulado expresamente – pueda

38; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 169; ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 189; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 378; GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 104.

³⁸⁵ Así también, anteriormente, en el ámbito de un proceso de filiación: “En ningún caso puede disponerse por el Juez la práctica de una intervención corporal destinada a la investigación de la paternidad cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud” (STC 7/1994, de 17 de enero, f.j.3D).

³⁸⁶ ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 149. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 292, rechaza, de una parte, las medidas que causen dolores, trastornos en la salud o molestias considerables a la persona, aunque sean transitorias, y, de otra, las medidas peligrosas para la salud aunque consienta el imputado, con la excepción, en este último caso, de aquellas cuya práctica sea considerada normal con fines terapéuticos e investiguen circunstancias que redunden en beneficio de la posible disminución de la responsabilidad penal del sujeto. HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 401, no admite tal excepción, entre otras razones, porque en ocasiones antes de su práctica no podría saberse con seguridad si la medida va a perjudicar o beneficiar la posición del imputado.

³⁸⁷ ETXEBERRÍA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 378. Principio general de audiencia judicial regulado en el parágrafo 33 StPO, salvo que se ponga en peligro con la audiencia de los participantes la finalidad de la medida. Prevista igualmente, según el citado autor, en el artículo 195 d (4) del Código de Enjuiciamiento penal holandés.

³⁸⁸ ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 149; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 291; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 400.

suponer un riesgo o quebranto para la salud³⁸⁹, puesto que dichas muestras pueden obtenerse no sólo mediante la extracción de unos milímetros cúbicos de sangre, sino también mediante la extracción de cabellos con su raíz o, más simplemente aún, con una muestra de saliva³⁹⁰.

Procedimientos estos últimos que ni siquiera requieren de personal especializado para su práctica, dado que no producen dolor ni lesiones y, mucho menos, riesgo o daño para la salud. Además, 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 ADN³⁹¹, puesto que, en definitiva, como advierte LORENTE ACOSTA, cualquier célula sirve para identificar a una persona³⁹².

El peligro para la salud podría provenir de las intervenciones corporales que el Tribunal Constitucional califica como graves: punciones lumbares y extracción de líquido cefalorraquídeo, pero, a decir verdad, no acertamos a imaginar en qué supuesto y para qué necesidad podría llegar a acordarse una medida de este tipo en el marco de una investigación penal.

Tampoco parece que constituyan peligro alguno para la salud los registros corporales, aunque, su práctica, en tanto recaigan sobre partes íntimas, pueda suponer malestar, sufrimiento o, incluso, dolor. Por ello deben practicarse preferentemente, como ya apuntamos en su momento, mediante ecografías o exploraciones radiológicas, en tanto que éstas, siempre que se realicen adecuadamente, conforme a la *lex artis*, serán también menos agresivas para la intimidad corporal de sujeto afectado³⁹³. Cuando ello no sea posible, dichos registros deberán realizarse con el máximo decoro por personal especializado y, con la salvedad del registro bucal, por personal del mismo sexo que el afectado.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que las exploraciones con rayos X no vulneran el derecho a la integridad física de la persona (STS de 23 de septiembre de 2008, núm. 647/2008, f.j.5), ni constituyen trato inhumano o degradante, si son practicadas bajo control médico y con las debidas garantías (STS de 26 de mayo de 2008, núm. 298/2008, f.j.2).

Huelga decir que las inspecciones corporales, dada su naturaleza, no causarán malestar o sufrimiento físico alguno, si bien aquellas que afecten a zonas íntimas

³⁸⁹ Así también, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER: *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., pág. 105, lo cual no significa, como advierten ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 53-56, que la afectación del derecho fundamental a la integridad personal sea inexistente, sino mínima.

³⁹⁰ LORENTE ACOSTA: *Un detective llamado ADN*, cit., págs. 128-129.

³⁹¹ Antonio ALONSO ALONSO: “Conceptos básicos de ADN forense”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, Madrid, pág. 1865.

³⁹² LORENTE ACOSTA: *Un detective llamado ADN*, cit., pág. 16.

³⁹³ Así también, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 102 y PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., pág. 99.

puedan comportar para quien las sufra un padecimiento “moral” por afectar a su pudor o recato corporal, pero en ningún caso se verá afectado su derecho a la salud.

Por último, añadir que tampoco la práctica consistente en la verificación del aire espirado para determinar la tasa de alcohol en el mismo por medio de etilómetros vulnera el derecho a la integridad física³⁹⁴. Cuestión distinta es la comprobación de la tasa de alcohol mediante análisis de sangre³⁹⁵ aunque para el Tribunal Constitucional, con apoyo en la Decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, no constituya una injerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución (STC 103/1985, f.j.3)³⁹⁶.

1. 4. *La libertad personal*

Según la jurisprudencia constitucional el derecho a la libertad regulado en el artículo 17.1 CE protege una de las principales proyecciones de la libertad humana. Así, la STC 120/1990, de 27 de junio, afirma:

“...según reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 126/87, 22/88, 112/88 y 61/90, por citar las más recientes) la libertad personal protegida por este precepto es la „libertad física“, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico - art.1.1 CE-, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su Título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros...” (f.j.11)³⁹⁷.

³⁹⁴ Para MORENO CATENA: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, cit., pág. 139, la práctica de esta prueba no supone intervención corporal alguna. Así también, DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 189. HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 452, nota 682, cita como salvedad los supuestos de personas con graves dificultades respiratorias en los que entraría en juego el derecho a la salud.

³⁹⁵ Para MORENO CATENA: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, cit., pág. 139, se trataría, en este caso, de una intervención corporal “insignificante”.

³⁹⁶ GIMENO SENDRA: “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, cit., págs. 1104-1105.

³⁹⁷ El Magistrado don Jesús Laguina Villa discrepa en su voto particular de este planteamiento. Considera que, entendida la libertad del art. 17.1 CE como „libertad física“, protege a todos también “frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que sólo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos”. Discrepancia que sirve para poner de relieve las dificultades de delimitar conceptualmente este derecho, incluso circunscrita la libertad personal a lo corporal (lo físico). En efecto, como advierte GARCÍA MORILLO: *El derecho a la libertad personal*, cit., pág. 32, se trata de una definición de la libertad realizada desde una perspectiva restrictiva y negativa, siendo su principal inconveniente que deja la libertad personal indefensa, despojada de protección constitucional, frente a otras posibles prácticas como, por ejemplo, cacheos, intimidaciones, retenciones, etc. que pueden amenazarla.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conceptúa la libertad individual en sentido clásico como libertad física de la persona, delimitando el ámbito protegido por el artículo 5 CEDH a la privación de libertad y aplicando el artículo 2 del Protocolo núm. 4 a las meras restricciones de libertad de desplazamiento (STEDH de 8 de junio de 1976, caso *Engel y otros*)³⁹⁸. Como consecuencia de ello, las garantías del artículo 5 no entrarán en juego en los casos de restricciones de libertad³⁹⁹. Con todo, y pese a enumerar taxativamente los supuestos en que es admisible la privación de libertad, ésta constituye una noción elástica, definida negativamente por oposición a las medidas constitutivas de una privación de libertad, adaptable a situaciones muy variadas, en la que tienen cabida un amplio elenco de medidas, desde la prisión, la detención y el internamiento hasta, en el ámbito que nos ocupa, la conducción de un sujeto a un establecimiento médico con el fin de practicarle un análisis de sangre (Decisión 8278/78 ComEDH de 13 de diciembre de 1979)⁴⁰⁰.

En efecto, como advierte GARCÍA MORILLO, prácticas distintas del arresto o la detención pueden obstaculizar esa compleja y amplia capacidad de hacer y actuar lícitamente que la libertad personal incorpora⁴⁰¹. El derecho a la libertad personal no es sólo una protección frente a la detención, sino frente a cualesquiera formas de privación o restricción de la libertad⁴⁰².

³⁹⁸ Jesús María CASAL HERNÁNDEZ: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, 1998, pág. 37. Para BANACLOCHE PALAO: *La libertad personal y sus limitaciones*, cit., pág. 149, no es trasladable este planteamiento al ordenamiento jurídico español porque la libertad de circulación regulada en el artículo 19 CE no es sino una dimensión más de la libertad ambulatoria. Ernesto PEDRAZ PENALVA: “El derecho a la libertad y seguridad (art. 5 del CEDH)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 92, destaca esta visión restrictiva del derecho a la libertad frente a su concepción como derecho a la autodeterminación.

³⁹⁹ Solución que M. Vicenta GARCÍA SORIANO: “La libertad personal en el Convenio de Roma de 1950”, *Revista General de Derecho*, núm. 598-599, julio-agosto 1994, pág. 8058, considera criticable, máxime cuando, según el TEDH, entre privación y restricción de libertad no hay más que una diferencia de grado y no de naturaleza, suponiendo ambas situaciones, según dicha autora, la pérdida de libertad.

⁴⁰⁰ Así, CASAL HERNÁNDEZ: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, cit. Sostiene PEDRAZ PENALVA: “El derecho a la libertad y seguridad (art. 5 CEDH)”, cit., pág. 109, que, al amparo del art. 5.1 b) CEDH, cabría la detención por desobediencia a una orden judicial siempre que así estuviese regulado expresamente por una ley estatal concerniente, por ejemplo, a soportar un análisis médico: de alcoholemia, de sangre o a cualquier examen físico que no suponga violación de los artículos 2 y 3 del propio Convenio.

⁴⁰¹ GARCÍA MORILLO: *El derecho a la libertad personal*, cit., pág. 38, quien define la libertad personal como “el derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima”.

⁴⁰² Para GARCÍA MORILLO: *El derecho a la libertad personal*, cit., págs. 92-95, entre privación y restricción de libertad no hay diferencia de naturaleza o esencia, sino de grado o intensidad, por lo que las garantías del art. 5 CEDH y del art. 17 CE entran en juego siempre. Para el TEDH entre privación y restricción de libertad hay una diferencia de grado o intensidad, más que de naturaleza o esencia (STEDH de 6 de noviembre de 1980, caso *Guzzardi*). Aunque en el caso *Ashingdane* (STEDH de 28 de mayo de 1985) se afirme, por el contrario, que la distinción entre privación y restricción de libertad no es de grado o intensidad, sino de naturaleza o esencia, ello debe considerarse, como advierte BANACLOCHE PALAO: *La libertad personal y sus limitaciones*, pág. 119, un error en la transcripción del párrafo 93

También CASAL HERNÁNDEZ defiende una interpretación amplia del concepto de privación de libertad del artículo 17.1 CE, de forma que comprenda, en principio, toda medida que impida a una persona, aunque sea por un lapso breve, ejercer la facultad de autodeterminar su situación en el espacio⁴⁰³. En definitiva, según este autor, el artículo 17.1 CE tutelaría el “derecho a marcharse” (*freedom to walk away*): el derecho a no verse privado de la facultad de abandonar el sitio en que uno se encuentra.

Así entendida, toda inspección, registro e intervención corporal, aunque sea de forma instrumental⁴⁰⁴, comportará la limitación del movimiento del sujeto pasivo⁴⁰⁵. De este modo, las investigaciones corporales constituirán hipótesis de restricciones – no privación – de libertad, entendiendo por tales aquellas medidas que afectan al derecho a

de la sentencia del caso *Guzzardi*, ya que del conjunto de la sentencia se desprende la voluntad de continuar la doctrina establecida en dicho caso y por eso se remite a él.

⁴⁰³ CASAL HERNÁNDEZ: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, cit., pág. 263, aunque no tan amplia como la de GARCÍA MORILLO, para quien la libertad personal, como derecho *residual*, abarca todas las manifestaciones de la libertad constitucionalmente protegibles y no específicamente protegidas por derechos fundamentales autónomos.

⁴⁰⁴ Carácter instrumental que permite entender justificada la privación de libertad por la misma resolución judicial que acuerda la medida, en cuanto inherente a la misma. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 494, advierte que en determinadas circunstancias – entre otras, la duración exigida por la práctica de la medida – y aunque la privación de libertad siga siendo instrumental en relación con la intervención corporal, en el sentido de medio necesario, puede experimentar un menoscabo de tal intensidad que la haga merecedora de especial consideración.

⁴⁰⁵ La doctrina es unánime en este aspecto. Así, ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 140; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 300; FORCADA JORDI: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, cit., pág. 991; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 168; GARCÍA ARÁN y REBOLLO VARGAS: “La exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su infracción”, cit., pág. 97; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 53; DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 138, y “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 90; VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba, en especial, las intervenciones corporales”, cit., pág. 10; ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 190; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 379; ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 488-496, con matices; IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 46; PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., pág. 83; ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER: *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., pág. 106; ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 52.

Por el contrario, el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN, en su exposición de motivos, consideraba que la aplicación del principio de proporcionalidad impedía estimar comprometida la libertad: “la proporcionalidad que en todo momento se debe ponderar entre la persecución criminal y la obligación de determinados ciudadanos a facilitar muestras biológicas, excluye cualquier interpretación que conduzca a entender que tal obligación pueda comprometer el derecho a la libertad” y, por su parte, la actual LO 107200, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, ni siquiera se plantea la posibilidad de tal afectación.

la libertad personal en menor grado o intensidad que las clásicas medidas privativas de la libertad como son la detención preventiva y la prisión⁴⁰⁶.

El problema es si cualquier afectación del derecho a la libertad supone detención y, en consecuencia, la entrada en juego de las garantías propias del derecho a la libertad. Ello se ha planteado fundamentalmente en relación con la prueba de alcoholemia, los cacheos e identificaciones y, más recientemente, con las exploraciones radiológicas, dando lugar a una situación intermedia entre la libertad y la detención.

La cuestión se planteó inicialmente respecto a la prueba de alcoholemia, negando el Tribunal Constitucional la existencia de privación de libertad. Así, la sentencia 107/1985, de 7 de octubre, consideró que los derechos declarados en el artículo 17.3 corresponden al detenido⁴⁰⁷, entendiéndose por tal “a quien haya sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma” (f.j.3), sin que dicha situación se considerase aplicable a quien conduciendo un vehículo de motor fuese requerido por la policía para la verificación de una prueba de alcoholemia⁴⁰⁸.

Este concepto procesal penal de detención resultó desbordado por la STC 98/1986, de 10 de julio⁴⁰⁹, al afirmar, *obiter dictum*⁴¹⁰, apartándose de la doctrina

⁴⁰⁶ Distinción que CASAL HERNÁNDEZ: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, cit., págs. 256-257, no considera apropiado usar en el derecho español, mostrándose partidario de un concepto flexible de privación de libertad.

⁴⁰⁷ Como dice Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: “Detenciones no procedimentales penales (Retenciones y medidas de compulsión administrativa sobre las personas)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La instrucción del sumario y las diligencias previas, 1998, CGPJ, Madrid, pág. 307, se trata de un concepto procesal, no material de detención. Así, la sentencia continua diciendo: “Las garantías exigidas por el art. 17.3 -información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada- hallan, pues, su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado”.

⁴⁰⁸ Según la citada sentencia: “No es esta situación, sin embargo, la de quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto y que no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto en el art. 492.1 LECr., la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo.

En estos términos, la verificación de la prueba que se considera 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, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito (art. 1 „in fine” Orden 29 julio 1981). La realización de esta prueba, por lo tanto, así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 CE, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico” (f.j.3).

⁴⁰⁹ Sin embargo, para César HERRERO HERRERO: “Detención preprocesal y detención funcional-operativa”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1519, 1989, págs. 73-75, el contenido de la citada sentencia no es antagónico con la STC 107/1985 ni con los supuestos de

establecida en la sentencia 178/1985, de 19 de diciembre⁴¹¹, que “...debe considerarse como detención cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, 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...” (f.j.4)⁴¹².

A partir de esta resolución se afirma que toda privación de libertad deambulatoria es detención⁴¹³ y se postula la inconstitucionalidad de la figura de la

“entretenimiento” de la facultad ambulatoria del individuo (arts. 329, 493 y 495 LECrim) que denomina detención funcional-operativa, ajenos a las exigencias de los artículos 17.3 CE y 520 LECrim. Asimismo, José María ASENSIO MELLADO: “La detención a los solos efectos de identificación personal prevista en el artículo 20 del proyecto de Ley Orgánica sobre protección de la Seguridad Ciudadana”, *Derechos y libertades*, núm. 2, 1993-1994, págs. 26-27, advertía que la citada STC 98/1986 se refería específicamente al tema de la retención policial y que no debía interpretarse en el sentido de estimar inconstitucionales todas aquellas medidas restrictivas o limitativas de libertad distintas a las previstas en la LECrim.

⁴¹⁰ En efecto, debe tenerse en cuenta que la citada sentencia, tras delimitar el objeto del recurso de amparo, examina únicamente la hipotética vulneración en la resolución impugnada – auto denegatorio de la solicitud de habeas corpus – de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24.1 y 17.1 CE, en relación este último con la garantía dispuesta en el apartado 4 del mismo artículo (f.j.2). En este sentido, José Antonio TOMÉ GARCÍA: “Las diligencias de identificación en dependencias policiales del art. 20.2 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1994, pág. 743, nota 8. Además advierte cómo el Tribunal Constitucional, con anterioridad, venía reconociendo la existencia de zonas intermedias, de restricciones a la libertad de circular.

⁴¹¹ Dicha sentencia, dictada en Pleno, reconocía la existencia de diferentes supuestos de restricción o privación de libertad: “...ni se agota en la modalidad de prisión los supuestos de restricción o privación de libertad, como resulta de la lectura del precepto y de su interpretación (como manda el art. 10.2 CE) a la luz de los textos internacionales (en lo que ahora interesa, del art. 5 Convención Europea), ni sólo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad”, no exentos de garantías: “...sólo la Ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de Ley que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan – aun previstas en la ley – restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación.” (f.j. 3).

⁴¹² Por otra parte, como advierte GARCÍA MORILLO: *El derecho a la libertad personal*, cit., págs. 76-80, la conceptualización de la detención como cualquier forma de obstaculizar la libertad de la persona lleva a negar la existencia de situaciones distintas de la detención. Ello convierte todas las medidas restrictivas o privativas de libertad en una detención, privando a aquellas de las garantías constitucionales del derecho a la libertad, a saber, reserva de ley orgánica, finalidad constitucionalmente lícita y proporcionalidad. Por ello, debe mantenerse el concepto técnico y estricto de detención, el cual equipara ésta a la detención policial, y admitir la existencia de otros supuestos de privación o restricción de la libertad distintos de la detención. La cuestión estriba, en definitiva, en que esas situaciones fácticas no queden desprovistas de garantías – que no son necesariamente las garantías específicas de la privación de libertad (detención) –.

⁴¹³ Así, la STS de 26 de marzo de 1993, núm. 724/1993, tras citar la doctrina establecida en el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 98/1986, de 10 de julio, afirma: “Así pues, la privación de la libertad ambulatoria que se produce cuando un ciudadano es parado en la vía pública por miembros de las fuerzas policiales para ser sometido a un registro personal, como aquí ocurrió, constituye una verdadera y propia detención que, como tal, se encuentra sometida a las normas de la LECrim” (f.j.3), o la STS de 15 de abril de 1993, núm. 879/1993, cuando dispone: “La retención y presentación pueden ser medidas restrictivas de la libertad a las que deben aplicarse cuantas prevenciones se establecen respecto de la detención propiamente dicha, aunque el Tribunal Constitucional haya venido marcando, no sin ciertas dudas, las matizaciones correspondientes. En principio podría decirse que cualquier retención realizada por la policía contra la voluntad de la persona supone una auténtica privación de libertad, lo mismo si a

llamada *retención* policial⁴¹⁴. Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional sigue sosteniendo que no hay privación de libertad en la verificación de una prueba de alcoholemia ni siquiera cuando tal prueba se realiza en las dependencias policiales⁴¹⁵. Así, en la sentencia 22/1988, de 18 de febrero, afirma que “no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el art. 17 CE en sus diversos apartados, con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia -en este caso la prueba de alcoholemia- por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto” (f.j.1).

Pese a todo, ya sea denominándolas retenciones o inmovilizaciones, ya sea eludiendo denominarlas, se termina admitiendo la existencia de situaciones⁴¹⁶, distintas de la detención, que suponen una momentánea afectación de la libertad⁴¹⁷. Prueba de

continuación pasare ésta „a presencia judicial” o „a disposición judicial” [...] Mas la cuestión no es tan simple como para generar tan fácil y rápida conclusión” (f.j.3). Quizá por eso en la posterior sentencia de 20 de diciembre de 1993, núm. 2870/1993, el Tribunal Supremo prefiere distinguir entre detención e inmovilización y afirmar que “tal clase de actuaciones policiales no requieren someterse a las exigencias del art. 17.3 CE, ni a las condiciones constitucionales y procesales de la detención.” (f.j.1).

⁴¹⁴ Así, Joan QUERALT JIMÉNEZ: “La retención policial es una detención inconstitucional”, *Actualidad Penal*, núm. 38, 22 de octubre de 1989, pág. 2094. En cambio, para José Antonio PÉREZ ARÉVALO: “La „retención policial” en la norma y la jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Penal*, núm. 24, 18 de junio de 1989, pág. 1302, la inconstitucionalidad de la retención radica pura y simplemente en no encontrarse aún incluida en la LECrim como figura jurídica autónoma y distinta de la detención, siendo admisible la misma si se procediera a su regulación e incorporación en el ordenamiento jurídico. En esta línea, Juan José LÓPEZ ORTEGA: “La detención del indocumentado”, *Poder Judicial*, núm. 26, 1992, pág. 154, recordaba que, antes del artículo 20 LOPSC, la llamada retención policial constituía un claro supuesto de detención arbitraria. MORENO CATENA: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, cit., pág. 142, al tratar de la “viciosa práctica policial de la retención”, como figura ajena al texto de la CE y de la LECrim, ya advertía que debían reputarse ilegítimas, por vulnerar el derecho a la libertad personal, todas las retenciones policiales que no respondiesen a una diligencia de investigación policial por hechos presuntamente delictivos o fuese procedente el internamiento del individuo en un centro sanitario mediando signos evidentes de enfermedad física o psíquica. Para Nicolás DÍAZ MENDEZ: “Libertad, prisión, detención, retención y presentación”, *Actualidad Penal*, núm. 11, 18 de marzo de 1990, pág. 115, la retención constituye un supuesto de hecho que no tiene amparo legal.

⁴¹⁵ En contra de esta doctrina, TOMÉ GARCÍA: “Las diligencias de identificación en dependencias policiales del art. 20.2 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”, cit., pág. 740, entiende que existe privación de libertad en los casos de conducción de una persona a dependencias policiales, ya sea para la práctica de la prueba de alcoholemia, ya sea para la práctica de la diligencia de identificación. En este sentido, coincide con el voto particular del Magistrado don Julio Diego González Campos a la STC 341/1993, cuando pone de relieve la contradicción de esta sentencia con la STC 22/1988 respecto a la existencia o no de privación de libertad. Así también, GARCÍA MORILLO: *El derecho a la libertad personal*, cit., pág. 212, quien advierte, además, que no existe en esta materia cobertura legal alguna para la conducción a dependencias policiales, y CASAL HERNÁNDEZ: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, cit., págs. 249-250.

⁴¹⁶ Teresa FREIXES SANJUÁN: “Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 35, 1993, pág. 95, las califica como “zonas de penumbra” entre libertad y privación de libertad.

⁴¹⁷ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 103. Con anterioridad a dicha sentencia, Ignacio DE LA CUEVA ALEU: “La diligencia de identificación en la nueva Ley de Seguridad Ciudadana”, *Actualidad Penal*, núm. 31, 1992, pág. 318, sostenía que el ciudadano inmovilizado para su identificación no se hallaba detenido en el sentido constitucional del concepto, sino en “una específica situación administrativa de sujeción al poder público amparada y prevista por el legislador específicamente”.

ello es la STC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre constitucionalidad de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, según la cual, la medida prevista en el art. 20.2 LOPSC – conducción a dependencias policiales, por el tiempo imprescindible, a los meros efectos de identificación cuando resulte necesario para el ejercicio de las funciones de protección atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, más en concreto, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción – constituye una modalidad de privación de libertad (f.j. 4), uno de “los casos” a que se refiere el artículo 17.1 CE, conciliable, por tanto, con dicho precepto y con el artículo 5.1 CEDH (f.j.5), pero sin que le sean aplicables todas las garantías previstas en los artículos 17.2 y 3 CE, las cuales hallan su preferente razón de ser en el supuesto de detención preventiva (f.j.6), configurándose como un caso especial de detención en la que el detenido tiene ciertas garantías (información de los motivos de la conducción a dependencias policiales desde el primer momento) aunque no todas las del art. 17 CE (asistencia letrada y derecho a no declarar)⁴¹⁸.

La retención se configura así como una consecuencia inevitable de determinadas medidas policiales en las cuales es inherente la inmovilización momentánea de la persona afectada⁴¹⁹, como ocurre en los cacheos y registros, las identificaciones, las

⁴¹⁸ En contra de esta interpretación, Federico CASTILLO BLANCO: “Comentarios de urgencia sobre la polémica STC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Poder Judicial*, núm. 33, marzo 1994, pág. 313, para quien las garantías previstas en los apartados 2 y 3 deben aplicarse íntegramente si se trata de un supuesto de privación de libertad. Para este autor, la LOPSC ha previsto una medida que, en sí misma, puede ser contraria al principio de proporcionalidad, pero, en cualquier caso, infringe el principio de concreción legal dada la habilitación genérica que contiene. TOMÉ GARCÍA: “Las diligencias de identificación en dependencias policiales del art. 20.2 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”, cit., pág. 735, entiende que el art. 20.2 instaura un supuesto de privación de libertad que no respeta los mínimos exigidos por el propio tribunal: “ni posee un grado de determinación suficiente que impida inseguridad sobre su modo de aplicación, ni goza de la proporcionalidad exigida para todo supuesto que implique una restricción de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad y seguridad personal”. En parecidos términos, CASAL HERNÁNDEZ: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, cit., págs. 329-334, pone de relieve la indeterminación de sus presupuestos, alcance y duración; la ausencia de garantías y controles y su dudosa proporcionalidad. Para Iñaki AGUIRREAZKUENAGA: “Contexto de la Ley de Seguridad Ciudadana. Análisis jurídico de los controles de identidad: *voluntas legis* e interpretación jurisprudencial del TC”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 38, 1994, págs. 43-55, la interpretación del Tribunal Constitucional dota de vida autónoma propia al artículo 20.2 LOPSC, al desvincular el examen de su constitucionalidad del apartado 4 de dicho precepto, regulando una nueva forma de privación de libertad policial, incardinada en el artículo 17 CE, pero en la que sólo son aplicables algunas de las garantías constitucionales de la detención preventiva policial. Según Guillermo PORTILLA CONTRERAS: “Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros „entretenimientos“ de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal”, *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996, págs. 15-16, la LOPSC crea una nueva figura de privación de libertad, a saber, la detención de autores de infracciones administrativas que no son identificables cuya única garantía consiste en la explicación de las razones de la restricción de la libertad. Para José Miguel PRATS CANUT: “La retención policial”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 23, octubre 1994, págs. 32-33, la retención policial no reviste ni el más mínimo presupuesto legal para poder ser llevada a cabo, supone un grave menoscabo a los derechos de defensa del retenido e implica el desconocimiento del principio de inmediación judicial. Por todo ello, concluye, estamos ante un supuesto de detención ilegal practicada por funcionario.

⁴¹⁹ Carlos CLIMENT DURÁN: *Detenciones ilegales policiales*, Valencia, 1998, págs. 234-236, siguiendo a BANACLOCHE PALAO, afirma que la retención supone una restricción de la libertad, pero no la privación de libertad inherente a la detención, conceptuándola como “una simple inmovilización momentánea o breve restricción de libertad, cuya legitimidad descansa en que es una consecuencia derivada de una legítima medida de intervención policial”. DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales,

exploraciones radiológicas y los controles de alcoholemia, sin que resulten aplicables las garantías de la detención, toda vez que no se consideran privaciones ni restricciones de libertad restando, por tanto, desprovistas de la protección constitucional de la libertad personal⁴²⁰.

Así, en el ámbito de la prueba de alcoholemia, el Tribunal Constitucional insiste en que dicha diligencia no guarda relación alguna con la privación de libertad. En consecuencia, no son de aplicación las garantías previstas en el apartado 3 del artículo 17 CE. Por un lado, por lo que se refiere a la asistencia letrada, en la sentencia 252/1994, de 19 de septiembre, valora el alcance de tal garantía distinguiendo la diversa función de la misma en los artículos 17.3 y 24.2 CE en atención al bien jurídico protegido, y concluye:

“La garantía de la libertad personal que subyace al art. 17.3 CE, por tanto y a la luz de la jurisprudencia que se acaba de citar⁴²¹, no alcanza a imponer la asistencia letrada en los términos y con la intensidad propios de un proceso en curso; por ello, el especial hincapié de la jurisprudencia citada en señalar la función del Letrado como garante de la integridad física del detenido y de evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten. Es obvio que las consideraciones descritas sólo pueden ser trasladadas con los adecuados matices a la prueba de alcoholemia, una pericia técnica en que la participación del detenido con declaraciones autoinculpadoras está ausente, y a cuya práctica puede éste negarse, y ha de saberlo, porque la prueba misma no puede considerarse lícitamente realizada si no se le informa sobre este extremo. Por ello, el propio art. 520.5 LECr, autoriza la renuncia a la asistencia letrada, que en otros supuestos, no sería admisible” (f.j.4)⁴²².

intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., págs. 95-97, no comparte esta distinción, analizando las diversas cuestiones que suscita la misma.

⁴²⁰ Así, GARCÍA MORILLO: *El derecho a la libertad personal*, cit., pág. 102. Se crea así, como dice DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 111, una figura distinta que elimina las exigencias impuestas por el derecho a la libertad. Por eso dice PRATS CANUT: “La retención policial”, cit., pág. 28, que la retención reviste un plus de gravedad respecto a la detención preventiva, toda vez que bajo dicha situación no se disfruta de ninguna de las garantías concedidas al detenido. En este orden de cosas, Ernesto PEDRAZ PENALVA: “Detención de indocumentados (Notas sobre el art. 20 LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 44, 12 de marzo de 1992, pág. 3, advertía, en relación al artículo 20 LOPSC, que el “retenido” a los solos efectos de identificación se encontraría en una situación ajurídica totalmente insoportable y de mayor gravedad que en los supuestos de declaración de estado de excepción o de sitio. Así también, Federico CASTILLO BLANCO: “La Ley de Seguridad Ciudadana: Reflexiones sobre algunos puntos controvertidos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993, pág. 446, quien duda de la constitucionalidad de la medida por no atender al principio de legalidad “suficiente” y de respeto al contenido esencial del derecho a la libertad. Para FREIXES SANJUÁN: “Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal”, cit., págs. 94-97, las “retenciones”, en tanto inciden negativamente en la esfera personal de autonomía física, “constituyen auténticas privaciones temporales de libertad, por más pequeña que sea su duración temporal y deben consiguientemente gozar de todas las garantías propias del derecho a la libertad personal”.

⁴²¹ Se refiere a la STC 196/1987, f.j.5.

⁴²² Para DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., págs. 191-192, el

Por otro lado, respecto al derecho a no declarar, ya en la sentencia 103/1985, de 4 de octubre, el Tribunal Constitucional afirmó que “el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE” (f.j.3)⁴²³.

Por el contrario, la doctrina entiende que, salvo en los supuestos de sometimiento voluntario, existe privación de libertad, máxime cuando en la actualidad la sanción penal de la negativa a someterse a las pruebas es mayor que la del propio delito⁴²⁴.

En cualquier caso, sí debe ser de aplicación el derecho a ser informado de forma inmediata y comprensible de los derechos que la ley otorga, en cada caso, y de los motivos de la privación (restricción) de libertad⁴²⁵. Derecho de información que se

Tribunal Constitucional, al entrar a considerar la finalidad de los artículos 17.3 CE y 520.5 LECrim, presupone la existencia de una detención, apartándose de las resoluciones anteriores en las que simplemente afirmaba que no había detención. Por otra parte, no considera como argumento válido para justificar la ausencia de letrado el deber de informar al interesado de sus derechos dado que está previsto en todas las detenciones. HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 456, advierte que, en la actualidad, esta doctrina no resulta aplicable en toda su extensión dada la coacción jurídica que supone la mayor sanción penal de la negativa a someterse a las pruebas respecto al delito contra la seguridad del tráfico tipificado en el art. 379 CP y que la posibilidad de renunciar a la asistencia letrada no significa privación de tal derecho sino que, una vez informado del mismo, el interesado pueda efectuar esa renuncia.

⁴²³ A favor de esta tesis, GIMENO SENDRA: “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, cit., pág. 1105. En este sentido cabe recordar que el mismo Tribunal Constitucional, en su sentencia 341/1993, afirmaba en su análisis de la medida de identificación en dependencias policiales prevista en el artículo 20.2 LOPSC que “no cabe, pues, hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del art. 17.1 CE cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención...” (f.j.4).

⁴²⁴ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 185; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 457-458, para quien nos encontramos ante una verdadera detención, siendo preciso respetar los derechos del detenido en dos supuestos: a) cuando el examen de alcoholemia es consecuencia de una previa detención policial y, b) cuando el sujeto afectado no acceda voluntariamente a su realización. De ahí concluye, *a sensu contrario*, que “sería válida la realización del examen de alcoholemia, y que el mismo no atentaría contra el derecho de defensa del afectado únicamente en el caso de que éste aceptara voluntariamente su práctica o en el supuesto de que la detención del vehículo se deba únicamente a la comisión de una mera infracción administrativa que no haga presumir racionalmente la comisión al propio tiempo de alguna conducta delictiva, pues en el resto de los supuestos nos encontraríamos ante una situación preprocesal de falta de disponibilidad física por parte del sujeto afectado, lo que viene a suponer una situación de detención, en cuyo caso sería preciso informar y otorgar la posibilidad de ejercitar sus derechos al detenido”. Con anterioridad a la actual situación, GIMENO SENDRA: “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, cit., págs. 1103-1104.

⁴²⁵ Así también, CASAL HERNÁNDEZ: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, cit., pág. 297, quien extiende tal derecho a la diligencia de cacheo, prevista en el artículo 19.2 LOPSC, y a la “retención” para identificación, contemplada en el artículo 20.1 LOPSC. También a la medida prevista en el artículo 20.2 LOPSC. En este caso, añade “el derecho a que la privación de libertad

desprendería del artículo 17.3 CE y también del artículo 5.2 b) LOFCSE e, incluso, hasta del artículo 5 CEDH.

Con todo, la importancia de la doctrina constitucional acerca del examen de la alcoholemia estriba en que la misma se traslada a los supuestos de identificación y cacheos⁴²⁶. Así, según reiterada jurisprudencia⁴²⁷, el derecho a la libertad no resulta afectado por las diligencias de cacheo e identificación⁴²⁸. La STS de 2 de febrero de 1996, núm. 74/1996, por ejemplo, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Constitucional en su providencia de fecha 26 de noviembre de 1990, recurso de amparo 2252/1990, ratificada por otras dos de fecha 28 de enero de 1991, recursos de amparo 2260/1990 y 2262/1990, dispone:

“...el Tribunal Constitucional ha indicado que el derecho a la libertad y a la libre deambulación por el territorio español no se ven afectados por las diligencias de cacheo e identificación, pues aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano, o ciudadana, durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo a las normas de Policía...” (f.j.2).

sea puesta en conocimiento de un abogado de su confianza y a que sea permitida su presencia durante las diligencias de identificación”, “el derecho a que un familiar u otra persona de su confianza sea puesta en conocimiento de la privación de libertad”, y, por último, el derecho a solicitar el “habeas corpus”.

⁴²⁶ Según DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 188, “se ha producido una interacción entre la jurisprudencia acerca de los cacheos y la prueba de la alcoholemia que acaba por subvertir los principios más elementales: se toma la jurisprudencia del TC acerca de la prueba de alcoholemia, controles preventivos, para justificar que en el caso de los cacheos tampoco existe detención; se afirma que para los segundos no hace falta la presencia de indicios, y acaba por concluirse que en la prueba de la alcoholemia tampoco hace falta la existencia de indicios”. Manifiestamente contrario a este trasvase jurisprudencial, CASAL HERNÁNDEZ: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, cit., pág. 369.

⁴²⁷ Entre otras, STS 15 de abril de 1993, núm. 879/1993 (f.j.6); STS 28 de octubre de 1993, núm. 2438/1993 (f.j.1); ATS 12 de julio de 1995, núm. 1168/1995 (f.j.1); ATS 2 de noviembre de 1995, núm. 1584/1995 (f.j.3); ATS 24 de enero de 1996, núm. 138/1996 (f.j.único); STS 1 de marzo de 1996, núm. 178/1996 (f.j.2); STS 17 de enero de 1997, núm. 3/1997 (f.j.2); ATS 22 de enero de 1997, núm. 153/1997 (f.j.1); STS 29 de septiembre de 1997, núm. 1171/1997 (f.j.1); ATS 7 de enero de 1998 (f.j.4); ATS 28 de enero de 1998, núm. 332/1998 (f.j.1); STS 20 de febrero de 1998, núm. 244/1998 (f.j.1); STS 6 de octubre de 1999, núm. 1380/1999 (f.j.2); STS 8 de octubre de 1999, núm. 1426/1999 (f.j.3); STS de 31 de marzo de 2000, núm. 525/2000 (f.j.2); STS 9 de mayo de 2001, núm. 792/2001 (f.j.2); STS 10 de julio de 2006, núm. 763/2006 (f.j.5); STS 16 de junio de 2009, núm. 677/2009 (f.j.2).

⁴²⁸ La razón de esta exclusión reside, al parecer, según CASAL HERNÁNDEZ: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, cit., pág. 251, en la brevedad que supuestamente las caracterizaría y en que no comportarían el traslado a una dependencia policial. Con todo, para este autor, la práctica del cacheo o registro personal, aún en los supuestos en los que no se agote en una simple inmovilización, incide no sólo en el derecho a la libertad sino también en el derecho a la intimidad. Para DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 91, salvo el supuesto de los cacheos a reclusos, todas las restantes hipótesis suponen una restricción de la libertad deambulatoria que implica una detención; PORTILLA CONTRERAS: “Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros „entretenimientos“ de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal”, cit., pág. 14.

Incluso en los casos en que tales diligencias comportan, más allá de una mera inmovilización, el traslado del afectado a las dependencias policiales (SSTS 23 de febrero de 1994, núm. 356/1994; 23 de diciembre de 1994, núm. 2282/1994; 26 de mayo de 2000, núm. 883/2000).

Con todo, en algunas resoluciones, ha reconocido que afectan, aunque sea mínimamente, la libertad personal. Así, la STS de 7 de julio de 1995, núm. 849/1995, tras afirmar que el cacheo no es equivalente a una detención en el sentido del artículo 490 LECrim, añadió: “Indudablemente implica una breve medida coactiva que afecta la libertad ambulatoria, pero en este sentido se diferencia en forma esencial de la detención, pues, su efecto es cuantitativamente reducido” (f.j.2, citado posteriormente en STS 2 de febrero de 1996, núm. 74/1996, f.j.2; ATS 4 de junio de 1997, f.j.1; STS 11 de noviembre de 1997, núm. 1344/1997; ATS 28 de enero de 1998, núm. 332/1998, f.j.1) o, en palabras de la posterior STS de 16 de marzo de 2001, núm. 432/2001:

“Se trata de una restricción de la libertad de menor intensidad y de escasa duración en el tiempo, justificada por su finalidad, que ha de practicarse con moderación y con el máximo respeto a la persona cacheada y sólo cuando sea necesario y hasta donde lo sea en aras de tal finalidad de obtener los instrumentos o efectos de una actividad delictiva, que por todo ello no se encuentra sometida a los requisitos constitucionales y procesales necesarios en tal diligencia de privación de libertad propiamente dicha (la detención). Las normas de la CE (arts. 17.2 y 3) y de la LECr (art. 520) no son aplicables a estas medidas que sólo afectan al derecho a la libertad personal en grado menor” (f.j.2).

El trasvase jurisprudencial llega al punto de minimizar la exigencia de indicios o sospechas en las diligencias de identificación y cacheo⁴²⁹, al admitir que el sujeto afectado puede verse sometido a esas normas sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona – como ocurre con los controles preventivos de alcoholemia – en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que incumbe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁴³⁰.

⁴²⁹ Así, Miguel OLMEDO CARDENETE: “Estudio de determinadas restricciones de la libertad de secuencia anterior a la detención”, en *El principio constitucional de intervención indiciaria*, (coord. Ricardo Martín Morales), 2000, pág. 113. Sin embargo, para PORTILLA CONTRERAS: “Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros „entrenamientos” de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal”, cit., pág. 14, la solicitud de identificación debe basarse en la creencia racional y bastante del funcionario de que la persona a la que se solicita los datos personales ha participado en la comisión de un delito o falta, de modo que el ciudadano podrá negarse al procedimiento de identificación siempre que la solicitud no sea motivada. HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 416, nota 622, exige también alguna sospecha de que la intromisión en los derechos a la libertad y a la intimidad va a servir al fin que se persigue. Según ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 483, la exigencia por el Tribunal Supremo de indicios o de sospechas ciertas en las diligencias de identificación y cacheo que justifiquen la actuación policial sería la diferencia fundamental con las diligencias de control de alcoholemia.

⁴³⁰ Entre otras, STS 20 de diciembre de 1993, núm. 2870/1993 (f.j.1); STS 31 de enero de 1994, núm. 163/1994 (f.j.1); STS 4 de febrero de 1994, núm. 236/1994 (f.j.4); STS 1 de febrero de 1995, núm. 88/1995 (f.j.5); STS 1 de febrero de 1995, núm. 89/1995 (f.j.3); ATS 7 de marzo de 1995, núm. 519/1995 (f.j.único); ATS 18 de octubre de 1995, núm. 1501/1995 (f.j.único); ATS 14 de febrero de 1996, núm. 280/1996 (f.j.1); STS 1 de abril de 1996, núm. 297/1996 (f.j.3).

Sin embargo, a fin de evitar extralimitaciones inadmisibles, desde la STS de 15 de abril de 1993, núm. 879/1993, se exige que la actuación policial se realice con racional cautela y también con racional espíritu investigador, lo que conlleva la necesidad de actuar por simples sospechas siempre que éstas no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias (f.j.6). En definitiva, haya o no detención, los cacheos e identificaciones deben acomodarse al principio de proporcionalidad y basarse en sospechas racionales⁴³¹.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008, núm. 298/2008, establecía en su fundamento jurídico 2º:

“... para que pueda acordarse la detención de una persona, es preciso que ésta intentare cometer un delito o que se trate de un delincuente „in fraganti“ (art. 17.1 CE y arts. 489, 490 y 492 LECrim), pues no se puede detener a nadie por simples sospechas; pero sin que, por otra parte, pueda considerarse „detención“, en sentido legal, las privaciones de libertad deambulatorias inherentes a las diligencias de cacheo e identificación de un sospechoso, como tampoco, la diligencia de examen radiológico o los controles de alcoholemia, siempre, claro está, que tales diligencias se practiquen en legal forma, con las debidas cautelas, respetando los principios de necesidad y de proporcionalidad (STC 18 noviembre 1993 y SSTs 2 febrero y 23 diciembre 1996)”.

La proporcionalidad se constituye así, según la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el eje definidor de lo permisible⁴³²: Hay que estar a los hechos concretos acaecidos y guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio, deterioro o menoscabo que en estos casos ha de sufrir la dignidad de la persona⁴³³.

⁴³¹ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 118, en base a la jurisprudencia americana y al denominado „Mendenhall-Royer test“ entiende que “existe detención donde esa jurisprudencia no la reconoce, pero la única exégesis de los cacheos, que permite respetar los distintos derechos fundamentales, conforme a la regla jurisprudencial de que no hay detención en los mismos, es que puede no haber detención formal, pero si el individuo no siente la posibilidad de rechazar las órdenes que se le dan, su derecho a la libertad entra en juego. De suerte que, haya o no detención, se exige una causa concreta para cachear”. También para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 488, es ésta la solución más garantista que puede incluso contar con fundamento normativo si se admite que la diligencia de cacheo se encuentra regulada expresamente en el artículo 19.2 LOPSC.

⁴³² Esto es, en palabras de CASAL HERNÁNDEZ: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, cit., pág. 366, en el límite de la actuación policial.

⁴³³ Entre otras, STS 15 de abril de 1993, núm. 879/1993 (f.j.5); STS 4 de febrero de 1994, núm. 236/1994 (f.j.4); STS 1 de febrero de 1995, núm. 88/1995 (f.j.5); STS 1 de febrero de 1995, núm. 89/1995 (f.j.3); ATS 7 de marzo de 1995, núm. 519/1995 (f.j.único); ATS 18 de octubre de 1995, núm. 1501/1995 (f.j.único); ATS 2 de noviembre de 1995, núm. 1584/1995 (f.j.3); STS 2 de febrero de 1996, núm. 74/1996 (f.j.2); ATS 14 de febrero de 1996, núm. 280/1996 (f.j.1); ATS 22 de enero de 1997, núm. 153/1997 (f.j.1); ATS 4 de junio de 1997 (f.j.1); ATS 28 de enero de 1998, núm. 332/1998 (f.j.1); ATS 13 de julio de 1999 (f.j.1); STS 19 de febrero de 2003, núm. 253/2003 (f.j.1). Es la denominada en otras resoluciones “justeza de la proporcionalidad”: STS 4 de febrero de 1994, núm. 236/1994 (f.j.3); ATS 24 de enero de 1996, núm. 138/1996 (f.j.único); ATS 3 de julio de 1996, núm. 1055/1996 (f.j.2); ATS 7 de

En conclusión, respecto a la afectación del derecho a la libertad, la jurisprudencia distingue dos situaciones distintas⁴³⁴, descritas, una vez más, en la STS de 17 de junio de 1999, núm. 976/1999, la cual establece que doctrina del Tribunal Constitucional y resoluciones de la misma Sala de lo Penal “han distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el art. 17.2 y 3 CE y las meras retenciones o provisionalísimas 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 o – como en el caso de autos – los cacheos. Cuando de estas diligencias se trata, lo que importa son la cobertura legal y el respeto al principio de proporcionalidad, evitando toda clase de arbitrariedades” (f.j.1)⁴³⁵.

En cualquier caso, dejando aparte la polémica que plantean la prueba de alcoholemia, los cacheos e identificaciones, lo cierto es que las investigaciones corporales comportan, aunque sea de forma instrumental, una limitación de la libertad de movimientos del sujeto pasivo⁴³⁶.

Sin embargo, la doctrina constitucional expuesta sobre el artículo 17 CE permite concluir que no se considerará vulnerado el derecho a la libertad personal⁴³⁷, máxime si

enero de 1998 (f.j.4); STS 20 de febrero de 1998, núm. 244/1998 (f.j.1); STS 8 de octubre de 1999, núm. 1426/1999 (f.j.3); STS 9 de mayo de 2001, núm. 792/2001 (f.j.2).

⁴³⁴ Así también para RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: “Detenciones no procedimentales penales”, cit., pág. 304, existen detenciones o retenciones no procedimentales penales debidas bien a privaciones momentáneas de libertad por razones especiales (identificaciones de personas, pruebas de alcoholemia y cacheos), bien a medidas de compulsión administrativa sobre las personas (desalojos coactivos en caso de ocupación de edificios y vías públicas y conducciones forzosas a presencia judicial por orden del Juez o Tribunal de testigos o peritos).

⁴³⁵ En términos prácticamente idénticos, STS 27 de septiembre de 1996, núm. 660/1996 (f.j.2); STS 29 de septiembre de 1997, núm. 1171/1997 (f.j.1); STS 9 de abril de 1999, núm. 560/99 (f.j.2); ATS de 16 de febrero de 2000 (f.j.1). Así, la STS de 31 de marzo de 2000, establece: “La diligencia de cacheo personal no supone necesariamente una violación de derechos fundamentales siempre que la actuación policial cuente con amparo legal, esté racionalmente justificada y se mantenga en los límites de la proporcionalidad...” (f.j.2).

⁴³⁶ Así, ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., pág. 140. La doctrina coincide de forma unánime en reconocer la afectación de la libertad, aunque varíen los términos con los que ésta se califica. Así, para FORCADA JORDI: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, cit., pág. 991, es absolutamente forzosa la privación de libertad de la persona objeto de la intervención para proceder a una investigación corporal. También para DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 138, y “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 90, las intervenciones corporales se practican sobre personas privadas de libertad. Para VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, cit., pág. 10, la práctica de una intervención corporal implica una „retención“ del individuo, obligado por una resolución judicial a acudir a un centro médico donde se realice la intervención con las debidas garantías. En fin, para GARCÍA ARÁN y REBOLLO VARGAS: “La exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su infracción”, cit., pág. 97, toda práctica de diligencias investigadoras sobre el cuerpo del imputado o sospechoso de un delito requiere una cierta inmovilización de su persona para proceder a su exploración.

⁴³⁷ Téngase en cuenta, además, que el Tribunal Constitucional en su sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, analizó únicamente como derechos fundamentales afectados por las medidas de investigación

el sujeto afectado por la medida consiente su práctica⁴³⁸. Aún así, como advierte ETXEBERRIA GURIDI, basándose en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, en los casos en que la voluntad del sujeto no sea plenamente libre en el sentido del art. 17 CE, sino simple voluntad de acatamiento de la orden judicial, la práctica de la intervención corporal y el correspondiente traslado al centro sanitario no impediría apreciar injerencias de mayor o menor intensidad en el derecho a la libertad personal⁴³⁹.

Así pues, salvo sometimiento voluntario, libre y expresamente emitido, debidamente informado, existirá privación de libertad, aunque de forma instrumental durante la ejecución de la medida⁴⁴⁰. Producida ésta, dada la falta de cobertura legal específica de las investigaciones corporales, sería necesaria, como afirma ASECIO MELLADO, una norma habilitante que permitiese decretar la detención a los efectos de proceder a una inspección o intervención corporal, dado que la LECrim en sus artículos 492 y siguientes sólo autoriza la detención en casos de sospecha delictiva⁴⁴¹.

corporal el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad física, sugerido éste último de oficio, al amparo del artículo 84 LOTC, sin plantearse la posible afectación de otros derechos fundamentales ni siquiera de forma instrumental (f.j.1 b).

⁴³⁸ En efecto, la aceptación voluntaria del recurrente a someterse a una nueva prueba con un alcoholímetro de precisión, abandonando el lugar de los hechos, es el argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 107/1985, de 7 de octubre, para negar la equiparación de dicho supuesto con aquél que dio lugar a la Decisión 8278/1978 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, la cual, si bien admitió la existencia de privación de libertad, aunque fuese de corta duración, en la realización coactiva de un análisis de sangre para medir la tasa de alcoholemia, concluyó su legitimidad y conformidad con el artículo 5.1 b) CEDH. Igualmente, con anterioridad, la STC 103/1985, de 4 de octubre, puso el acento en la voluntariedad del sometimiento a la prueba de alcoholemia para la excluir la vulneración del derecho a la libertad.

⁴³⁹ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 49. En efecto, pues, como dicha sentencia advierte: "...la actitud del requerido que acata la orden policial, expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes), pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 CE: „volui, sed coactus volui“. La libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud. No cabe, pues, hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del art. 17.1 CE cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención, y bien claro está que si éste del acatamiento fuera el criterio para reconocer o no una situación de privación de libertad perderían toda objetividad las garantías del art. 17 y se concluiría en hacer de peor condición a la persona que acata la orden que a aquella otra que la desatiende o resiste. Una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 1971, Caso de Wilde, Ooms y Versyp, II, 65)” (f.j.4).

⁴⁴⁰ Para IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 46, aún con sometimiento voluntario, la ejecución de una medida de intervención corporal entraña siempre una necesaria privación de libertad.

⁴⁴¹ ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 141. HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 379, entiende que si la medida de inspección o intervención corporal es consecuencia de una previa detención, amparada en los artículos 492 y siguientes, la limitación de libertad inherente a la ejecución de la medida tendría suficiente cobertura jurídica. Por el contrario, si no concurre alguno de los supuestos habilitantes para efectuar una detención, ésta sería ilegal. Por ello, propugna también una regulación legal que permita la detención de una persona con el fin de que pueda ser sometida a una intervención corporal. Así también, anteriormente, GIMENO SENDRA: “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, cit., pág. 1104.

Así, en materia de exploraciones radiológicas el Tribunal Supremo sostiene que si el requerido presta su asentimiento, la diligencia constituye un medio de investigación policial (no prueba anticipada) plenamente ajustado al ordenamiento jurídico, sin que sea precisa la presencia de letrado en tal diligencia, dado que la misma sólo está prevista para asistir al detenido en “las diligencias policiales y judiciales de declaración” y para que “intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto” (art. 520.2.c) LECrim).

En este sentido, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1999 ya fijó como doctrina que “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 necesaria la presencia de letrado ni la consiguiente previa detención con instrucción de derechos⁴⁴².

Con todo, no debe olvidarse que, según la jurisprudencia constitucional, no cabe la ejecución forzosa de la medida, la cual comportaría, obviamente, la privación de libertad del sujeto afectado por la misma. Su práctica exigiría la detención del individuo y su conducción al lugar donde hubiera de ejecutarse la medida⁴⁴³.

Cuestión distinta sería si, caso de existir una norma que regulase expresamente las investigaciones corporales, la misma serviría simultáneamente de norma habilitante para justificar la privación de libertad o si, por el contrario, la resolución judicial que acordase la medida debería justificarla.

En principio, al ser la privación de libertad instrumental respecto a la investigación corporal, cabría entender que es consustancial a la misma y, por tanto, no

⁴⁴² En aplicación de tal Acuerdo se han pronunciado, entre otras, las SSTS de 22 de diciembre de 1999, núm. 1831/1999 (f.j.3); 17 de abril de 2000, núm. 682/2000 (f.j.1); 5 de junio de 2000, núm. 1021/2000 (f.j.4); 10 de junio de 2000, núm. 1020/2000 (f.j.4); 15 de noviembre de 2000, núm. 1737/2000 (f.j.2); 5 de diciembre de 2000, núm. 1917/2000 (f.j.2); 31 de octubre de 2001, núm. 2036/2000 (f.j.3); 23 de noviembre de 2001, núm. 1498/2001 (f.j.3); 21 de enero de 2002, núm. 12/2002 (f.j.1); 17 de noviembre de 2003, núm. 1537/2003 (f.j.1); 24 de octubre de 2005, núm. 1189/2005 (f.j.2); 22 de diciembre de 2005, núm. 1579/2005 (f.j.2); 5 de julio de 2006, núm. 749/2006 (f.j.1); 31 de octubre de 2006, núm. 1072/2006 (f.j.3); 3 de julio de 2007, núm. 597/2007 (f.j.1); 26 de mayo de 2008, núm. 298/2008 (f.j.1); 13 de abril de 2009, núm. 277/2009. Más recientemente, el auto del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2012, núm. 1380/2012, recuerda una vez más los requisitos – ya establecidos desde la STS de 3 de febrero de 2000, núm. 103/2000 (f.j.2) – 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: “a) que la persona explorada no esté detenida, porque si lo estuviese le ampararían los derechos y garantías establecidas en el art. 17.3 CE; b) que preste libremente su consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que si no lo consintiese y fuese obligada por la fuerza a someterse a la prueba, desde ese 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.” (f.j.1)

⁴⁴³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 300. En términos idénticos, MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 168

sería necesaria una justificación expresa de aquélla. Sin embargo, no cabe desconocer que, en ocasiones, y pese a su carácter instrumental, el menoscabo de la libertad puede ser mayor que el de los derechos fundamentales propiamente afectados por la medida (intimidad e integridad física). Piénsese, por ejemplo, en una detención forzosa y ulterior traslado a un centro médico para una simple extracción de unos centímetros cúbicos de sangre con un considerable tiempo de espera en dicho centro.

Por tanto, deberá estarse al tipo de medida acordada, pero también a las particulares condiciones en las que ésta va a desarrollarse: desplazamiento a un centro médico o sanitario, tiempo de permanencia en el mismo, etc.

En cualquier caso, no cabe olvidar que son distintos derechos fundamentales afectados y, aunque la privación o restricción de uno de ellos sea instrumental respecto del otro, no por ello debe perder su expresa referencia en la resolución judicial que autorice la medida, única que, más allá de la norma habilitante genérica, puede apreciar las circunstancias del caso concreto en estricta aplicación del principio de proporcionalidad⁴⁴⁴.

1. 5. *El derecho a la intimidad: de la intimidad corporal a la intimidad genética*

Sin ningún género de duda, el derecho a la intimidad⁴⁴⁵ es el principal derecho afectado por cualquier medida de investigación corporal⁴⁴⁶. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 37/1989, de 15 de febrero, sentó la doctrina sobre la intimidad corporal como manifestación del derecho a la intimidad personal y los requisitos y garantías que ha de reunir toda restricción de la misma. En el caso analizado⁴⁴⁷, la recurrente en

⁴⁴⁴ En este sentido, señala ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 496, que “la observancia del principio de proporcionalidad no se limita a la valoración de la medida a aplicar, sino que ha de extenderse al proceso completo de su ejecución en el que cabe incluir, indudablemente, la duración exigida por la práctica de la medida”.

⁴⁴⁵ A pesar de estar consagrado en el artículo 18.1 CE, junto al derecho al honor y a la propia imagen y de la estrecha relación que guarda con los mismos en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tiene, no obstante, un contenido propio y específico, tal como recuerda la STC 156/2001, de 2 de julio (f.j.3).

⁴⁴⁶ Así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 301; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 170; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 44; VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, cit., pág. 11; ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 192; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 380; Juan José LÓPEZ ORTEGA: “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXII: Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar, 1996, CGPJ, Madrid, págs. 281-287, considera las intervenciones corporales como una forma de intrusión en la intimidad, entendida ésta como el conjunto de circunstancias y datos referidos a la vida privada de una persona que quedan fuera del conocimiento ajeno, dado que las posibilidades de lesión de la intimidad no se agotan en los supuestos contemplados en el art. 18 CE.

⁴⁴⁷ En síntesis, la recurrente invocaba como infringidos, además de su derecho a la intimidad personal, su derecho a la presunción de inocencia y su derecho de defensa con las diversas garantías constitucionalmente exigidas. El Tribunal tras reiterar que la presunción de inocencia garantiza que “toda

amparo consideraba infringido su derecho a la intimidad personal tanto por la incautación de su historial clínico⁴⁴⁸ como por las características de la prueba pericial acordada por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Málaga, en concreto, su reconocimiento médico forense, a fin de determinar indicios de una posible interrupción voluntaria de embarazo constitutiva de un delito de aborto. El Tribunal analizó, en el fundamento jurídico séptimo, la intimidad corporal, declarando, en principio, la inmunidad de la misma:

“La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera 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”.

Declaración sometida seguidamente a tales matizaciones que la intimidad resulta difuminada y diluida como derecho fundamental⁴⁴⁹. Primero se afirma que: “...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 persona”⁴⁵⁰. Después se declara que:

condena debe ir precedida de una actividad probatoria de cargo legítimamente realizada”, consideró que, en el caso analizado, las diligencias sumariales no lesionaron la presunción de inocencia de la actora porque, aunque declarada procesada, no había sido condenada a resultados de su declaración ni sobre la base de su negativa a someterse a la pericia ginecológica acordada, resultando incólume su presunción de inocencia en ese momento procesal (f.j.2). En cambio, el Tribunal reconoció, con efectos puramente declarativos que, en realidad, la posición procesal que correspondía a la demandante de amparo era la de imputada y que por ello en su declaración quedaron incumplidas las garantías procesales. No consideró procedente medida anulatoria alguna porque “el desconocimiento en la declaración prestada por la actora de las garantías que como imputada le correspondían, no le ha deparado, en efecto, consecuencia negativa alguna, ni en particular ninguna condena y como es evidente, la irregularidad consistente en haberse tomado declaración sin los requisitos y prevenciones precisos sólo puede dar lugar a la anulación de las correspondientes actuaciones cuando de ella se sigue una resolución condenatoria o una mayor gravedad de la condena recaída...” (f.j.3).

⁴⁴⁸ El primero de los motivos fue desestimado porque “los datos cuya aprehensión denuncia la actora (relativos sólo, por lo demás, a su identidad personal y a la fecha de una aparente cita médica, según se desprende de las actuaciones) se obtuvieron, en definitiva, realizando un registro domiciliario que fue acordado por la Autoridad judicial en una resolución cuya conformidad a la Constitución misma y a la Ley Procesal no ha sido aquí discutida”, sin que sea oponible frente a tal pesquisa legítimamente ordenada „secreto” alguno que, dentro del domicilio investigado, importe a las actuaciones judiciales en curso (art. 552, *in fine*, de la LECrim) (f.j.4).

⁴⁴⁹ Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS: “La intimidad corporal devaluada”, cit., pág. 124, quienes consideran que con tales matizaciones el Tribunal Constitucional consigue una *intimidad light*. En la misma línea, FERNÁNDEZ BERMEJO: “La intimidad corporal como límite de la acción investigadora del Estado”, cit., pág. 508, crítica la “ramplona cicatería” de la citada sentencia al definir el ámbito de lo protegido por la intimidad corporal.

⁴⁵⁰ Así, el Tribunal Constitucional admite que la intimidad resultó “afectada o comprometida, en el supuesto actual, pues en orden a la identificación del ámbito constitucionalmente protegido, por íntimas se han de tener las partes del cuerpo que se ordenaba someter a examen” (f.j.7). Para ASECIO

“...la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18). Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 de la Constitución)”⁴⁵¹.

Por tanto, según la jurisprudencia constitucional, la intimidad corporal, en tanto que protege el pudor o recato de la persona, sólo resultará afectada cuando la investigación corporal incida en partes, consideradas culturalmente, “según un sano criterio”, íntimas⁴⁵².

Así, por ejemplo, en aplicación de esta doctrina, la exposición y exhibición del cuerpo desnudo ante otra persona supondrá una vulneración del derecho a la intimidad corporal⁴⁵³, salvo que tal limitación sea consentida o constituya una medida de

MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., págs. 138-139, el Tribunal Constitucional viene a diferenciar entre intervenciones corporales que afectan al derecho a la intimidad y que serían todas aquellas que recaerían sobre las zonas que serían susceptibles de calificarse como íntimas, aunque éste sea un criterio en exceso relativo, e intervenciones corporales que por no recaer en tales zonas íntimas quedarían fuera del marco de actuación del artículo 18.1 de la CE, por lo que, entiende, tan sólo afectarían a los derechos a la vida y la integridad física de forma que comportarían requisitos distintos en orden a su limitación. Señala GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 48, siguiendo a DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 139, que este intento de distinguir las intervenciones corporales según afecten o no a la intimidad en función de la parte del cuerpo humano sobre la que recaen se fundamenta en la negativa a reconocer espacios objetivos de intimidad.

⁴⁵¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS: “La intimidad corporal devaluada”, cit., pág. 125, discrepan radicalmente de la doctrina contenida en la sentencia y conciben la intimidad corporal como un derecho absoluto: “La intimidad, en esa concretización, es oponible y defendible frente al Estado, es inatacable e inviolable”. DÍAZ REVORIO: “La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional”, cit., págs. 176-177, a partir de esta sentencia y de las posteriores SSTC 57/1994 y 207/1996, conceptúa la intimidad corporal como “el derecho a no padecer inspecciones, registros o exámenes en las partes del cuerpo que, de acuerdo con el criterio cultural existente en un momento dado, se consideran íntimas (salvo que se cumplan determinados requisitos...)”. Intimidad corporal que, desde un punto de vista teórico o conceptual, vendría a formar parte de un derecho más amplio que podría denominarse “inmunidad corporal” que, a su vez, sería el aspecto pasivo o negativo de la libertad de disponer sobre el propio cuerpo.

⁴⁵² De este modo, según DÍAZ REVORIO: “La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 179, aquellas investigaciones corporales que, sin afectar a la integridad física, recayesen sobre partes del cuerpo que no puedan considerarse íntimas, quedarían fuera de toda protección constitucional, salvo que se entendiesen como afectados los valores dignidad y libertad y el libre desarrollo de la personalidad. Cita como ejemplos de tales supuestos “dudosos” un registro bucal, la toma de huellas dactilares, un vaciado de estómago y los cacheos.

⁴⁵³ Para la STC 196/2006, de 3 de julio, “resulta indudable que el desnudo integral de la persona incide en el ámbito de su intimidad corporal, constitucionalmente protegido, según el criterio socialmente dominante en nuestra cultura” (f.j.5). Así, recientemente, la SAP Madrid, sec. 4ª, de 10 de diciembre de 2012, ha considerado una clara vulneración del derecho a la intimidad corporal el hecho de que en el

investigación, prevista legalmente, acordada mediante resolución judicial motivada, e idónea, necesaria y proporcionada, atendidas las circunstancias del caso. Incluso en el ámbito penitenciario, donde la reducción de la intimidad de los internos es mayor como consecuencia de la pérdida de libertad, al quedar expuestas al público e, incluso, necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas, ello no impide que puedan considerarse ilegítimas aquellas medidas que reduzcan la intimidad más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere (STC 89/1987, de 3 de junio, f.j.2) ⁴⁵⁴.

proceso de recogida de muestras de ADN de los calzoncillos del detenido, éste tuviera que desnudarse ante los agentes llegando a estar completamente desnudo ante los mismos, quienes en esas circunstancias le tomaron al menos dos fotografías, obrantes en autos, en las que podían apreciarse parcialmente sus órganos genitales.

⁴⁵⁴ En efecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia 57/1994, de 28 de febrero, citada al tratar la prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes, afirma que, a pesar de que una medida de registro personal de los reclusos pueda ser necesaria para la protección y seguridad del establecimiento penitenciario, ello no implica de por sí la conformidad de la misma con la garantía constitucional: “De manera que, al adoptar tal medida, es necesario ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger” (f.j.6), siendo preciso considerar, además, si tal actuación es conforme con la garantía constitucional de la intimidad personal en razón de los medios utilizados (STC 120/1990, f.j.12), pues a la hora de elegir estos es necesario emplear aquéllos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona (STC 137/1990, f.j.7), a cuyo fin han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias relativas a la práctica de la medida impugnada que, en el caso concreto, suponía que el recluso se desnudase ante un funcionario del centro penitenciario, tras haber tenido una comunicación íntima: “Desnudez impuesta al destinatario de la medida que ha de ponerse en relación con su intimidad en cuanto bien de la personalidad determinado por los valores dominantes en nuestra cultura sobre el recato corporal. Y en atención a estos valores es indudable que, incluso encontrándose en una relación de sujeción especial, como aquí ocurre, una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal” (f.j.7). Quiebra de la intimidad corporal provocada por la situación de desnudez que se acrecienta cuando el recluso es obligado a practicar varias flexiones, al exponer y exhibir su cuerpo desnudo en movimiento, entrañando una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre por la posición inhabitual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones. Por todo ello, concluye, atendidos los medios utilizados para su práctica, tales medidas lesionan el derecho a la intimidad personal del recurrente, afectando además a su dignidad personal (f.j.8). A idéntica solución llega la STC 204/2000, de 24 de julio, en un caso de gran similitud y análoga argumentación e, igualmente, la STC 218/2002, de 25 de noviembre, que recoge la doctrina de aquella sentencia dada la identidad sustancial de los hechos.

Del mismo modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, de 11 de abril de 2000, consideraba que la intervención y diligencia pericial acordada por un Juzgado de Instrucción consistente en un registro corporal íntimo (tacto vaginal) había incidido en el ámbito constitucionalmente protegido de la intimidad de la interesada – reclusa en un centro penitenciario y sometida a las decisiones de las autoridades penitenciarias – dado su carácter imperativo y contrario a su voluntad e implicar una intervención consistente en una exploración vaginal con el correspondiente traslado a un hospital custodiada por la fuerza pública. Así, tras recordar la doctrina constitucional sobre la intimidad corporal, afirmaba: “...resulta, pues, evidente que una intervención corporal consistente en la exploración vaginal a una reclusa que no presta su consentimiento a ello, y sólo en base a meras sospechas, que ni siquiera se confirmaron en su totalidad con la exploración, puede perfectamente entrar dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal y personal, y consecuentemente, puede llegar a vulnerarlo” (f.j.1).

Por el contrario, no habrá siquiera afectación de derecho a la intimidad corporal cuando la medida recaiga sobre una parte del cuerpo no considerada como íntima⁴⁵⁵. Así, el Tribunal Constitucional ha podido sostener que la prueba para detectar el consumo de bebidas alcohólicas consistente en la espiración de aire, por la parte del cuerpo afectada, difícilmente lesiona el derecho a la intimidad corporal (STC 234/1997, de 18 de diciembre, f.j.9A); como tampoco la utilización de la lectura biométrica de la mano puede suponer agresión alguna al derecho a la intimidad corporal, por tratarse de una parte del cuerpo que culturalmente no se ve afectada por el sentimiento de pudor⁴⁵⁶.

Aplicando la doctrina constitucional sobre la intimidad corporal, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de enero de 1993, núm. 28/1993, ha afirmado que “la inspección del interior del cuerpo humano mediante rayos X no afecta a la intimidad de la persona examinada, por la forma y frecuencia con que estas pruebas se realizan, habida cuenta del instrumento utilizado y de la clase de visión que tal reconocimiento médico permite, lo que en nada afecta al pudor, al menos en las concepciones dominantes en la sociedad actual...” (f.j.2), añadiendo que por ello su utilización por la Policía no requiere autorización judicial, máxime cuando, como ocurría en el caso analizado, no hubo protesta alguna por parte de quienes así fueron examinados. E, igualmente, en la sentencia de 24 de julio de 2002, núm. 1393/2002, sostiene que un cacheo que no implica la retirada de la vestimenta de los detenidos, no supone la realización de actos atentatorios al pudor o el recato de una persona (f.j.único).

Esta restrictiva concepción de la intimidad corporal es rechazada por la doctrina de forma prácticamente unánime. Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, el derecho a la intimidad resulta restringido en cualquier intervención por nimia que sea y cita, frente a la STC 37/1989, la doctrina sentada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en sus decisiones 8239/78, de 4 de diciembre de 1978, y 8278/78, de 13 de diciembre de 1979, según la cual toda intervención médica compulsiva constituye una

⁴⁵⁵ En otras ocasiones, el Tribunal Constitucional ha rechazado tajantemente la intromisión en la intimidad corporal cuando la extracción de los elementos internos del cuerpo ha sido realizada voluntariamente por el sujeto o, cuando menos, inicialmente consentida, dado el ámbito y finalidad en que se ha producido. Así, en la sentencia 196/2004, de 15 de noviembre, afirma que una intervención circunscrita a un examen de orina realizado por personal médico, por la forma en que se ejecuta y por no exigir ningún tipo de actuación especial sobre el cuerpo no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo (f.j.5); como tampoco lo lesiona un análisis de sangre, que es una intervención corporal leve, habiéndose realizado de forma voluntaria (STC 25/2005, de 14 de febrero, f.j.6).

⁴⁵⁶ Tal es el supuesto de hecho contemplado por el Tribunal Constitucional en su auto 57/2007, de 26 de febrero, en el cual desestimó, *a limine*, el recurso de amparo interpuesto contra la decisión de la Administración de Cantabria de instalar un sistema de control de permanencia del personal: “Es obvio que el derecho a la intimidad corporal no protege frente a una actuación como la presentación de la mano a una máquina o escáner, pues no puede decirse que entre en colisión con el criterio de recato arraigado socialmente acerca de la parte del cuerpo humano afectada, cuyo empleo a fines de identificación tiene, por lo demás, una ya larga tradición en nuestro país, en el que la impresión dactilar está incorporada al documento nacional de identidad desde hace tiempo (hoy, en virtud de lo establecido en los arts. 5.3 y 11.4 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, dictado al amparo del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana) o se utiliza como medio supletorio de asegurar la identidad de los otorgantes de los documentos notariales (art. 191 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, redactado conforme al Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio)” (f.j.4).

intromisión en el derecho al respeto de la vida privada protegida por el artículo 8 del Convenio (referidos ambos casos a los análisis sanguíneos)⁴⁵⁷.

Siguiendo este criterio restrictivo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, niega la existencia de vulneración de la intimidad corporal⁴⁵⁸, pero admite la lesión del derecho a la intimidad personal, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por su finalidad, esto es, por lo que a través de ella se pretende averiguar⁴⁵⁹. Criterio seguido desde entonces en ulteriores sentencias, entre otras, 234/1997, de 18 de diciembre (f.j.9); 196/2004, de 15 de noviembre (f.j.5) y 25/2005, de 14 de febrero (f.j.6).

Así, por ejemplo, en aplicación de esta doctrina, se considera una injerencia en la vida privada de la persona la realización de un análisis de sangre al objeto de determinar si el afectado ha consumido alcohol y cuál es su grado de impregnación alcohólica (STC 206/2007, de 24 de septiembre, f.j.4). Cuestión distinta será si tal afectación resulta constitucionalmente legítima o si, por el contrario, constituye una vulneración del derecho afectado.

Así pues, que no exista vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir lesión del derecho, más amplio, a la intimidad personal

⁴⁵⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 301. En idénticos términos, DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 139; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 170 y HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 383.

⁴⁵⁸ “...una intervención corporal consistente en la extracción de algunos cabellos de 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 vulnerarlo” (f.j.3 A).

⁴⁵⁹ En el caso concreto la medida tenía por objeto determinar si el imputado era consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes y, si fuera adicto a las mismas sustancias mencionadas, el tiempo desde que lo pudiera ser, por lo que el Tribunal Constitucional, en aplicación de la doctrina expuesta, concluyó: “...no cabe por menos que admitir que una 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” (f.j.3 B). Incidencia acentuada, según la sentencia, por las posibles responsabilidades disciplinarias que pudiera acarrear el resultado de la pericia al imputado dada su condición de guardia civil. Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 514, el planteamiento del Tribunal Constitucional podría justificarse si se interpreta que la información íntima que puede desvelarse no es determinante en la composición del tipo delictivo investigado aunque, como él mismo señala, no parece ser esa la idea de la sentencia como se desprende, asimismo, de la STC 234/1997, de 18 de diciembre, cuando afirma: “No obstante, que no exista vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido. Ciertamente, cuando se obliga a un sujeto a someterse a una prueba con el fin de averiguar una determinada información se está afectando su derecho a la intimidad, ya que a través de la práctica de esa prueba se puede obtener una información que ese sujeto puede no querer desvelar” (f.j.9B).

del que aquél forma parte. La vulneración se producirá como consecuencia de la información que como resultado de la medida se pueda llegar a obtener.

Ciertamente, el derecho a la intimidad personal, como derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona, 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”, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional⁴⁶⁰.

Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión⁴⁶¹. En efecto, el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, como recuerda la citada STC 206/2007, de 24 de septiembre (f.j.4).

De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, como recuerda la STC 196/2004, de 15 de noviembre (f.j.2) o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno como, asimismo, reitera la STC 196/2006, de 3 de julio (f.j.5).

En definitiva, la injerencia o afectación de este derecho no será ilegítima cuando medie el previo consentimiento (eficaz) del afectado o se fundamente en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes

⁴⁶⁰ Así, desde la STC 231/1988, de 2 de diciembre (f.j.3), entre otras muchas, sentencias 197/1991, 17 de octubre (f.j.3); 219/1992, de 3 de diciembre (f.j.3); 142/1993, de 22 de abril (f.j.7); 99/1994, de 11 de abril (f.j.5); 143/1994, de 9 de mayo (f.j.6); 207/1996, de 16 de diciembre (f.j.3); 134/1999, de 15 de julio (f.j.5); 144/1999, de 22 de julio (f.j.8); 202/1999, de 8 de noviembre (f.j.2); 98/2000, de 10 de abril (f.j.5); 115/2000, de 5 de mayo (f.j.8); 186/2000, de 10 de julio (f.j.5); 119/2001, de 24 de mayo (f.j.5); 156/2001, de 2 de julio (f.j.4); 70/2002, de 3 de abril (f.j.10); 218/2002, de 25 de noviembre (f.j.4); 127/2003, de 30 de junio (f.j.7); 196/2004, 15 de noviembre (f.j.2); 25/2005, de 14 de febrero (f.j.6); 233/2005, de 26 de septiembre (f.j.5); 89/2006, de 27 de marzo (f.j.3); 206/2007, de 24 de septiembre (f.j.4); 236/2007, de 7 de noviembre (f.j.11); 70/2009, de 23 de marzo (f.j.2); 77/2009, de 23 de marzo (f.j.2); 159/2009, de 29 de junio (f.j.3); 60/2010, de 7 de octubre (f.j.8); 150/2011, de 29 de septiembre (f.j.4); 173/2011, de 7 de noviembre (f.j.2); 12/2012, de 30 de enero (f.j.5); 241/2012, de 17 de diciembre (f.j.3).

⁴⁶¹ Vida privada que como recuerda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación del artículo 8 del Convenio, entre otras, sentencia de 4 diciembre de 2008 (caso S. y Marper c. Reino Unido), es una noción amplia no susceptible de definición exhaustiva, pues abarca cuestiones tales como la integridad física y moral de la persona; múltiples aspectos de la identidad física y social de un individuo; elementos tales como, por ejemplo, la identificación del género, la orientación sexual, la identidad étnica, la información sobre la salud, el derecho al desarrollo personal o los derechos de imagen. Es lo que en los ordenamientos de ámbito anglosajón se ha venido en denominar “privacy”. Privacidad que, como decía la Exposición de Motivos de la derogada LORTAD, es más amplia que la intimidad, más global, pues abarca facetas de la personalidad del individuo que, aisladamente consideradas, podrían carecer de significación intrínseca, pero que, coherentemente entrelazadas, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre que se respete el contenido esencial del derecho.

Así pues, su ámbito de protección cederá en aquellos casos en los que se constate la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información, como pueda ser la evitación y la prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud en el marco de una relación laboral (STC 196/2004, de 15 de noviembre, f.j.6), la lucha contra el fraude fiscal (STC 233/2005, de 26 de septiembre, f.j.5), el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables (STC 77/2009, de 23 de marzo, f.j.2) o, en el ámbito que nos ocupa, el interés público en la investigación de los delitos y, en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal (STC 25/2005, de 14 de febrero, f.j.6) o, en el ámbito de las pruebas de alcoholemia, la seguridad del tráfico (STC 234/1997, de 18 de diciembre, f.j.9B).

Limitaciones del derecho a la intimidad personal que deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora⁴⁶².

Consecuentemente, como establece la STC 159/2009, existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la ley, no sea eficazmente consentida o, aun 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, o bien cuando, aun persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente, la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho.

Así pues, el derecho a la intimidad no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular (STC 70/2009, de 23 de marzo, f.j.2).

En materia de investigaciones corporales, la vulneración del derecho a la intimidad se producirá no tanto por el uso o utilización de los datos obtenidos, sino por la simple obtención de esos datos y la divulgación, revelación o publicidad de los

⁴⁶² Requisitos para que la afectación del ámbito de intimidad constitucionalmente protegido resulte conforme con el artículo 18.1 de la Constitución que la STC 233/2005, de 26 de septiembre, sintetiza en su fundamento jurídico 4 del siguiente modo: “en primer lugar, que exista un fin constitucionalmente legítimo; en segundo lugar, que la intromisión en el derecho esté prevista en la ley; en tercer lugar (sólo como regla general), que la injerencia en la esfera de privacidad constitucionalmente protegida se acuerde mediante una resolución judicial motivada; y, finalmente, que se observe el principio de proporcionalidad, esto es, que la medida adoptada sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y, finalmente, que sea proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)”.

mismos que pueda suponer su inclusión en las actuaciones judiciales, esto es, la “publicatio” de lo que nos es privado, de lo que pertenece a nuestra privacidad.

Con todo, debe tenerse en cuenta que, así entendida, la vulneración de la intimidad no la producirá, en todo caso, la actuación realizada sobre el cuerpo, en sí misma considerada, esto es, la inspección, el registro o la extracción de elementos internos o externos del cuerpo, sino, en el caso de estos últimos, el ulterior análisis que se realice sobre las muestras obtenidas. Así, en una inspección corporal, la vulneración de la intimidad se producirá, ciertamente, mediante la medida de investigación corporal propiamente dicha cuando al llevarla a cabo se descubren, por ejemplo, los tatuajes que el sujeto lleva grabados en su cuerpo. En cambio, en una intervención corporal, la vulneración de la intimidad no se producirá tanto al llevar a cabo la medida, consistente en la extracción de muestras o vestigios biológicos, sino con el análisis posterior de las muestras obtenidas⁴⁶³. Además, debe tenerse en cuenta que no siempre y en todo caso la obtención de las muestras será consecuencia de una previa intervención corporal, pues cabe la posibilidad – y es una práctica que cuenta con el respaldo del Tribunal Supremo – de obtener las muestras biológicas a analizar de vestigios dejados por el sospechoso o, incluso, conseguirlos subrepticamente.

El análisis de las muestras biológicas obtenidas puede revelar datos o características genéticas tales como enfermedades actuales o futuras, aptitudes o capacidades físicas e intelectuales..., rasgos de la personalidad ni tan siquiera conocidos por el propio sujeto⁴⁶⁴. Datos genéticos⁴⁶⁵, constitutivos de la denominada “intimidad

⁴⁶³ Como advierten Jaime MORENO VERDEJO y Margarita GUILLÉN VÁZQUEZ: “ADN y proceso jurisdiccional: Excesos y defectos. Necesidad de superar la actual situación de anomia”, *Práctica Penal*, núm. 1, enero-febrero 2003, pág. 49, en su estudio del ADN como medio de investigación penal, el peligro de vulneración de los derechos fundamentales se sitúa no tanto en la obtención de las muestras, sino en el alcance de los datos que se obtengan por medio del análisis y la difusión de los mismos. Por eso, ETXEBERRIA GURIDI: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 188-189, defiende el carácter autónomo de los análisis de ADN respecto de las intervenciones corporales como dos diligencias distintas, separadas una de la otra, diferenciadas, aunque complementarias.

⁴⁶⁴ Más aún tras el establecimiento de un primer mapa de la secuencia de ADN. El desciframiento de la secuencia del ADN abre la vía a nuevos descubrimientos y usos en el ámbito de la experimentación genética y proporciona información que puede permitir identificar las personas, relacionarlas entre sí y revelar datos complejos sobre la salud y evolución futuras de estas personas y de otras con las que estén genéticamente relacionados, tal como advierte el Dictamen 6/2000 sobre el genoma humano y la vida privada, hecho en Bruselas el 13 de julio de 2000 por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, que termina destacando la importancia del derecho fundamental a la protección de la vida privada y a la consiguiente necesidad de adecuar a ese derecho el desarrollo de las nuevas técnicas genéticas, mediante las medidas de protección más apropiadas.

⁴⁶⁵ Se entiende por datos genéticos, según la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, en definición prácticamente idéntica a la del artículo 2 de la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos de la UNESCO de 16 de octubre de 2003, la “información sobre las características hereditarias de una persona, identificada o identificable, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos”. Por su parte, para la Recomendación R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de datos médicos, la expresión datos genéticos se refiere a todos los datos, de cualquier tipo, relativos a las características hereditarias de un individuo o que vinculadas a dichas características, compongan el patrón hereditario de un grupo de individuos emparentados. Datos cuyo tratamiento, dadas sus características, tal como advierte el Documento de Trabajo adoptado el 17 de marzo de 2004 por el Grupo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, exige y justifica una protección jurídica particular: “Considerando la extrema singularidad de los datos genéticos y su relación con la información susceptible de revelar el estado de salud o el origen étnico, conviene tratarlos como datos especialmente sensibles, conforme a la definición del apartado 1

genética⁴⁶⁶, cuya obtención, tratamiento e inclusión en una base de datos y utilización ilegítima, en su caso, puede suponer una vulneración del denominado derecho a la autodeterminación informativa, como expondremos a continuación⁴⁶⁷.

Por esta razón, se limita la prueba de ADN al no codificante⁴⁶⁸, esto es, al que sirve únicamente para lograr la identificación del sujeto. Limitación no prevista expresamente en el artículo 363 LECrim, pero que, ciertamente, venía realizándose en la práctica⁴⁶⁹ y que la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos

del artículo 8 de la Directiva y, en este sentido, deben ser objeto de la protección reforzada prevista por la Directiva y por las leyes nacionales de transposición”.

⁴⁶⁶ Carlos RUIZ MIGUEL: “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 14, 2001, pág. 152, partiendo del derecho a la intimidad como “principio”, define la intimidad genética como el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética. El elemento objetivo de tal derecho sería el genoma humano, en última instancia, y el elemento subjetivo la “autodeterminación informativa”. En los mismos términos en “Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36, 2001, págs. 31-33.

⁴⁶⁷ Para Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ: “La protección de los datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa”, *Derecho y Salud*, núm. 16, nº Extra 1, 2008, págs. 60-61, la obtención y tratamiento de datos de carácter personal en general y de datos genéticos en particular puede afectar, además del derecho a la intimidad, otros derechos nuevos – derechos de cuarta generación – tales como el derecho a la autodeterminación física, el derecho a la autodeterminación informativa (si bien hay que advertir que maneja un concepto no exactamente coincidente con el contenido que se ha consagrado por el Tribunal Constitucional y la doctrina), el derecho a la identidad genética y, transversalmente a ellos, el derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación y estigmatización.

⁴⁶⁸ Por contraposición al ADN codificante o esencial, encargado de almacenar la información genética en los genes, el “ADN no codificante” – denominado así porque no codifica información para la síntesis de proteínas – o “ADN basura”, no guarda información genética. A diferencia del ADN esencial, presenta una gran variabilidad de unos individuos a otros. Esta característica (polimorfismo) determina que el ADN no codificante sea el que más interés tenga para la genética forense. Su estudio no proporciona información alguna sobre las características físicas o fenotípicas del individuo tales como la predisposición individual a padecer enfermedades de base genética, sino únicamente un código anónimo diferenciador (“perfil genético”). Así, Antonio ALONSO ALONSO: “Una década de perfiles de ADN en la investigación penal y civil en España: La necesidad de una regulación legal”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36: Genética y Derecho, 2001, pág. 81 y, más recientemente, Óscar GARCÍA: “Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN: Antecedentes históricos y visión genética”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 27, 2007, pág. 182. Así también, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 28-30, subrayando, por una parte, que el acceso al ADN no codificante para realizar los estudios de los perfiles comporta asimismo la posibilidad de acceder a todo el ADN, puesto que éste se halla ubicado de forma lineal y continua, de modo que sólo una vez iniciada su manipulación en el laboratorio se podrá seleccionar la parte que se desea someter a estudio y, advirtiendo, por otra, que incluso el estudio de marcadores no genéticos puede aportar pistas muy relevantes sobre anomalías, enfermedades o patologías del sujeto examinado. Precisamente por ello, como advierte LORENTE ACOSTA: *Un detective llamado ADN*, cit., pág. 31, no debería utilizarse la denominación “ADN basura” desde el punto de vista de la ciencia forense, pues, paradójicamente, este ADN es el esencial para la investigación genética forense.

⁴⁶⁹ Así, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 1ª, de 4 de mayo de 2000, afirmaba que no se había producido afectación alguna en el derecho a la intimidad del procesado por cuanto la huella obtenida a partir de un análisis de saliva únicamente había permitido conocer su perfil genético, “sin proporcionar otro tipo de información que pudiera afectar a su intimidad personal y al derecho a su autodeterminación informativa – ámbito no codificante –”, habiendo sido realizada además con intervención del médico forense y sin menoscabo de la dignidad del procesado en cuanto a su obtención y práctica (f.j.2). El Tribunal Supremo, por su parte, en sentencia de 4 de junio de 2003, núm. 803/2003, igualmente anterior, por tanto, a la introducción de la prueba de ADN en la LECrim, al analizar

policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN se ha encargado de plasmar legislativamente en su artículo 4:

“Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial reguladora 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.”

Precepto de cuya lectura destaca ETXEBERRIA GURIDI su deficiencia en la concreción de la información almacenable, por cuanto la información genética difícilmente puede revelar la identidad de un sujeto – sí, su sexo –, salvo que se trate de una información asociada a una persona conocida⁴⁷⁰.

Quedan excluidos, pues, los perfiles de ADN de naturaleza codificante. Limitación de los análisis de ADN a los marcadores meramente identificativos (no codificantes) que ya estaba prevista en el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN, a fin de eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad dado que a través de estos marcadores, se decía, “los datos obtenidos no revelan más información sobre el individuo que la que pueda ofrecer la huella dactilar”.

Sin embargo, la identificación entre ADN no codificante y meramente identificativo no es correcta. En efecto, no parece que sea posible establecer una separación rigurosa entre el ámbito codificante del ADN y el no codificante, el cual contiene información perteneciente a la esfera de la personalidad merecedora de tutela⁴⁷¹.

si la obtención de saliva del acusado para la determinación del ADN se llevó a cabo con vulneración del derecho a la intimidad del recurrente, advertía que el conocimiento del perfil genético de un individuo, al que cabe acceder a través de la determinación de su ADN, permite, ciertamente, obtener información amplia y muy sensible sobre sus características biológicas, pero que, “en casos como el contemplado, en los que la indagación se produce con fines exclusivos de identificación, descartando cualquier otra posibilidad, la injerencia en el ámbito íntimo es prácticamente inexistente, ya que el resultado de la prueba es asimilable al que podría obtenerse por cualquier otro procedimiento de los que permiten una identificación fiable” (f.j.1). En términos prácticamente idénticos, la sentencia de 27 de noviembre de 2007, núm. 1062/2007, remitiendo en última instancia a la Agencia de Protección de Datos la función de investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la Ley si el almacenamiento de datos excesivos e innecesarios perjudica o contraviene la Ley de Protección de Datos (f.j.3).

⁴⁷⁰ ETXEBERRIA GURIDI: “La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”, cit., pág. 1683.

⁴⁷¹ ETXEBERRIA GURIDI: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pág. 197. Así también, Emilio FERNÁNDEZ GARCÍA: “La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuentes: aspectos procesales”, en *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, (ed. Carlos M.^a Romeo Casabona), Bilbao-Granada, 2002, pág. 139. GÓMEZ SÁNCHEZ: “La protección de los datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa”, cit., pág. 61, advierte que el conocimiento actual sobre el ADN no codificante es parcial y podrían aparecer en el futuro nuevos datos sobre el mismo que obligarían a cambiar su definición presente y, quizás, sus aplicaciones actuales. Igualmente, LORENTE ACOSTA: *Un detective llamado ADN*, cit., pág. 31, avisa que considerar “inútil” el ADN no codificante puede no ser más que una consecuencia del desconocimiento actual de la totalidad de las funciones del genoma humano. En parecidos términos, ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER: *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., págs. 124-125. Por eso, como advierte GARCÍA: “Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”, cit., pág. 200, sería más conveniente considerar que siendo posibles varios procedimientos sobre el ADN del individuo, sea preferible aquél que resulte menos lesivo para salvaguardar la intimidad

Como señalan ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA, no puede sostenerse en la actualidad que la información que proporciona el análisis del perfil de ADN carezca de interés desde el punto de vista de la intimidad del sujeto afectado. Los perfiles de ADN constituyen datos personales y cualquier dato personal de carácter genético debe ser considerado como un dato que afecta a la salud de las personas, comprendido, por tanto, en el derecho fundamental a la intimidad genética⁴⁷².

Además, como advierte HOYOS SANCHO, la garantía que ofrece la limitación de la prueba de ADN al no codificante podría verse desvirtuada por la conservación sin presupuestos ni límites claros de vestigios o muestras corporales para eventuales análisis o contraanálisis ulteriores (art. 5.1 LO 10/2007)⁴⁷³.

A modo de conclusión de este apartado cabe concluir que las investigaciones corporales pueden vulnerar el derecho a la intimidad corporal si inciden sobre partes del cuerpo culturalmente consideradas íntimas y, asimismo, pueden vulnerar el derecho más amplio a la intimidad personal del que aquel forma parte si revelan información privada innecesaria a los fines de la investigación.

1. 6. *El derecho a la autodeterminación informativa*

A diferencia del derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no sólo tutela las informaciones íntimas⁴⁷⁴, sino todos los datos relativos a la

genética del mismo. En efecto, tal como apunta ROMEO CASABONA: “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del Derecho español”, cit., págs. 432-433, y con ROMEO MALANDA en *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 60-61, ciertos perfiles o rasgos biológicos obtenidos a partir del ADN no codificante, en sí mismos irrelevantes, pueden llegar a ser significativos si se ponen en relación con otros datos referentes a sucesos o circunstancias vinculadas con aquél, viéndose entonces afectada su intimidad (es la llamada “teoría del mosaico”: la unión de datos en sí mismos insignificantes acaba aportando información personal íntima y significativa). Y ello sin olvidar que el análisis del perfil de ADN arroja información sobre la adscripción étnica del sujeto y que, en un futuro, los estudios del ADN no codificante pueden facilitar otras informaciones valiosas sobre el sujeto del que provienen.

En este sentido publicaba EL PAÍS el pasado 9 de septiembre de 2012 un artículo de JAVIER SAMPEDRO de revelador título “La basura genómica ya es medicina” (continuación/ampliación de otro del mismo autor publicado el 6 de septiembre bajo el también significativo título de “Secretos ocultos en la basura del genoma”) en el que se exponía como principal resultado del proyecto ENCODE (acrónimo inglés de Enciclopedia de elementos de ADN) – “un macroproyecto de 400 científicos para descubrir y censar todos los segmentos funcionales ocultos en la *materia oscura* del genoma” – que lo que se consideraba ADN basura no era tal, sino que “la mayor parte de las variaciones hereditarias que se han asociado a determinadas enfermedades, o al riesgo de contraerlas, se hallan camufladas en esos desiertos genómicos” que hasta ahora nadie sabía cómo interpretar.

⁴⁷² ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 62-65.

⁴⁷³ HOYOS SANCHO: “Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN”, cit., pág. 256.

⁴⁷⁴ Íntimo no es cualquier dato personal, sino solamente, según Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: “Diez preguntas sobre el derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos de carácter personal”, conferencia pronunciada el día 24 de octubre de 2005 en la sede de la Agencia catalana de Protección de Datos, disponible en Internet (www.apd.cat), alguno de los que cualifican determinados aspectos de la vida personal o familiar, tales como las ideas políticas, las creencias

persona, aunque, en principio, parezcan inocuos, pues, como advertía la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), su tratamiento automatizado⁴⁷⁵, recopilándolos y entrelazándolos, posibilita la construcción de un retrato de la personalidad del individuo, un conocimiento de aspectos o hechos de su vida que tiene derecho a mantener reservado⁴⁷⁶.

Datos personales que forman parte de la privacidad del individuo y que, por tanto, éste tiene derecho a controlar, tanto en su acceso – recogida y obtención – e inclusión – almacenamiento y tratamiento – en una base de datos (“habeas data”), como en su uso o usos posibles por un tercero, sea el Estado o un particular. El derecho a la autodeterminación informativa consiste así en un poder de disposición y control sobre los datos personales.

Así pues, como establece la STC 292/2000, de 30 de noviembre, la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica en su distinta función:

“La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado.” (f.j.6)

En consecuencia, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, pues extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1 CE, sino a lo que el propio Tribunal Constitucional ha venido denominando como esfera de los bienes de la personalidad pertenecientes al ámbito de la vida privada:

“De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros

religiosas o filosóficas, las relaciones sexuales, conyugales y familiares, las aficiones, la salud e, incluso, la muerte.

⁴⁷⁵ Como dijo el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 15 de diciembre de 1983 (*BverfGE* 65,1) sobre la Ley del Censo, que suele citarse como origen de la expresión autodeterminación informativa, contemplados desde la óptica de su tratamiento automatizado, no existe ningún dato sin interés.

⁴⁷⁶ Como advierte LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: “Diez preguntas sobre el derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos de carácter personal”, cit., los actuales recursos tecnológicos han roto las barreras que suponían el tiempo y el espacio, pues son capaces de almacenar, relacionar y comunicar a tiempo real ingentes masas de datos de todo tipo, incluidos los de carácter personal, de modo que es posible acceder a prácticamente todos los aspectos de la vida de las personas y hasta reconstruirla a partir de informaciones aparentemente inofensivas o aparentemente carentes de interés.

pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada, o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.” (f.j.6)

Y si diferente es su objeto, también lo es su contenido, puesto que, a diferencia del derecho a la intimidad que, como hemos expuesto en el apartado anterior, confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido:

“... el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho de acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, FJ 7).” (f.j.6)

Derecho a la autodeterminación informativa que la sentencia citada ya no duda en calificar, como la anterior 290/2000, también de 30 de noviembre, como derecho fundamental⁴⁷⁷. En este sentido, habla de un derecho fundamental a la protección de datos personales frente a la informática como como equivalente a la expresión “libertad informática” utilizada por la STC 254/1993 (f.j.7). Sea como fuere, lo cierto es que, desde entonces, se viene calificando el derecho a la autodeterminación informativa como derecho fundamental y que, paulatinamente, ha ido adquiriendo mayor autonomía e importancia dada la eclosión de la informática, Internet y otras redes de comunicación. Así, el mismo año en que el Tribunal Constitucional dictaba las citadas sentencias, la Unión Europea incluía el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 8) como un derecho autónomo del derecho de toda persona al respeto de su vida privada y

⁴⁷⁷ Sin embargo, no debía estar tan clara la elaboración jurisprudencial de este derecho cuando el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera dice en su voto particular – al que se adhiere el Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende – a dicha sentencia que “debió afirmarse de modo explícito, en la argumentación de ella, que nuestro Tribunal reconoce y protege ahora un derecho fundamental, el derecho de libertad informática, que no figura en la Tabla del texto de 1978”. Para este Magistrado, la libertad informática, en cuanto derecho fundamental no recogido expresamente en la Constitución, debe tener como eje vertebrador el art. 10.1 CE, ya que es un derecho inherente a la dignidad de la persona.

familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones (art. 7), y como tal se ha mantenido en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado el año 2004⁴⁷⁸.

Ciertamente, no existe un reconocimiento expreso del derecho a la autodeterminación informativa⁴⁷⁹ como derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Su elaboración como tal, aunque con distinta denominación⁴⁸⁰, se ha realizado por el Tribunal Constitucional⁴⁸¹ al amparo del artículo 18.4 de la Constitución,

⁴⁷⁸ Aunque no haya entrado en vigor, la Carta de Derechos Fundamentales que integraba la Parte II de la Constitución ha pasado a tener el mismo valor que los Tratados a través del Tratado de reforma del año 2007. Así, GÓMEZ SÁNCHEZ: “La protección de los datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa”, cit., pág. 63.

⁴⁷⁹ Generalmente, se cita como origen de esta expresión la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983 (*BverfGE* 65,1) sobre la Ley del Censo, si bien según Antonio ORTÍ VALLEJO: “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)”, *Derecho Privado y Constitución*, número 2, enero-abril 1994, págs. 312-313, aunque mediante esta resolución adquirió rango de derecho fundamental, la doctrina alemana venía utilizando esta denominación (*informationelle Selbstbestimmung*) desde principios de los años setenta para aplicarla a facetas distintas de la informática, como un aspecto del derecho general a la personalidad. Según Abel TÉLLEZ AGUILERA: *Nuevas tecnologías, intimidación y protección de datos (Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999)*, Madrid, 2001, pág. 68, nota 88, la circunstancia de que la Ley Fundamental de Bonn no reconozca de forma expresa el derecho a la intimidad y, menos aún, referencia alguna a la incidencia que la informática pudiera tener en aquella, obligó a que toda la construcción teórica del derecho a la autodeterminación informativa girase en torno a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la dignidad, sí recogidos expresamente por el texto constitucional alemán. Así también, ETXEBERRÍA GURIDI: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pág. 200.

⁴⁸⁰ ORTÍ VALLEJO: “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática”, cit., pág. 330, prefiere la expresión “libertad informática” frente a la denominación alemana “derecho de autodeterminación informativa” dado que ésta resulta absolutamente equívoca en cuanto al contenido de las facultades del sujeto sobre sus datos personales a la luz de la LORTAD. Con todo, a partir de la LOPD, que derogó la LORTAD procediendo a la transposición de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, se empieza a utilizar la expresión “derecho a la protección de datos” para referirse al derecho fundamental consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución. Expresión utilizada también por la Carta Europea de Derechos Fundamentales y la Constitución Europea y que autores como Mercedes SERRANO PÉREZ: “El derecho fundamental a la protección de datos. Su contenido esencial”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 1, 2005, pág. 252, consideran más apropiada para definir el contenido esencial del art. 18.4 CE – propio y distinto de la intimidad –, a la par que más comprensible para el ciudadano normal y, en consecuencia, dada su plasmación en textos supranacionales, más práctica para potenciar su divulgación y conocimiento.

⁴⁸¹ El Tribunal Constitucional ha tratado este derecho, establecido en el artículo 18.4 de la Constitución, con la expresión de “libertad informática” o “derecho fundamental a la protección de datos” en diversas resoluciones desde la primigenia sentencia 254/1993, de 20 de julio. Así, en la STC 143/1994, de 9 de mayo, sobre la legitimidad constitucional de la normativa reguladora del NIF; en la STC 11/1998, de 13 de enero, relativa al uso indebido del dato de afiliación sindical facilitado a la empresa, cuya doctrina será reiterada en una larga serie de sentencias resolviendo idéntica cuestión (SSTC 33, 35, 45, 60, 77, 94, 104, 105, 106, 123, 124, 125, 126, 158, 198 y 223/1998, 30, 44 y 45/1999); en la STC 202/1999, de 8 de noviembre, que consideró vulnerado el derecho a la intimidad del recurrente (art. 18.1 y 4 CE) como consecuencia del tratamiento y conservación de diagnósticos médicos en la base de datos de una entidad bancaria sin consentimiento de los afectados ni razones de interés general que justificasen su autorización por la ley (curiosamente, la falta de acreditación por la entidad bancaria de la eliminación de tales datos, en cumplimiento de esta sentencia, dio lugar a un nuevo periplo judicial que terminó otra vez ante el Tribunal Constitucional (sentencia 153/2004, de 20 de septiembre) otorgando nuevamente el amparo al recurrente por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión; en la STC 290/2000,

interpretado a la luz del Convenio 108 del Consejo de Europa y de la Directiva 95/46/CE, que prevé el riesgo que puede suponer la informática en la intimidad de las personas, siendo la primera vez que se mencionó este derecho en la citada sentencia 254/1993, de 20 de julio, que consideró vulnerado el derecho a la intimidad del recurrente por la denegación presunta de su solicitud de información⁴⁸² de sus datos de carácter personal existentes en ficheros automatizados de la Administración del Estado.

Dicha sentencia dejó abierta la cuestión de si estábamos ante un nuevo derecho fundamental o, simplemente, ante una nueva dimensión positiva del derecho a la intimidad⁴⁸³. Lo cierto es que, en último término, el Tribunal Constitucional consideró

de 30 de noviembre, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad planteado por razones competenciales por el Consell Executiu de la Generalitat de Catalunya y el Parlament de Catalunya únicamente contra los artículos 24, 31 y 40.1 y 2 de la LORTAD, dado que la derogación de esta ley por la LOPD había alterado los otros preceptos impugnados privando de objeto la reivindicación competencial con la consiguiente pérdida de objeto del proceso constitucional, suponiendo, asimismo, la pérdida sobrevenida del objeto en cuanto a los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Defensor del Pueblo y por el Grupo Parlamentario Popular y, finalmente, en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra los artículos 21.1 y 24.1 y 2 LOPD. Sentencias cuya doctrina han reiterado, recientemente, los autos de 28 de enero de 2008 (núm. 29/2008) y 18 de mayo de 2009 (núm. 155/2009) a fin de justificar la inadmisión de los recursos de amparo respectivamente planteados. Sobre la construcción del derecho a la autodeterminación informativa a través de la sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, vid. Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: “La primera jurisprudencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa”, *Datospersonales.org*, Revista digital de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 1 de marzo de 2003, núm. 1, disponible en <http://www.datospersonales.org/>

⁴⁸² La petición de información se fundaba en el Convenio para la Protección de las personas frente al Tratamiento Automatizado de Datos Personales, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, ratificado por España mediante Instrumento de 27 de enero de 1984 y publicado en el BOE de 15 de noviembre de 1985, puesto que, en el momento de la solicitud, no se había publicado todavía la LORTAD, la cual, sin embargo, aparece referenciada en texto de la resolución como un mero *obiter dictum* (f.j.9). Según Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 41, mayo-agosto 1994, págs. 196-198, el Tribunal Constitucional niega efecto constitucionalizador al citado Convenio y reduce sus efectos, en el ámbito constitucional, a ser instrumento de interpretación del contenido abstracto de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE en virtud de la remisión del art. 10.2 CE (f.j.5). De este modo, el Tribunal Constitucional soslayó, según dicho autor, el verdadero problema que entrañaba el recurso de amparo, a saber, determinar la posición que ocupa el legislador respecto de la Constitución cuando actúa como “legislador de los derechos fundamentales” y saber si los tratados internacionales pueden ser “legisladores” en materia de derechos fundamentales.

⁴⁸³ Según TÉLLEZ AGUILERA: *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos*, cit., pág. 73, la STC 254/1993, en una primera aproximación, parecía encaminarse con la redacción del f.j.6 hacia el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, seguidamente adoptaba en el f.j.7 una línea de interpretación del binomio informática-intimidad bajo la expresión de la libertad informática que, a la postre y de forma sorprendente, fue la que se ha venido imponiendo en las sucesivas resoluciones del Tribunal Constitucional. En este sentido, ORTÍ VALLEJO: “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática”, cit., págs. 317-325, considera que no estamos ante un nuevo derecho fundamental sino una mera ampliación del derecho a la intimidad. Configura la protección frente a la informática como tutela de derechos fundamentales o de la personalidad ya existentes, fundamentalmente, la intimidad, pero también la libertad y el honor. Defiende una concepción positiva de la intimidad (no limitada al ámbito informático), una nueva forma comunitaria y social, frente a la concepción negativa o excluyente de la misma que conduce a una excesiva patrimonialización. Con todo, desde un punto de vista jurídico estricto, considera que no hay razones suficientes para afirmar que la utilización informática de datos personales requiera la introducción de un nuevo derecho, aunque reconoce que, desde el punto de vista de los derechos y libertades fundamentales, resulta conveniente

vulnerado el contenido esencial del derecho a la intimidad y no el contenido esencial del derecho a la libertad informática⁴⁸⁴.

La posterior STC 11/1998 también se movía entre dos aguas pues si, por una parte, en su fundamento jurídico 4º enlazaba la doctrina contenida en el f.j.6º de la STC 254/1993 con la contenida en el f.j.7º (con la única diferencia de añadir “latu sensu” tras “la garantía de la intimidad”), por otra, en el fundamento jurídico 5º afirmaba que el art. 18.4 CE “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática [...] sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona – a la privacidad según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos –, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos.”

Con todo, la configuración definitiva de este derecho como derecho fundamental no se produjo, como hemos expuesto, hasta la STC 290/2000, de 30 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la LORTAD, vigente ya la LOPD. Derecho fundamental cuyo contenido esencial, como afirma SERRANO PÉREZ, se sustenta en el consentimiento de la persona y el conjunto de derechos que lo hacen practicable y que garantizan el control de los datos en todo momento (el derecho de información, de acceso, de rectificación, de cancelación y de oposición)⁴⁸⁵.

Partiendo de las anteriores resoluciones, el Tribunal Supremo define el derecho a la autodeterminación informativa como “aquél que ostenta toda persona física a la reserva y control de los datos que le conciernen en los distintos ámbitos de la vida, de tal suerte que pueda decidir en todo momento cuándo, cómo y en qué medida esa información sea recogida, almacenada, tratada y en su caso transferida a terceros, así como a ser informado de los datos personales que a estos efectos se encuentren almacenados en ficheros o bases de datos, pudiendo acudir a los mismos con la posibilidad de exigir su identificación, puesta al día o cancelación” (SSTS 14 de febrero de 2006, núm. 179/2006, f.j.1, y 4 de octubre de 2006, núm. 949/2006, f.j.1).

En cualquier caso, sea al amparo del art. 18.4 CE o del art. 10.1 CE, sea un nuevo derecho o una nueva dimensión del derecho a la intimidad, lo que interesa

socialmente la formulación de un derecho de la personalidad y, a la vez, fundamental, en el ámbito informático. Por el contrario, para Francisco MILLÁN SALAS y Juan Carlos PERALTA ORTEGA: “El derecho a la autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 5, 1995, el derecho a la autodeterminación informativa es un auténtico derecho de la personalidad autónomo y, a la vista de su regulación concreta en el ordenamiento jurídico – vigente entonces la LORTAD – también un derecho fundamental.

⁴⁸⁴ Así, VILLAVERDE MENÉNDEZ: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, cit., pág. 205, para quien difícilmente puede extraerse del mandato del art.18.4 CE la existencia de un derecho fundamental salvo que sea un derecho a la actuación legislativa, un derecho de prestación normativa. Para este autor, el art. 18.4 CE establece una garantía de los derechos fundamentales del art. 18.1 en el ámbito de la informática. Constituye un mandato al legislador para que establezca una garantía complementaria de los derechos a la intimidad y al honor frente al uso ilícito de la informática, aunque no limitado al estrecho campo del empleo lícito de los ficheros automatizados como demuestra la LORTAD y el citado Convenio.

⁴⁸⁵ SERRANO PÉREZ: “El derecho fundamental a la protección de datos. Su contenido esencial”, cit., pág. 255.

destacar, desde un punto de vista procesal, como advierte ETXEBERRÍA GURIDI, es que nos hallamos frente a un derecho de naturaleza fundamental, con las consecuencias que ello supone en aras a las restricciones que se imponen a sus garantías cuando de la investigación delictiva se trata⁴⁸⁶.

En la materia que nos ocupa, el derecho a la autodeterminación informativa podrá resultar afectado no ya por las investigaciones corporales propiamente dichas (inspecciones, registros e intervenciones)⁴⁸⁷, sino por la circunstancia de que los datos obtenidos a través de las mismas y, en particular, mediante los análisis periciales realizados sobre muestras biológicas del cuerpo del sujeto pasivo de la medida sean almacenados, tratados y, en su caso, utilizados con fines distintos de la investigación para la cual han sido realizados⁴⁸⁸.

En efecto, téngase en cuenta que los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado⁴⁸⁹, se inscriben en la base de datos policial creada por la LO 10/2007, de 8 de octubre⁴⁹⁰.

Inscripción que no precisa del consentimiento del afectado – si bien es cierto que también se prevé la posibilidad de que éste ceda sus datos voluntariamente – debiendo ser informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento.

⁴⁸⁶ ETXEBERRÍA GURIDI: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 209-211.

⁴⁸⁷ Téngase en cuenta, además, que las muestras biológicas pueden haberse obtenido sin necesidad de una previa intervención corporal, lo que no excluye la afectación, en su caso, de los derechos a la intimidad genética o a la autodeterminación informativa.

⁴⁸⁸ En efecto, no en vano advierte LORENTE ACOSTA: *Un detective llamado ADN*, cit., págs. 181-182, que la primera impresión que levanta un estudio genético es la de *temor* (sic), pensando que se va a manipular la información genética o que se va a usar para fines distintos a los relacionados con el objeto de la prueba. Anécdotas aparte, lo verdaderamente relevante es que la incorporación de la información genética obtenida a ficheros o bases de datos supone una injerencia en el derecho fundamental a la autodeterminación informativa. Así, ETXEBERRÍA GURIDI: “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte I)”, cit., págs. 51-53 e, igualmente, Benito REVERÓN PALENZUELA: “La nueva LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 29, 2008, pág. 91.

⁴⁸⁹ Cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en dicho término la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la LECrim en relación con los delitos enumerados.

⁴⁹⁰ Según informaba el periódico EL PAÍS en su edición impresa del 3 de mayo de 2010, dos años y medio después de su puesta en marcha, había 134.088 personas fichadas genéticamente en España, añadiéndose unos 8.000 nuevos perfiles cada trimestre. La Policía Nacional había incorporado 94.740; la Guardia Civil, 35.616; los Mossos d’Esquadra, 3.057; la Ertzaintza, 674 y el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, 4.

Datos que serán utilizados en la investigación de *otros* delitos graves y de la misma naturaleza que los que permiten la obtención de muestras o fluidos biológicos y que pueden ser cedidos a las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes; a las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, que únicamente podrán utilizarlos para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Ley o, en su caso, para la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas y, asimismo, al Centro Nacional de Inteligencia, que podrá utilizar los datos para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de tales delitos, en la forma prevista en su ley reguladora (Ley 11/2002, de 6 de mayo).

Actualmente, el convenio internacional más importante en esta materia, anterior incluso a la citada LO 10/2007, es el Tratado de Prüm. En virtud de este tratado, adoptado inicialmente al margen de la Unión Europea⁴⁹¹, en fecha 27 de mayo de 2005, por siete países⁴⁹², entre ellos, España, que lo ratificó mediante Instrumento de fecha 18 de julio de 2006, publicado en el BOE de 25 de diciembre de 2006, se establece un marco legal para profundizar la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, intercambiando y poniendo en común información en tres grandes ámbitos: perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y registros de matriculación de vehículos.

Entre otras medidas, el Tratado insta la creación de ficheros nacionales de ADN para la consulta y comparación automatizada de perfiles de ADN por las demás Partes Contratantes a través de sus puntos de contacto nacionales⁴⁹³ y aunque, ciertamente, la consulta y la comparación se realiza inicialmente con los índices de referencia en busca de coincidencias, no lo es menos que cuando éstas se producen no sólo se recibe información sobre la existencia de la concordancia y su referencia sino que se transmiten otros datos de carácter personal disponibles relativos a los índices de

⁴⁹¹ A pesar de no ser jurídicamente hablando un convenio elaborado en el seno de la Unión Europea, para Emilio ACED FÉLEZ: “Ejercicio y garantía del derecho a la protección de datos personales en el Convenio de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio 2007, págs. 65-68, el Tratado de Prüm puede enmarcarse dentro de las iniciativas encaminadas a la implantación del Principio de Disponibilidad establecido en el Programa de La Haya (documento programático de la Unión Europea que define las prioridades en el ámbito de la seguridad en el período 2005-2010 con el fin de establecer un espacio europeo de justicia, libertad y seguridad). De hecho, mediante la Decisión 20087616/JAI, de 23 de junio, el Consejo de la Unión Europea ha incorporado al ordenamiento jurídico de la Unión Europea los elementos básicos del Tratado, estableciendo las disposiciones normativas comunes necesarias para la ejecución administrativa y técnica de las formas de cooperación establecidas en el mismo. Así, FIGUEROA NAVARRO: “Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN”, cit., pág. 6.

⁴⁹² Todos ellos Estados miembros de la Unión Europea: el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria.

⁴⁹³ En el artículo publicado por EL PAÍS, anteriormente reseñado, se informaba, asimismo, que desde 2005 (sic) las comparaciones han dado 242 resultados positivos: 157 robos con fuerza, 30 agresiones sexuales, 21 delitos vinculados con homicidios y 34 casos de terrorismo.

referencia⁴⁹⁴ y demás informaciones con arreglo al derecho interno de la Parte Contratante requerida, incluidas las disposiciones en materia de asistencia judicial (art. 5).

Si a tal medida añadimos la consulta automatizada de datos dactiloscópicos (art. 9), la consulta automatizada de datos procedentes de los registros de matriculación de vehículos (art. 12), la transmisión de datos de carácter personal (art. 14) y de información no personal (art. 13) para prevención en grandes eventos transfronterizos o la transmisión de información para la prevención de actos terroristas (art. 16), se convendrá necesariamente que el derecho fundamental más directamente afectado por tales medidas no es otro que el derecho a la autodeterminación informativa⁴⁹⁵.

Más aún, si tenemos en cuenta que si bien es cierto que con arreglo al principio de finalidad se prevé que la Parte Contratante receptora únicamente podrá utilizar los datos de carácter personal para los fines para los que se transmitieron con arreglo al Tratado, no lo es menos que también se prevé el tratamiento de los datos para “otros fines”. Para ello la parte receptora de los datos deberá solicitar autorización a la Parte titular del fichero que le remitió la información, quien podrá concederla cuando su derecho interno admita dicho tratamiento para esos otros fines (art. 35.1).

Como advierte ACED FÉLEZ, el peligro está en que dicha disposición no aclara si la finalidad para la que se solicita la autorización debe ser también una de las contempladas en el convenio o si cabe cualquier otra finalidad siempre que la misma sea compatible con las normas nacionales de ambos Estados⁴⁹⁶. Además, como sigue advirtiendo dicho autor, no se requiere que se motiven las razones por las cuales se solicita la autorización de los datos con una finalidad diferente ni su registro, junto con la respuesta de la otra Parte, para su ulterior control y establecimiento de responsabilidades en caso de tratamiento o requerimiento irregular o malicioso.

Para evitar tales peligros, se establece un régimen más estricto para el tratamiento de los datos obtenidos por consulta o comparación automatizada de perfiles de ADN y por consulta automatizada de datos dactiloscópicos, el cual únicamente se permite exclusivamente, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 35, en relación con la comprobación de si existe o no coincidencia entre los

⁴⁹⁴ De este modo, los perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante de ADN relacionado con un número de referencia constituyen datos personales, puesto que permiten la identificación, aunque sea de forma indirecta, de un particular. En efecto, los índices de referencia tanto de ADN como de datos dactiloscópicos previstos en el Tratado de Prüm contienen “datos de carácter personal” en el sentido que se entiende por tales en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal o Convenio 108: “...cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable” e, igualmente, en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, entendiéndose a su vez por “identificable”, toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Así, ACED FÉLEZ: “Ejercicio y garantía del derecho a la protección de datos personales en el Convenio de Prüm”, cit., pág. 75.

⁴⁹⁵ Así también, Gregorio CÁMARA VILLAR: “La garantía de los derechos fundamentales afectados por la Convención de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio 2007, pág. 107.

⁴⁹⁶ ACED FÉLEZ: “Ejercicio y garantía del derecho a la protección de datos personales en el Convenio de Prüm”, cit., pág. 84.

perfiles de ADN o datos dactiloscópicos comparados; la preparación y presentación de una solicitud de asistencia administrativa o judicial con arreglo al derecho interno en el supuesto de que los datos coincidan y el registro con arreglo al artículo 39.

Además, la Parte titular del fichero únicamente podrá tratar tales datos en la medida que sea necesario para llevar a cabo la comparación, la respuesta automatizada o su registro. Finalizada la comparación de datos o respondida la consulta automatizada, se cancelarán inmediatamente, salvo que se requiera su ulterior tratamiento para la preparación y presentación de una solicitud de asistencia administrativa o judicial o para su registro.

Utilización y cesión de datos que, evidentemente, se realizará sin conocimiento ni consentimiento del afectado, para quien únicamente se prevé su derecho de acceso, rectificación y cancelación en los términos previstos en la Ley de Protección de Datos y su normativa de desarrollo.

Así pues, en cuanto tales datos no sean utilizados por quien corresponde o, aún así, no lo sean conforme a la finalidad prevista, el derecho a la autodeterminación informativa resultará afectado, del mismo modo que puede resultar afectado si no se observan los plazos de conservación o las medidas de seguridad establecidas.

En definitiva, la manipulación o el uso de los identificadores contenidos en la base de datos para fines distintos de los comprendidos en la Ley, su tratamiento, divulgación o acceso por parte de personas no autorizadas, o su conservación fuera de los plazos, previstos vulnerará el derecho a la autodeterminación informativa del titular de los datos.

1. 7. *Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*

Ambos derechos, recogidos conjuntamente en el artículo 24.2 de la Constitución, aunque en realidad se trate de dos cuestiones distintas⁴⁹⁷, constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa⁴⁹⁸. En estos términos se

⁴⁹⁷ Así, por ejemplo, Mercedes GARCÍA ARÁN: “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol. Ejercicio del derecho constitucional a la defensa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, núm. 3, pág. 64, destaca que el derecho a no declarar en contra de uno mismo es de contenido más amplio – se refiere a cualquier persona, no únicamente a la que se encuentra detenida – y afecta a cualquier tipo de pregunta cuya respuesta pueda suponer incriminación. Para Julio BANACLOCHE PALAO: “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto 2000, pág. 193, el derecho a no declarar contra uno mismo permite al acusado negarse a declarar en absoluto, sin que de ello deban seguir consecuencias negativas para él, mientras que el derecho a no confesarse culpable permite al acusado declarar sobre los hechos presuntamente delictivos, aunque pudiendo guardar silencio sobre aquellas cuestiones que pudieran suponer su incriminación.

⁴⁹⁸ Respecto al deber de información de estos derechos por parte del órgano jurisdiccional la STC 127/2000, de 16 de mayo, de forma un tanto cabalística establece que: “...el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, como el derecho a no contribuir a su propia incriminación, no pueden identificarse con el derecho a guardar silencio, sin embargo, si el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio (STEDH *Saunders*, de 8 de febrero de 1996, § 68), la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable” (f.j.4). En realidad la STEDH del caso *Saunders* es de fecha 17 de diciembre de 1996, si bien la

pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia 197/1995, de 21 de diciembre, que contiene una excelente doctrina sobre este particular, aunque no compartamos su conclusión final⁴⁹⁹:

“La Constitución reconoce en su artículo 24.2, con especial referencia, por tanto, al proceso penal, los derechos íntimamente conectados a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Ciertamente que estos derechos no aparecen enunciados expresamente en los textos constitucionales de los países de nuestro entorno, en los que se recogen en las Leyes procesales. En el ámbito internacional, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España, los proclama como derechos de toda persona acusada de un delito durante el proceso (art. 14.3). Por su parte, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, consagran de manera formal y expresa los citados derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco de las garantías del artículo 6.1 del Convenio, ha reconocido el derecho que tiene todo acusado en materia penal, en el sentido autónomo que el Tribunal ha otorgado a dicha noción en el texto del Convenio y frente al Derecho interno, a guardar silencio y de no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación (STEDH 25 febrero 1993 -caso Funke V. Francia-).

La doctrina sitúa los orígenes de ambos derechos, en cuanto manifestación del derecho de defensa, en la lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías que se inicia en la Europa

de 8 de febrero de 1996 que cita el transcrito fundamento jurídico (caso John Murray c. Reino Unido) también se refiere a este derecho y es a la que alude el caso Saunders en su § 68, junto a la sentencia del caso Funke.

⁴⁹⁹ En efecto, según dicha sentencia que, por ello, califica BANACLOCHE PALAO: “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, cit., pág. 197, de “nefasta”, el cuestionado artículo 72.3 del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad vial en cuanto establece – sancionando su incumplimiento como falta grave con la consiguiente multa pecuniaria – la obligación para el titular del vehículo, debidamente requerido para ello, de identificar al conductor responsable de la infracción, no vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo, aun cuando el titular del vehículo fuera también el conductor que hubiera cometido la supuesta infracción de tráfico, “dado que la identificación del conductor que la ley exige no es la del propietario en condición de imputado, sino en la de titular del vehículo”, configurando así “un mero deber de colaboración con la Administración de los titulares de los vehículos, cuyo cumplimiento no trasciende al plano de la real y efectiva responsabilidad de los mismos en las infracciones objeto de depuración” (f.j.8). Conclusión a la que se llega tras una forzada interpretación del precepto en cuestión, como advierte el magistrado don Vicente Gimeno Sendra en su voto particular, en el sentido de entender que su objeto no es tanto “identificar al conductor responsable de la infracción” – que es lo que literalmente dice –, sino “identificar a la persona contra la que se dirigirá el procedimiento sancionador”, correspondiendo a la Administración establecer si la persona identificada es o no responsable. Forzada interpretación que, a nuestro entender, cuando el titular del vehículo es el mismo infractor supone una autoincriminación, pues es evidente que, en ese caso, la Administración va a considerarlo responsable. Pese a nuestra discrepancia, lo cierto es que tampoco el TEDH ha considerado que la obligación del propietario de un vehículo de informar quién lo conducía en un determinado momento resulte en sí misma incriminatoria, por lo que la imposición de una multa para obtener dicha información no supone violación alguna del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (así, en los casos Weh c. Austria de 8 de abril de 2004, Rieg c. Austria de 24 de marzo de 2005, O’Halloran y Francis c. Reino Unido de 29 de junio de 2007 o Lückhof y Spanner c. Austria de fecha 10 de enero de 2008).

continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII, frente al viejo proceso penal inquisitivo. Mientras que en éste, regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que (su) declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones.

Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable contemplan, como su enunciado indica, los que en el proceso penal al imputado o a quien pueda adquirir tal condición corresponde, y acerca de los cuales los órganos judiciales deben ilustrar desde el primer acto procesal en el que pueda dirigirse contra una determinada persona el procedimiento, de no prestar declaración en contra de sí mismo y de confesar la culpabilidad. *Tanto uno como otro son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable* (SSTC 36/83, f.j.2; 127/92, f.j.2)” (f.j.6)⁵⁰⁰.

Como ya vimos al estudiar el derecho a la libertad, para el Tribunal Constitucional la realización de una intervención corporal no se considera contraria al derecho a guardar silencio toda vez que la misma no se conceptúa como una verdadera declaración sino como una especial modalidad de pericia. Así, con relación a la prueba de alcoholemia, la sentencia 103/1985, de 4 de octubre, dispuso que “el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, *exigiéndole una colaboración* no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE” (f.j.3)⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ La cursiva es nuestra. Así también, ulteriores SSTC 161/1997, de 2 de octubre (f.j.5); 161/1999, de 27 de septiembre (f.j.3); 229/1999, de 13 de diciembre (f.j.3); 127/2000, de 16 de mayo (f.j.4a); 67/2001, de 17 de marzo (f.j.7); 38/2003, de 27 de febrero (f.j.5); 61/2005, de 14 de marzo (f.j.3); 68/2006, de 13 de marzo (f.j.2); 76/2007, de 16 de abril (f.j.8).

⁵⁰¹ La cursiva es nuestra. La doctrina contenida en esta sentencia respecto al deber de someterse al control de alcoholemia supone un cambio en la jurisprudencia constitucional respecto a la contenida, por ejemplo, en el ATC 62/1983, de 16 de febrero: “En modo alguno puede decirse que la determinación del grado de alcohol en sangre constituya una prueba anticonstitucional, sin perjuicio, naturalmente, del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba y de soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivar, así como de las presunciones que en ello se puedan fundar” (f.j.2). Cf. Jesús MARTÍNEZ RUIZ: “Consideraciones en torno a la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia”,

Doctrina ratificada en la posterior STC 161/1997, de 2 de octubre, relativa a la constitucionalidad del artículo 380 CP, la cual, pese a vincular tales derechos con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, según la cual corresponde a la acusación la carga de la prueba, sin que pueda hacerse recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación⁵⁰², concluye nuevamente que “las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacentes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable” y que “tampoco menoscaban „per se“ el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba” (f.j.7)⁵⁰³.

Se delimita así el contenido esencial de tales derechos circunscribiéndolo a “la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo y el reconocimiento de la necesaria libertad para declarar o no y para hacerlo en el sentido que estime más conveniente.” Así, entre otras, la STC 142/2009, de 15 de junio (f.j.3). Esto es, se restringe el ámbito de aplicación del derecho a la no autoincriminación a las diligencias de naturaleza testimonial y comunicativa.

Entendemos, sin embargo, que si, como reconoce el propio Tribunal Constitucional, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación, no puede “exigírsele” ningún tipo de colaboración, sin que quepa la entelequia de no equiparar la medida de investigación corporal a una declaración⁵⁰⁴ a fin de que no entre en juego el derecho a la

Cuadernos Jurídicos, núm. 44, septiembre 1996, pág. 58. También GARCÍA ARÁN: “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol. Ejercicio del derecho constitucional a la defensa”, cit., pág. 60.

⁵⁰² La amplitud de tal garantía se matiza respecto al procedimiento sancionador en el sentido de entender referidas las garantías frente a la autoincriminación solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. De ahí se concluye que las distintas pruebas de alcoholemia, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 523-524, considera insuficiente este criterio para justificar la integridad del derecho a la no autoincriminación.

⁵⁰³ Así también el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN partía de esta interpretación constitucional para afirmar que los análisis de ADN con fines de investigación criminal no inciden en los derechos a no declarar contra sí mismo (art. 17.3 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24 CE).

⁵⁰⁴ Término que ha de entenderse, pues, en sentido amplio, como hizo el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de febrero de 2011, núm. 204/2011, en la que consideró vulnerado el derecho de defensa de la acusada a no declararse culpable y a no declarar contra sí misma, porque en la práctica la confección de la muestra de escritura a cuya realización fue requerida judicialmente – sin haber sido imputada previamente y sin haber sido informada de sus derechos como tal y sin siquiera haber sido advertida por

no autoincriminación o, como hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerar que materiales tales como las muestras de aliento, sangre u orina y los tejidos corporales son fuentes de prueba independientes de la persona del acusado y, por tanto, pueden exigirse por medios coercitivos sin que ello suponga una compulsión vetada por el derecho a no autoincriminarse.

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pese a reconocer que, vinculado a la presunción de inocencia, el derecho a no autoincriminarse presupone que en el proceso penal las autoridades ha de lograr probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada⁵⁰⁵, no considera que suponga una autoincriminación someterse a una prueba de alcoholemia en tanto no se concibe como un acto de inculpación sino como un medio de prueba cuyo resultado puede ser favorable o desfavorable⁵⁰⁶.

Así, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a no autoincriminarse no se extiende al uso de datos que tienen una existencia independiente de la voluntad del sospechoso y que, por ello, pueden ser obtenidos a través de medios coercitivos, tales como los documentos adquiridos en virtud de una orden judicial, las muestras de aliento, sangre y orina o los tejidos corporales para un análisis de ADN (caso Saunders c. Reino Unido de 17 de diciembre de 1996, § 69)⁵⁰⁷. Supuestos estos

el juez de que podía negarse a realizar dicha diligencia – supuso una prueba de cargo de incuestionable contenido incriminatorio y, como recuerda dicha resolución, “el afectado por el requerimiento judicial tiene derecho, como sospechoso o acusado, a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación y de no facilitar pruebas que pudieran incriminarle” (f.j.3).

⁵⁰⁵ A pesar de no estar contemplados expresamente en el articulado del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, la jurisprudencia del TEDH ha incluido el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, como normas internacionalmente reconocidas, en el marco de los derechos y garantías del artículo 6 del Convenio en tanto que se encuentran en el corazón de la noción de un proceso justo. Así, por ejemplo, en la citada sentencia de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, en cuyos § 39-43, resume la jurisprudencia del TEDH sobre este particular, según la cual existen dos tipos de casos en los que se ha vulnerado el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra uno mismo. En primer lugar, están los casos relativos al empleo de la compulsión para obtener información incriminatoria con anterioridad a un proceso penal o durante él (entre otros, casos Funke c. Francia de 25 de febrero de 1993, Heaney y McGuinness c. Irlanda de 21 de diciembre de 2000, Quinn c. Irlanda, también de 21 de diciembre de 2000 y J.B. c. Suiza de 3 de mayo de 2001). En segundo lugar, se encuentran los casos en que se ha empleado información incriminatoria obtenida de manera compulsoria fuera del contexto de un proceso penal (casos Saunders c. Reino Unido de 17 de diciembre de 1996, I.J.L., G.M.R. y A.K.P. c. Reino Unido de 19 de septiembre de 2000).

⁵⁰⁶ Sin embargo, no cabe desconocer, como expondremos más adelante, que en nuestro Derecho la negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia constituye un específico delito de desobediencia, tipificado actualmente en el artículo 383 CP, castigado con pena de mayor gravedad que la del delito base de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Delito cuya posible comisión debe advertirse al sujeto afectado por la medida, lo que constituye, a nuestro entender, una forma de compulsión que vulnera el derecho a no autoincriminarse, puesto que, en definitiva, no sólo la amenaza, la coacción directa o el empleo de violencia constituyen métodos coercitivos o de compulsión, sino también cualquier medio que suponga una compulsión o coacción, incluso jurídica, en el sentido de imponer consecuencias gravosas a la no colaboración del sujeto con las autoridades.

⁵⁰⁷ Literalmente, en su versión inglesa: “*The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory*”

últimos en que el acusado debe soportar pasivamente, según el Tribunal Europeo, una lesión menor en su integridad física e, incluso, su participación activa cuando se trate de elementos producidos por el funcionamiento orgánico normal (como, por ejemplo, las muestras de aliento, la orina o la voz)⁵⁰⁸.

Doctrina compartida por nuestro Tribunal Constitucional y por extensión aplicada a todo tipo de investigación corporal⁵⁰⁹, interpretando así restrictivamente la cláusula que prohíbe la autoincriminación (*nemo tenetur se ipsum accusare*), tal como viene haciendo también el Tribunal Supremo de los Estados Unidos desde el caso *Holt vs. United States*, 218 U.S. 245 (1910), rechazando aquella interpretación del principio

powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.” Argumento este de la existencia independiente de la voluntad del sujeto que no nos convence en absoluto, máxime cuando estamos hablando de muestras y tejidos corporales y cuando resulta que, por el contrario, no se considera tal la información fiscal requerida por la Administración tributaria. En efecto, no deja de ser curioso que el mismo TEDH no considere material que tenga existencia independiente de la voluntad del sujeto la información requerida por la Administración tributaria en el marco de un procedimiento sancionador, estimando su exigencia por medios coercitivos una compulsión sobre el individuo contraria a su derecho a guardar silencio (así, en el caso *J.B. c. Suiza* de 3 de mayo de 2001, § 68). De este modo, resulta que para el TEDH – a diferencia, por cierto, del Tribunal Constitucional, vid. sentencias 110/1984, de 26 de noviembre, y 76/1990, de 26 de abril – en los procedimientos tributarios el contenido del derecho a no declarar comprende también el no aportar documentos que contengan información potencialmente autoincriminatoria (así también, con anterioridad, en el caso *Funke c. Francia* de 25 de febrero de 1993 y, más recientemente, en el caso *Marttinen c. Finlandia* de 21 de abril de 2009). Sobre el derecho a no autoinculparse en los procedimientos sancionadores administrativos y, en particular, en materia tributaria, vid. Jaime ANEIROS PEREIRA: “El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Quincena Fiscal: Revista de actualidad fiscal*, núm. 17, octubre 2002, págs. 9-23, y también, sobre la base de pronunciamientos jurisdiccionales más recientes, José Alberto SANZ DÍAZ-PALACIOS: “Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria”, *Crónica tributaria*, núm. 133, 2009, págs. 215-228.

⁵⁰⁸ En cambio, cuando la afectación a la integridad física ha sido significativa, hasta el punto de calificarla como trato inhumano o degradante, ha considerado – atendiendo, además de a la naturaleza y gravedad de la coerción empleada, al peso del interés público en la persecución de la infracción y el castigo de su autor, a la existencia de garantías apropiadas en el procedimiento y, finalmente, a la utilización hecha de los elementos así obtenidos – infringido el derecho del demandante a no autoincriminarse, como ocurrió en el caso *Jalloh c. Alemania* en el que se introdujo al sujeto afectado, contra su voluntad, una sonda nasogástrica para administrarle un vomitivo con la finalidad de que regurgitase una bolsita de cocaína que se había tragado en el momento de ser arrestado por la policía (STEDH de 11 de julio de 2006, § 117-123).

⁵⁰⁹ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 143; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 54; IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 48. Por eso, Jaime GOYENA HUERTA: “Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 de marzo de 2001, núm. 476, pág. 3, afirma que “la eficacia de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable se circunscribe al ámbito de las declaraciones verbales u orales que el imputado, en su condición de tal, presta en sede policial, ante el juez de instrucción, ante el Ministerio Fiscal o, por último, en el acto del juicio oral, pero en ningún caso aquella eficacia es trasladable a otras diligencias de investigación que, como ocurre con las intervenciones corporales, no requieren una declaración del imputado, sino tan sólo la práctica de una diligencia de investigación que tiene como objeto material el propio cuerpo del imputado”. Tampoco considera involucrado el derecho a no declararse culpable, DEL MORAL GARCÍA: “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 72.

que extiende su alcance a cualquier colaboración o cooperación del imputado en la adquisición de la prueba de cargo (*nemo tenetur se ipsum procedere*)⁵¹⁰.

Por el contrario, para HUERTAS MARTÍN, el sometimiento del afectado a una prueba de alcoholemia o, en general, a una medida de intervención corporal constituye una declaración en cuanto a sus efectos prácticos – toda vez que de la misma pueden derivarse elementos incriminadores para el mismo – vulnerando, en este sentido, su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse⁵¹¹.

Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, cuando se obliga a una persona a soportar una intervención corporal que permitirá posteriormente la realización de los correspondientes análisis, se le está imponiendo la obligación de colaborar dentro del proceso penal en la obtención de pruebas contra sí mismo. Obligación que, en definitiva, restringe, más aún, anula el contenido esencial del derecho a no colaborar⁵¹².

Concepción amplia del derecho a no autoincriminarse que choca con la interpretación restrictiva de la jurisprudencia constitucional. Jurisprudencia que configura restrictivamente el derecho a la no autoincriminación porque interpretarlo en sentido amplio implicaría la vulneración de estos derechos, limitaría la actuación investigadora de los poderes públicos⁵¹³ y, además, condicionaría la eficacia de las intervenciones corporales al voluntario sometimiento del afectado⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Según la citada sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU, la prohibición de compeler a un hombre a atestiguar contra sí mismo en un proceso criminal es una prohibición del uso de la fuerza física o moral para obtener su declaración, pero no excluye su cuerpo como evidencia cuando sea de tipo material: “*The prohibition of the Fifth Amendment against compelling a man to give evidence against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, and not an exclusion of his body as evidence when it is material.*”

⁵¹¹ Así también, Pilar GÓMEZ PAVÓN: “La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de alcoholemia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pág. 1004, y GARCÍA ARÁN: “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol. Ejercicio del derecho constitucional a la defensa”, cit., pág. 65; PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., pág. 93 con cita de HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 384, para quien, con todo, pese a la equiparación que realiza de declaración e intervención corporal, desde el punto de vista de las consecuencias, reconoce que el derecho a guardar silencio queda incólume en el primer caso ya que no cabe otra declaración que la voluntaria, mientras que en el segundo, resulta limitado si el sometimiento no ha sido voluntario.

⁵¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN”, cit., pág. 228, y, en idénticos términos, en “El derecho a guardar silencio y a no incriminarse”, *Manuales de Formación continuada*, núm. 22, 2004, pág. 602. Para este autor, el derecho a no incriminarse se encuentra “capitis disminuido” hasta cotas ciertamente no razonables. También para RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., págs. 275-277, refiriéndose a los análisis de ADN, pedir a un sujeto que se someta a una diligencia que determinará (si fuera el autor material de los hechos) su responsabilidad en el delito que se le imputa es totalmente contrario a su derecho a no colaborar, pues “se obliga al individuo, ya no sólo a decidir que va a declarar y en qué sentido, sino también a colaborar en la obtención de pruebas en su contra, es decir, a autoincriminarse”.

⁵¹³ En términos de la citada STC 161/1997, de 2 de octubre, al tratar las garantías frente a la autoincriminación: “...tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría

Sin embargo, el derecho a no autoincriminarse tiene un contenido más amplio que el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, aunque sus raíces sean las mismas. En efecto, el principio *nemo se detegere* (literalmente, „nadie viene obligado a delatarse“), enunciado también como *nemo tenetur edere contra se* („nadie está obligado a declarar contra sí“), en su acepción más genérica significa, en palabras de VÁZQUEZ SOTELO, que nadie, en un proceso, puede ser obligado o constreñido a actuar en su propio daño. Para este autor, la Constitución ha introducido en su normativa un “derecho de no colaborar” a la investigación y descubrimiento de los hechos de modo que, en principio, no podría reclamarse al imputado el tipo de colaboración que requieren las diferentes diligencias de investigación corporal⁵¹⁵.

Más aún, a nuestro entender, si el imputado tiene derecho a no declarar y a guardar silencio, si tiene también derecho a no colaborar (activamente) en la investigación criminal sin que pueda obligársele a aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación, ha de tener también derecho a no tener que soportar (pasivamente) actuaciones sobre su cuerpo en busca de elementos que contribuyan a su incriminación, sin que pueda exigírsele su colaboración. El derecho a no autoincriminarse, el derecho a no contribuir a su propia incriminación, ha de comprender tanto la vertiente activa (colaborar), como la pasiva (soportar). En definitiva, debe abarcar todas aquellas conductas que suponen considerar al sujeto como fuente de prueba.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre esta cuestión cuando tratemos el problema de la ejecución de las medidas de investigación corporal⁵¹⁶, simplemente

genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la „identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia. [...] Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio” (f.j.6).

⁵¹⁴ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 528-532. De forma análoga, Antonio FAYOS GARDÓ: “Los derechos fundamentales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en la LECrim”, *Justicia*, números I-II, 1993, pág. 314, en relación con el art. 575 LECrim y cualquier obligación de presentación de documentos.

⁵¹⁵ VÁZQUEZ SOTELO: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, cit., págs. 95 y 152-153. En este sentido también, GARCÍA ARÁN: “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol. Ejercicio del derecho constitucional a la defensa”, cit., págs. 62-65, y con REBOLLO VARGAS: “La exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su infracción”, cit., págs. 102-107.

⁵¹⁶ La doctrina ha defendido el derecho del imputado a no colaborar activamente en el proceso, incluida cualquier conducta de tipo positivo, con el establecimiento de una obligación personal que, en caso de negativa, implique el deber de soportar positivamente la prueba. Cf. Claus ROXIN: “La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán”, *Revista Penal*, número 6, 2000, pág. 120; ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., págs. 143-144, y VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, cit., pág. 11.

apuntar ahora que, a nuestro entender, la actitud negativa del sujeto afectado por la medida a colaborar o a soportar una determinada injerencia en su cuerpo no debería comportarle consecuencia negativa alguna, igual que no debería comportarle perjuicio alguno su silencio cuando lo guarda, pues, en definitiva, está ejerciendo un derecho reconocido constitucionalmente y de tal ejercicio no debería derivarse efecto negativo alguno respecto a su presunción de inocencia, ni siquiera mediante el recurso de la valoración de tal conducta procesal⁵¹⁷.

Ello ha de ser así por cuanto no sancionando nuestra legislación la falta de colaboración del acusado con la Administración de Justicia (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, f.j.4; 67/2001, de 17 de marzo, f.j.7), ni sometiéndolo a la obligación jurídica de decir la verdad (SSTC 198/2006, de 3 de julio, f.j.4; 142/2006, de 8 de mayo, f.j.3; 30/2005, de 14 de febrero, f.j.4; 18/2005, de 2 de febrero, f.j.3; 155/2002, de 22 de julio, f.j.11), no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado exclusivamente del derecho a guardar silencio (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, f.j.4; 202/2000, de 24 de julio, f.j.5; 67/2001, de 17 de marzo, f.j.7) o de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (SSTC 75/2007, de 16 de abril, f.j.6 y 76/2007, de 16 de abril, f.j.8).

Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia, por el contrario, valora negativamente el silencio del imputado cuando existiendo pruebas incriminatorias objetivas contra el mismo, cabe esperar una explicación por su parte acerca de las mismas⁵¹⁸. Es cierto que, en principio, las consecuencias que se extraigan, por sí solas, no han de ser necesariamente y, en todo caso, negativas (así, SSTEDH 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido y 2 de mayo de 2000, caso Condron c. Reino Unido: No cabe fundamentar una condena exclusiva o esencialmente en el silencio del inculpado o en su negativa a declarar si no concurren otros indicios de prueba), pero, no es menos cierto que – y ello suele ser mucho más frecuente en la práctica – existiendo otros elementos de prueba inculpatorios, se extraen consecuencias negativas de la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado frente a los mismos⁵¹⁹.

ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 524-528.

⁵¹⁷ Así también, M.^a Isabel VELAYOS MARTÍNEZ: “El derecho del imputado al silencio”, *Justicia*, núm. I-II, 1995, págs. 90-91, para quien del silencio no se puede derivar ninguna prueba, ni siquiera indicio, a favor de la culpabilidad o de la no culpabilidad del imputado, pues se trata de una conducta que no admite valoración de ningún género.

⁵¹⁸ Sobre el derecho a guardar silencio y su valoración, vid. Francisco ORTEGO PÉREZ: “Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (Interpretación jurisprudencial del *ius tacendi*)”, *La Ley*, núm. 6418, 9 de febrero de 2006, págs. 1-8.

⁵¹⁹ En este sentido, respecto a la valoración negativa del silencio, vid. SSTC 220/1998, de 16 de noviembre (f.j.6); 202/2000, de 24 de julio (f.j.3); 155/2002, de 22 de julio (f.j.15); 61/2005, de 14 de marzo (f.j.3); 26/2010, de 27 de abril (f.j.6) y 9/2011, de 28 de febrero (f.j.5). Un resumen de la doctrina constitucional sobre el valor del silencio del imputado, puede encontrarse en la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sec. 3^a, de 25 de febrero de 2009, núm. 9/2009 (f.j.1) y una síntesis de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el valor del silencio del acusado en el juicio oral, en la sentencia de 12 de febrero de 2010, núm. 95/2010 (f.j.3). Con anterioridad, entre otras muchas, cabe reseñar las SSTS de 22 de junio de 1998, núm. 861/1998 (f.j.5); 9 de junio de 1999, núm. 918/1999 (f.j.4); 27 de marzo de 2000, núm. 554/2000 (f.j.1); 20 de septiembre de 2000, núm. 1443/2000 (f.j.3); 24 de mayo de 2002, núm. 976/2002 (f.j.3); 8 de mayo de 2003, núm. 642/2003 (f.j.1); 23 de diciembre de 2003, núm. 1746/2003 (f.j.2); 18 de junio de 2004, núm. 788/2004 (f.j.4); 14 de noviembre de 2005, núm. 1389/2005

Ello supone, a nuestro entender, desconocer el contenido esencial del derecho a guardar silencio o, cuando menos, reconocerlo sólo parcialmente, ante determinadas preguntas, puesto que, en definitiva, se está exigiendo al imputado una declaración que justifique, a juicio del tribunal, las evidencias que se presentan en su contra. De este modo, ya no sólo puede utilizarse en su contra lo que dice, sino también lo que no dice o no explica. Si ello ha de ser así, debería advertirse de tal circunstancia al detenido en el momento de ser interrogado por el juez instructor y, por supuesto, al acusado o procesado en el momento de su declaración en el juicio ante el tribunal y no sólo informarle de que tiene derecho a guardar silencio y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le dirijan⁵²⁰.

De igual modo que en el proceso civil se apercibe por el tribunal a la parte llamada a declarar cuando se negare a hacerlo que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, podrán considerarse reconocidos como ciertos los hechos a que se refieren las preguntas, siempre que hubiere intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resulte perjudicial en todo o en parte (art. 307.1 LEC), debería también advertirse por el tribunal penal al acusado o procesado de las consecuencias que puede tener su silencio, pese a tener derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable⁵²¹.

En cualquier caso, no cabe obviar que si han de existir, como dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 202/2000, de 24 de julio, para poder extraer consecuencias negativas del silencio del imputado “pruebas incriminatorias objetivas”, resulta superfluo valorar tal conducta como un elemento más de convicción – siquiera sea de corroboración –, pues ya se cuenta con esas otras pruebas de cargo válidas para justificar la condena⁵²² y si, en realidad, no son suficientes por sí solas, el silencio del acusado/procesado no podrá completarlas, por lo que procederá su absolución.

(f.j.1); 4 de octubre de 2006, núm. 927/2006 (f.j.2); 24 de octubre de 2007, núm. 861/2007 (f.j.7); 29 de enero de 2008, núm. 25/2008 (f.j.5); 16 de junio de 2009, núm. 641/2009 (f.j.17).

⁵²⁰ En este sentido, aunque no propiamente como advertencia, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, tras establecer que el detenido o encausado tiene derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, cuando menos, añade que “al silencio o negativa a declarar no podrá atribuírsele consecuencias perjudiciales, más allá de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa razonable a la versión de la acusación, explicativa de la prueba existente en su contra, que no sea aportada por la defensa o se desprenda por sí misma de los hechos en debate” (art. 10).

⁵²¹ En esta línea, Marta LOZANO EIROA: “El derecho al silencio del imputado en el proceso penal”, *La Ley*, 18 de septiembre de 2012, núm. 7925, dado el valor probatorio que se atribuye por los tribunales a las confesiones sumariales del imputado cuando posteriormente, ya acusado o procesado, se niega a declarar en el juicio oral, estima que, además de informar al imputado de su derecho a guardar silencio, convendría advertirle de que cualquier declaración efectuada a lo largo del proceso, libremente prestada y con todas las garantías procesales, podrá ser valorada como material probatorio, aunque no se haya verificado en el juicio oral.

⁵²² Véase en este sentido el voto particular emitido por el Magistrado don Andrés Perfecto Ibáñez a la STS 4 de octubre de 2006, núm. 927/2006: Entender que cuando el imputado calla en presencia de consistentes indicios que le señalan como autor del delito es que es culpable, equivale a hacer que el silencio valga como confesión; valorizar, en definitiva, su silencio como declaración de cargo.

2. Los límites de los derechos fundamentales

El Tribunal Constitucional ha afirmado, desde sus primeras sentencias, que los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados (SSTC 11/1981, de 8 de abril, f.j.7; 2/1982, de 29 de enero, f.j.5; 110/1984, de 26 de noviembre, f.j.5; 181/1990, de 15 de noviembre, f.j.3; entre otras), y ha establecido diversos requisitos para su limitación (SSTC 62/1982, de 15 de octubre, f.j.5; 13/1985, de 31 de enero, f.j.2; 53/1986, de 5 de mayo, f.j.3; 197/1987, de 11 de diciembre, f.j.11; 37/1989, de 15 de febrero, f.j.7 y 120/1990, de 27 de junio, f.j.8; entre otras)⁵²³.

Hay límites⁵²⁴ directos o inmediatos, impuestos expresamente por la Constitución, e indirectos o mediatos, derivados de la misma por la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales, valores o bienes constitucionalmente protegidos. Si los derechos y libertades no son absolutos, menos aún pueden serlo los límites a que ha de someterse su ejercicio. Por tanto, los límites de los derechos no son tampoco absolutos, sino que también están limitados. Surge así la teoría sobre los “límites de los límites” de los derechos fundamentales⁵²⁵.

Tales límites, como ha advertido en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, en cuanto restringen derechos fundamentales, han de ser interpretados a su vez restrictivamente y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos. En efecto, el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales constituye la primera y la máxima de las garantías frente a las intromisiones ilegítimas,

⁵²³ Por todas, cabe citar la STC 57/1994, de 28 de febrero, en su fundamento jurídico 6.º: “...los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.º y 2/1982, fundamento jurídico 5.º, entre otras). Ni tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.º). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º y 13/1985, fundamento jurídico 2.º), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4.º a 6.º; 120/1990, fundamento jurídico 8.º y 137/1990, fundamento jurídico 6.º)”.

⁵²⁴ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 39, septiembre-diciembre 1993, pág. 237, distingue entre límites intrínsecos y extrínsecos. Los primeros derivan de la propia naturaleza de cada derecho y de su función social, diferenciando a su vez los objetivos, derivados de la misma realidad del derecho, de los subjetivos, derivados de la actitud del sujeto titular y de la forma de realizar el propio derecho. Los segundos derivan de la propia existencia social y de los demás sujetos de derecho que en ella coexisten. Estos son los que aquí nos interesan.

⁵²⁵ Luis AGUIAR DE LUQUE: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 14, enero-abril 1993, pág. 25, estudiando las posibilidades de limitación legislativa de los derechos fundamentales, conceptúa la expresión “límites de los límites” como el “conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia”.

anteponiéndose a los restantes instrumentos de protección de los derechos fundamentales⁵²⁶.

Aplicada la doctrina de los límites de los derechos fundamentales a la materia que nos ocupa cabe inferir la constitucionalidad de las investigaciones corporales siempre que concurren determinados requisitos⁵²⁷, a los cuales habrá que añadir otras exigencias específicas como son realizarse por personal médico o sanitario, en su caso, y no revestir para quien tenga la obligación de soportarla, riesgo o quebranto para la salud⁵²⁸.

De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad (así, por todas, STC 37/1998, de 17 de febrero, f.j.8). En efecto, es en el ámbito de los derechos fundamentales donde normalmente y de forma muy particular resulta aplicable dicho principio (STC 55/1996, de 28 de marzo, f.j.3).

La STC 49/1999, de 5 de abril, resume la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

“Desde nuestras primeras resoluciones (vid. STC 62/1982) hasta las más recientes (vid. especialmente, SSTC 55/1996 y 161/1997) hemos consagrado el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales (en especial, de la proclamación constitucional del Estado de Derecho en el art. 1.1 C.E. y de la referencia del art. 10.2 C.E. a los arts. 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas) y que, en el ámbito de

⁵²⁶ En este sentido, Manuel MEDINA GUERRERO: “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público*, septiembre-diciembre 1998, págs. 119-141, subraya el carácter accesorio del principio de proporcionalidad frente a la centralidad del contenido de los derechos fundamentales en el control de la constitucionalidad de los límites. Ello supone que la vulneración del contenido esencial del derecho comportará la inconstitucionalidad de la medida, aunque pudiera entenderse ajustada a la legalidad y proporcionada. Así también, MATALLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, pág. 116.

⁵²⁷ Dichos requisitos han sido establecidos por el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia y más o menos sistematizados por la doctrina, pues no existen trabajos doctrinales que se ocupen del tema desde una perspectiva general. Se citan como tales: Ponderación o razonabilidad, consecución de objetivos constitucionales, necesidad, eficacia, proporcionalidad, alternativa menos gravosa, respeto de su contenido esencial, legalidad, motivación y carga de la prueba. Así, Celia SUAY HERNÁNDEZ, Curso de doctorado: *Derecho penal y jurisprudencia constitucional*, 1999. Con todo, muchos de estos criterios pueden reconducirse a uno sólo: el principio de proporcionalidad.

⁵²⁸ Para MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 180: “Toda intervención corporal, cuya constitucionalidad puede admitirse, exigirá para que se acuerde: a) Que se decrete por la Autoridad judicial en virtud de imputación suficiente e indicios bastantes sin necesidad de inculpación formal; b) En resolución motivada; c) Que no exista otro medio para descubrir el presunto delito; d) Que el delito que se pretende investigar sea de notoria gravedad; e) Que no exista peligro para la salud de afectado; f) Que aquella se practique siempre por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona; y, g) Es primordial la proporcionalidad entre la gravedad del delito y las medidas ordenadas, de tal forma que de la ponderación entre los intereses individuales y sociales en conflicto, se desprenda la mayor relevancia de los segundos, y dicho interés deberá ser más alto, cuanto más graves sean las medidas decretadas”.

los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas.

Como dijimos en la STC 55/1996, „el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 66/1985, fundamento jurídico 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 85/1992, fundamento jurídico 5º; 50/1995, fundamento jurídico 7º). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor „justicia“(SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6º; 50/1995, fundamento jurídico 7º; 173/1995, fundamento jurídico 2º), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, fundamento jurídico 3º; 50/1995, fundamento jurídico 7º) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos” (f.j.7).

Así, aunque no se encuentre expresamente recogido en nuestro ordenamiento jurídico⁵²⁹, dicho principio⁵³⁰, conocido también como prohibición de exceso⁵³¹, esencial en el proceso penal⁵³², se construye dogmáticamente por el Tribunal Constitucional a

⁵²⁹ Mayoritariamente suele asentarse en los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución aunque, en último término, como dice GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 55, recibe su savia normativa del vigor constitucional en la protección de los derechos fundamentales. Para GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 77, se encuentra implícitamente contenido en el art. 25 CE y, más concretamente, en cada uno de los preceptos que establecen los límites del ejercicio de los derechos fundamentales. Para BANACLOCHE PALAO: *La libertad personal y sus limitaciones*, cit., pág. 222, el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad se encuentra, en lo que se refiere a las medidas limitativas de la libertad personal en general, en el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales recogido en el artículo 53.2 de la CE.

⁵³⁰ Sobre el origen y desarrollo del principio de proporcionalidad en el Derecho procesal alemán, vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., págs. 21-26. Vid. también Ernesto PEDRAZ PENALVA y Victoria ORTEGA BENITO: “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Poder Judicial*, núm. 17, marzo 1990.

⁵³¹ Como afirma Isabel SÁNCHEZ GARCÍA: “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”, *La Ley*, 1994, vol. 4, pág. 1115, en el ámbito jurídico público, relativo a las relaciones entre los individuos y el Estado, “el principio de proporcionalidad es formulado en sentido negativo, como prohibición de desproporción o prohibición de exceso, y destacado como un límite material, esencial en todo Estado de Derecho, que condiciona las intervenciones estatales restrictivas de los derechos individuales”.

⁵³² Su virtualidad, sin embargo, como advierte GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 25, no se agota en el ámbito jurídico público – su

partir de las sentencias 66/1995, de 8 de mayo, 55/1996, de 28 de marzo, y 207/1996, de 16 de diciembre, aunque, ciertamente, ya viniera utilizando con anterioridad la lógica de la proporcionalidad, íntimamente relacionada, por cierto, con la idea de justicia (material)⁵³³.

En sentido amplio, se descompone, según GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO⁵³⁴, en presupuestos formales (legalidad) y materiales (justificación teleológica) y requisitos extrínsecos (judicialidad y motivación) e intrínsecos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

De igual modo, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, resume los requisitos que conforman la doctrina constitucional sobre la proporcionalidad en los siguientes:

“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” (f.j.4).

Con todo, debe tenerse en cuenta que, generalmente, cuando doctrina⁵³⁵ y jurisprudencia⁵³⁶ se refieren al principio de proporcionalidad tratan únicamente de sus

origen se sitúa en el derecho administrativo de policía –, sino que extiende su campo de aplicación al Derecho Privado. Su aplicación como función de garantía en el Derecho Penal se produce, según SÁNCHEZ GARCÍA: “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”, cit., págs. 1118-1124, en el ámbito de la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y en la determinación de las penas o medidas de seguridad. Sin embargo, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 29, afirma que el principio de proporcionalidad se ha entendido tradicionalmente en el Derecho Penal en sentido restringido “como exigencia de proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción prevista por la ley”.

⁵³³ En efecto, como señala Isabel PERELLÓ DOMENECH: “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia*, núm. 28, marzo 1997, pág. 74, la idea de la proporcionalidad siempre ha estado presente, de una manera más o menos explícita, en la lógica y en los razonamientos del Tribunal Constitucional. La construcción jurisprudencial del principio de proporcionalidad, hasta entonces utilizado de manera restrictiva y fragmentaria, se formula en las SSTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996. Sobre la irregular y asistemática utilización del principio de proporcionalidad al enjuiciar la actividad legislativa con anterioridad a dichas sentencias y sobre su virtualidad como instrumento de control del legislador, vid. MEDINA GUERRERO: “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, cit., págs. 121-128.

⁵³⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 69. Una síntesis de su formulación puede verse en “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, septiembre-diciembre 1998, págs. 191-215.

⁵³⁵ SÁNCHEZ GARCÍA: “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”, cit., pág. 1117, afirma que el principio de proporcionalidad en sentido amplio se desdobra en dos principios materiales, el de necesidad o mínima lesión posible y el de proporcionalidad en sentido estricto o adecuación al fin, a los cuales algunos autores añaden un tercer principio, de idoneidad, que intervendría de forma previa a los dos anteriores que, otros autores, en cambio, valoran como integrante del principio de necesidad. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 152, ya advierte de la existencia de dificultades lingüísticas y confusiones terminológicas en la doctrina alemana. Así también PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO: “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, cit., pág. 82.

requisitos intrínsecos como sus tres elementos o subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Fundamentalmente, se cuestiona la inclusión de la necesaria previsión legal como parte integrante del principio de proporcionalidad, aunque, ciertamente ambas garantías sean imprescindibles y complementarias⁵³⁷.

Se trata, en definitiva, de un principio de rango constitucional cuya importancia práctica estriba en la exigencia de su respeto impuesta por los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales y libertades públicas⁵³⁸ permitiendo la interposición del recurso de amparo en su defensa.

Sin embargo, no constituye un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales:

“Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales [...] y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe

⁵³⁶ Así, en la STC 14/2003, de 30 de enero, con cita de las SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996, 37/1998 y 186/2000, afirma: “A los efectos que aquí importan basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” (f.j.9). Doctrina reiterada en múltiples ocasiones, entre otras, en sentencias 70/2002, de 3 de abril, f.j.10; 123/2002, de 20 de mayo, f.j.4; 56/2003, de 24 de marzo, f.j.2; 11/2006, de 16 de enero, f.j.6; 89/2006, de 27 de marzo, f.j.3; 206/2007, de 24 de septiembre, f.j.6; 159/2009, de 29 de junio, f.j.3; 173/2011, de 7 de noviembre, f.j.2; 96/2012, de 7 de mayo (f.j.10).

Otras veces, sin embargo, se ha extendido el alcance de la proporcionalidad. Así, la STC 166/1999, de 27 de septiembre, tras citar como requisito de constitucionalidad de una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones el principio de legalidad, la exclusividad jurisdiccional y el principio de proporcionalidad, añade: “La proporcionalidad implica, además, de un lado, que la medida solo pueda ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento (SSTC 160/1994, 50/1995, 181/1995, 49/1996, 54/1996, fundamentos jurídicos 7º y 8º); de otro, que la ejecución de la misma debe atenerse a los estrictos términos de la autorización, tanto en cuanto a los límites materiales o temporales de la misma como a las condiciones de su autorización (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3º, 86/1995, fundamento jurídico 3º, 49/1996, fundamento jurídico 3º, 121/1998, fundamento jurídico 5º); y, finalmente, que la medida debe ser verificada bajo control judicial (por todas SSTC 49/1996, fundamento jurídico 3º, 121/1998, fundamento jurídico 5º, 151/1998, fundamento jurídico 4º)” (f.j.2).

⁵³⁷ Así, VIDAL FUEYO: “Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales”, cit., pág. 365.

⁵³⁸ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 53. Así también PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO: “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, cit., pág. 79, para quienes la utilización de la proporcionalidad como principio inherente al Estado de Derecho constituye una de las garantías básicas que han de observarse en todo caso en el que puedan resultar lesionados los derechos y libertades fundamentales.

analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos, cabrá declarar la inconstitucionalidad” (STC 55/1996, de 28 de marzo, f.j.3).

Por ello, el estudio de los presupuestos y requisitos exigibles en la ordenación y ejecución de las investigaciones corporales debe realizarse desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, el cual deviene esencial en este ámbito, dada la heterogeneidad de dichas diligencias, sin perjuicio de añadir sus propias y específicas exigencias⁵³⁹.

Así lo ha establecido también el artículo 363 de la LECrim al disponer que el juez de instrucción podrá acordar, para la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN, la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Pese a que, conceptualmente, son principios distintos⁵⁴⁰, puesto que cabe concebir una resolución judicial irrazonable o arbitraria y no necesariamente desproporcionada⁵⁴¹, lo cierto es que el principio de razonabilidad es usado

⁵³⁹ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 144, sintetiza en tres aspectos tales requisitos y presupuestos: a) reserva jurisdiccional en su ordenación; b) principio de proporcionalidad en cuanto a exigencia de imputación suficiente, gravedad del hecho justificativo del acto y medida adecuada a dicha gravedad; c) garantías en la ejecución a fin de evitar todo peligro para la vida y la integridad física del sujeto afectado. MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., págs. 171-172, siguiendo a GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, exige los siguientes presupuestos y requisitos: previsión legal, control judicial, principio de idoneidad, principio de necesidad y principio de proporcionalidad. En términos prácticamente idénticos, URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO: *La prueba ilícita penal*, cit., págs. 94-96. Sigue este esquema, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 52-59, si bien denomina principio de necesidad al que la STC 207/1996 llama principio de proporcionalidad porque considera que el principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de todos los presupuestos que legitiman la adopción y ejecución de las intervenciones corporales. En definitiva, sigue el esquema de GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y la STC 207/1996, como él mismo reconoce, aunque dota de mayor relevancia al elemento de la necesidad, elevándolo al rango de principio fundamental y designa los elementos integrantes de dicho principio como juicios de idoneidad, de necesidad en sentido estricto y de proporcionalidad en sentido estricto, incluyendo así entre los principios de legitimidad de las intervenciones corporales las garantías que deben respetarse en su ejecución.

⁵⁴⁰ Aunque para DEL MORAL GARCÍA: “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 79, no deja de despertar curiosidad adivinar qué se quiere decir con el principio de razonabilidad como algo distinto del principio de proporcionalidad. Con anterioridad, ya mostró su perplejidad y sorpresa LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN”, cit., pág. 227, sobre la existencia del “principio de razonabilidad”, pero lo cierto es que ya el Tribunal Constitucional en su sentencia 207/1996 se había referido a ambos principios (f.j.4c). Tampoco para ETXEBERRIA GURIDI: “Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 185, la referencia añadida de la razonabilidad nada aporta al precepto que no contenga el principio de proporcionalidad.

⁵⁴¹ Un ejemplo de la distinta virtualidad de dichos principios nos la muestra el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga en su voto particular a la STC 55/1996, de 28 de marzo, anteriormente citada como una de las pioneras en la construcción dogmática del principio de proporcionalidad, donde sostiene que el

jurisprudencialmente como criterio de ponderación en la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto al medir la relación de medios y fines en términos de razonabilidad y evidencia, para concluir que el medio y el fin elegidos deben guardar una “proporción razonable”⁵⁴².

En cualquier caso, debe advertirse siguiendo a BARNÉS VÁZQUEZ, que la proporcionalidad es uno más de los principios, técnicas e instituciones que componen el conjunto de garantías de los derechos y libertades, la primera de las cuales es salvaguardar su contenido esencial⁵⁴³.

juicio de razonabilidad era previo a la aplicación de los criterios de proporcionalidad aplicados en la sentencia para enjuiciar la constitucionalidad de la desproporción de las penas entonces asignadas al comportamiento del objetor de conciencia que rehusaba cumplir la prestación social sustitutoria. Para Jiménez de Parga, el juicio de razonabilidad se forma con apreciaciones de pura racionalidad y con ponderaciones de valores constitucionales. Con todo, sobre la dificultad de delimitar conceptualmente razonabilidad y proporcionalidad, vid. Javier BARNÉS VÁZQUEZ: El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, septiembre-diciembre 1998, págs. 37-38,

⁵⁴² Así, BARNÉS VÁZQUEZ: El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, cit., pág. 48; VIDAL FUEYO: “Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales”, cit., págs. 365-366. En palabras de PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO: “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, cit., pág. 79, “la proporcionalidad adquiere pleno sentido, entendida como criterio de lo „razonable“, en la actuación de los poderes públicos, en lo que supone de medio de tutela del ámbito fundamental para impedir que la actividad del Estado sobrepase los límites exigibles por la consecución de los intereses colectivos que ha de buscar en armonía con los intereses, sí legítimos, de individuos y grupos que sólo justificada y excepcionalmente han de ser desconocidos”.

⁵⁴³ BARNÉS VÁZQUEZ: El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, cit., págs. 48-49, quien advierte del peligro de entronizar el principio de proporcionalidad como “límite estrella” o “supraprincipio” que todo lo puede. Téngase en cuenta, sin embargo, que la concepción aquí utilizada del principio de proporcionalidad no es la estrictamente limitada a sus tres elementos o requisitos intrínsecos, sino que comprende también otros presupuestos y requisitos que formarían parte de ese conjunto de garantías, como es el caso del principio de legalidad o el deber de motivación de las resoluciones judiciales, por ejemplo.

VI. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS EN LA ORDENACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS INVESTIGACIONES CORPORALES

1. Presupuestos formales: el principio de legalidad

1.1. *La previsión legal como requisito de constitucionalidad*

El principio de legalidad exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales esté prevista por ley (art. 53.1 CE)⁵⁴⁴. Ley que, en nuestro ordenamiento jurídico, habrá de ser orgánica (art. 81.1 CE)⁵⁴⁵. Dicha exigencia se fundamenta, asimismo, en los artículos 5.1 y 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ La STC 49/1999, de 5 de abril, tras afirmar que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal, expone la doble función de la reserva de ley: “Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título 1, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos „únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modelo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10)” (f.j.4). En el mismo sentido, entre otras, SSTC 169/2001, de 16 de julio (f.j.6); 184/2003, de 23 de octubre (f.j.6a); 233/2005, de 26 de septiembre (f.j.6).

⁵⁴⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS: “La intimidad corporal devaluada”, cit., pág. 125; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 305; DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., págs. 140-141; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales” cit., pág. 171; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 60; URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO: *La prueba ilícita penal*, cit., pág. 94; ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 196; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 387; COMAS DE ARGEMIR CENDRA: “La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia”, cit., pág. 87; ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 105; GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 42; IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 51; MATALLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, cit., pág. 66. En contra, HERRERO-TEJEDOR: “La alternativa Juez de Instrucción – Juez de Garantías a la vista de los problemas relacionados con la investigación penal y las técnicas de ADN”, cit., pág. 253, considera suficiente una ley ordinaria de reforma de la LECrim.

⁵⁴⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 305; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales” cit., pág. 171; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 60; ITURRALDE SESMA: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, cit., pág. 196; COMAS DE ARGEMIR CENDRA: “La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia”, cit., pág. 108; PALACIOS CRIADO: “Diligencias que afectan a derechos fundamentales”, cit., pág. 246; ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 106. El artículo 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece el derecho a la libertad y a la seguridad y el artículo 8 el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Como advierte José María MORENILLA RODRÍGUEZ: “El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1993, CGPJ, Madrid,

Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, afirmaba:

“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 art. 8 del C.E.D.H., 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 T.E.D.H. „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)” (f.j.4 B).

Así pues, toda medida de investigación corporal en cuanto puede afectar, fundamentalmente, como hemos expuesto, al derecho a la integridad física o a la intimidad, pero también a otros derechos y libertades, habrá de estar prevista por Ley. Así también, refiriéndose a las intervenciones corporales, la citada resolución añadía:

“...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 que ha de estar prevista por la Ley” (f.j.4 B).⁵⁴⁷

Ley de una singular precisión toda vez que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁴⁸, habrá de ser accesible y previsible

pág. 295, la amplitud e indeterminación de los conceptos jurídicos utilizados (vida privada, vida familiar, domicilio y correspondencia) ha obligado a la Comisión y al Tribunal a su definición o precisión de forma casuística atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Así, se han incluido en el mismo cuestiones tales como investigaciones policiales, registros domiciliarios, registros personales, toma de huellas, fotografías o imágenes, pruebas de alcoholemia, escuchas telefónicas, etc.

⁵⁴⁷ La misma sentencia colaciona diversos casos en los cuales se ha reiterado la exigencia de previsión legal: en el supuesto de exploraciones ginecológicas a los fines de un procedimiento penal en relación con el derecho a la intimidad corporal (STC 37/1989, f.j.7); en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física en los procesos civiles de investigación de la paternidad (STC 7/1994, f.j.3); en relación con la asistencia médica obligatoria a presos en huelga de hambre (STC 120/1990, f.j.8) y en la práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad (STC 35/1996, f.j.2).

⁵⁴⁸ En virtud de la función interpretativa del artículo 10.2 CE, el Tribunal Constitucional ha hecho notable uso del CEDH como criterio interpretativo de las normas sobre derechos fundamentales y libertades públicas. En la interpretación no sólo se aplican los textos internacionales sobre la materia sino también la jurisprudencia de los órganos encargados de la aplicación de los tratados. Cuestión distinta es la ejecución de dichas sentencias en nuestro ordenamiento jurídico cuando la violación constatada del Convenio se ha producido a través de una resolución judicial, dado que no existe cauce procesal para la ejecución de resoluciones judiciales internacionales. Sobre este particular puede verse, entre otros, Lorenzo BUJOSA VADELL: *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1997; Nieves BUISÁN GARCÍA: “La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1993, CGPJ, págs. 433-446; Diego LIÑÁN NOGUERAS: “La aplicación en España de los tratados relativos a derechos y libertades fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional, 1994, CGPJ, págs. 269-327; José María MORENILLA RODRÍGUEZ: “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 2ª época, núm. 15, septiembre 1989, págs. 53-90; José Carlos ROMERO ROA: “Ejecución de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1993, CGPJ, págs. 411-431; Alberto SORIA JIMÉNEZ: “La

(sentencias de 26 de abril de 1979, caso Sunday Times c. Reino Unido; de 24 de abril de 1990, referentes a los casos Huvig y Kruslin c. Francia, cuya doctrina en materia de escuchas telefónicas reiteran para el ordenamiento español las sentencias de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras, y de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo)⁵⁴⁹. La ley que regule las investigaciones corporales, en tanto que medidas restrictivas de derechos fundamentales habrá de tener, pues, una determinada “calidad” (SSTEDH 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido; 25 de marzo de 1998, caso Kopp c. Suiza; 4 de mayo de 2000, caso Rotaru c. Rumania; 16 de febrero de 2000, caso Amann c. Suiza; 4 de diciembre de 2008, caso S. y Marper c. Reino Unido), en el sentido de expresar todos y cada uno de los presupuestos y requisitos de la intervención⁵⁵⁰.

Doctrina que algunas resoluciones judiciales en materia de intervenciones corporales han tratado de eludir basándose en la circunstancia de que tal exigencia no se refiere a éstas, sino que cuestiona únicamente la regulación de las escuchas telefónicas prevista en la LECrim. Así, el auto de la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, de 4 de mayo de 2000, entiende que las sentencias dictadas por el TEDH en los casos Huvig y Kruslin se referían a intervenciones telefónicas y no podían ser equiparadas a la diligencia de análisis de ADN, pues ésta, a diferencia de aquéllas, se hace con total

problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Análisis de la STC 245/1991. Asunto Barberà, Messegué y Jabardo)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, septiembre-diciembre 1992, págs. 313-356.

⁵⁴⁹ El apartado 2 del art. 8 CEDH contiene las excepciones – de interpretación restrictiva – y condiciones de la limitación del derecho al respeto a la vida privada y familiar en las que la previsión legislativa constituye el primer requisito: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Como advertía Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, pág. 35, las excepciones no son directamente aplicables, sino que constituyen autorizaciones al legislador nacional para restringir el derecho. Es absolutamente necesario que exista una ley interna que autorice la medida restrictiva, pero no toda regulación interna es suficiente: ha de ser accesible, previsible y suficientemente precisa. MORENILLA RODRÍGUEZ: “El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., pág. 323, sintetiza la jurisprudencia del TEDH sobre la previsión legislativa en los siguientes principios: “1. La injerencia debe tener una base en derecho interno; 2. La ley debe ser „suficientemente accesible: el ciudadano debe disponer de las informaciones necesarias, en las circunstancias de la causa, sobre las normas jurídicas aplicables a un caso concreto“; y 3. „Sólo se puede considerar como una ley una norma enunciada con la precisión bastante para permitir al ciudadano regir su conducta, con el asesoramiento apropiado si se estima necesario, de manera que pueda prever, razonablemente en las circunstancias de la causa las consecuencias que se deriven de un acto determinado“. Además de estar prevista legalmente, la injerencia habrá de cumplir alguna de las finalidades enumeradas y resultar necesaria y proporcionada en una sociedad democrática.

⁵⁵⁰ Así también, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 62, y MATA LLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, cit., pág. 83. Términos en los que se expresa la STC 49/1999, de 5 de abril (f.j.4), aunque también afirme el mismo Tribunal que “para que se entienda cumplido este requisito basta con que el legislador prevea la adopción de estas medidas, sin que sea necesario que sea también la ley la que lleve a cabo la regulación concreta de dichas medidas” (STC 234/1997, de 18 de diciembre, f.j.9). Para el TEDH, el nivel de precisión depende en gran medida del contenido del texto en cuestión, el área que ocupa y el número y calidad de aquéllos a quienes va dirigida (sentencia de 26 de octubre de 2000, caso Hassan y Chaush c. Bulgaria).

conocimiento del sujeto afectado o sospechoso, “a menos que la toma de muestra del tejido celular se produzca sin la realización de una previa intervención corporal en cuyo caso no se produce ingerencia de ninguna clase en los derechos fundamentales, dado que el material genético una vez separado del cuerpo se objetiviza y su obtención y análisis no puede ser considerado como una ingerencia en la personalidad del individuo” (f.j.2). En idénticos términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, de 15 de enero de 2002 (f.j.2).

Sin embargo, con independencia de que, ciertamente, los casos Huvig y Kruslin se referían a intervenciones telefónicas, el requisito de calidad de la ley exigido por el TEDH es de aplicación a toda medida restrictiva de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio, ámbito en el que el concepto de ley ha sido objeto de mayor reflexión⁵⁵¹, englobando, a la vez, tanto el Derecho escrito como el no escrito (consuetudinario), a fin de dar cabida al Common Law (así, STEDH de 26 de abril de 1979, caso Sunday Times c. Reino Unido).

Previsión legal de toda medida limitativa de derechos fundamentales que deviene “condición de su legitimidad constitucional” (STC 169/2001, de 16 de julio, f.j.6). Legitimidad constitucional que requiere que cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de ley y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho (STC 49/1999, de 5 de abril, f.j.4).

El mismo Tribunal Constitucional, tras recordar que la reserva de ley constituye el único modo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas y que no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la ley, y colacionar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la garantía de la intimidad individual y familiar del artículo 8 CEDH (sentencias de 26 de marzo de 1985, caso X e Y c. Países Bajos; 26 de marzo de 1987, caso Leander c. Suecia; 7 de julio de 1989, caso Gaskin c. Reino Unido; 25 de febrero de 1993, caso Funke c. Francia; 25 de febrero de 1997, caso Z c. Finlandia) que exige que “las limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito”, concluía, en su sentencia de 15 de noviembre de 2004, núm. 196/2004:

“La norma habilitante, en suma, deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnerará la intimidad personal si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga (STC 292/2000, de 30 de noviembre, f.j.11).” (f.j.6)

⁵⁵¹ Así, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: “La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los casos „Valenzuela Contreras” y „Prado Bugallo”, ambos contra España)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 389-390.

Así pues, la previsión legal se constituye en requisito de constitucionalidad de las investigaciones corporales, las cuales, sin embargo, pese a constituir medidas que afectan en mayor o menor medida derechos fundamentales no se encuentran reguladas con carácter general en el proceso penal⁵⁵². En efecto, como vimos al estudiar su regulación, las normas de la LECrim no permiten la adopción, con carácter genérico, de medidas restrictivas de derechos fundamentales como son las inspecciones, registros e intervenciones corporales⁵⁵³; sin que quepa en esta materia interpretación analógica alguna⁵⁵⁴, pues una tal interpretación quebraría la garantía de previsibilidad.

Únicamente se regulan los actos de inspección, reconocimiento e intervención corporal para obtener muestras biológicas del sospechoso indispensables para la determinación de su ADN (art. 363 LECrim). Regulación que, si bien ha respetado el requisito de ser promulgada mediante ley orgánica⁵⁵⁵ y, en este sentido, es accesible, resulta insuficiente, en términos de previsibilidad⁵⁵⁶, puesto que no regula aspectos esenciales de la medida como puedan ser la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a la misma, la forma en que ha de practicarse, la posibilidad de su práctica coactiva, la extensión del análisis de ADN o el control de las muestras obtenidas⁵⁵⁷. Dicho en otros términos, carece de la “calidad” necesaria que le es exigible en cuanto medida restrictiva de derechos individuales⁵⁵⁸.

⁵⁵² ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 137; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 303; GARCÍA ARÁN y REBOLLO VARGAS: “La exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su infracción”, cit., pág. 96; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 39; DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 72. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 127.

⁵⁵³ Así, ETXEBERRIA GURIDI: “Los análisis de ADN en la LECrim (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, cit., pág. 28.

⁵⁵⁴ Así, DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., págs. 140-141; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 176. CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., págs. 68-69, rectificando su anterior artículo “Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual”, cit., en el que daba por supuesta la legalidad de la medida. VIDAL FUEYO: “Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales”, cit., pág. 368.

⁵⁵⁵ Según se desprende de la disposición final 4ª que reserva, entre otros, el carácter de ley ordinaria a los preceptos contenidos en el apartado segundo de la disposición final 1ª. En contra, VIDAL FUEYO: “Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales”, cit., pág. 372, para quien no tiene valor de ley orgánica.

⁵⁵⁶ Como dice ETXEBERRIA GURIDI: “Los análisis de ADN en la LECrim (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, cit., pág. 20, las escuetas previsiones introducidas por el legislador – desaprovechando, por cierto, anteriores iniciativas legislativas y trabajos preparatorios – no cumplen el nivel de certeza y seguridad exigibles conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También VIDAL FUEYO: “Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales”, cit., pág. 371.

⁵⁵⁷ Como dice MORENO CATENA, con CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág., 260, la regulación no establece los supuestos en que puede decretarse, ni el tipo de muestras que pueden obtenerse, ni las garantías que deben adoptarse.

⁵⁵⁸ Así también, MATA LLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, cit., pág. 83. En parecidos términos, HOYOS SANCHO: “Archivo y conservación en registros policiales de

Siendo ello así, es de prever que, como ha ocurrido en materia de intervenciones telefónicas⁵⁵⁹, será la jurisprudencia la que acabará precisando y concretado los presupuestos y requisitos exigibles en la ordenación y ejecución de las intervenciones corporales previstas en el artículo 363 LECrim⁵⁶⁰. Recurso a la jurisprudencia que no parece la solución apropiada en términos de calidad de la ley⁵⁶¹, toda vez que acaba convirtiendo al juez en legislador⁵⁶², aunque, ciertamente, el mismo TEDH admita tal remedio ante leyes un tanto vagas o indefinidas (así en sentencias de 26 de abril de 1979, caso Sunday Times c. Reino Unido, y 25 de mayo de 1993, caso Kokkinakis c. Grecia).

Remedio al que ha tenido que acudir el Tribunal Constitucional, como decíamos, en materia de intervenciones telefónicas, pese a reconocer que es al legislador a quien corresponde completar las deficiencias de la regulación contenida en el artículo 579 LECrim:

“Es al legislador a quien corresponde, en uso de su libertad de configuración normativa propia de su potestad legislativa, remediar la situación completando

muestras biológicas y perfiles de ADN”, cit., pág. 255, considera que la medida de obtención y archivo de perfiles identificativos de ADN, pese a tener base legal, carece de la exigible precisión y previsibilidad en todos los aspectos que tienen repercusión sobre derechos fundamentales y adolece de defectos o lagunas en cuestiones tales como la posibilidad de obtención coactiva de una muestra orgánica en caso de negativa del sospechoso a prestarla, presupuestos de la destrucción-conservación de las muestras corporales o vestigios, etc. Tampoco ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 76-77, consideran que la previsión del artículo 363 LECrim, aún completada con lo dispuesto en la DA 3ª de la LO 10/2007, haya resuelto todos los problemas que pueden plantearse en este ámbito, quedando numerosas cuestiones sin resolver.

⁵⁵⁹ Así, por ejemplo, Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO: “Hacia la cobertura legal de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: La reforma del art. 579 LECrim”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 27, 2005, págs. 47-92, propone una reforma del citado precepto sobre la base de la jurisprudencia dictada por el TEDH, el TC y el TS.

⁵⁶⁰ Así también, PÉREZ MARÍN: “Sobre el consentimiento del sujeto pasivo de las diligencias de investigación corporal”, cit., pág. 136, para quien nada o muy poco ha cambiado la situación el actual contenido del art. 363 LECrim, por lo que, muy probablemente, seguirán siendo los tribunales quienes, mediante una función de integración e interpretación de la norma, deberán solventar la confrontación de intereses que surge en el proceso y determinar hasta donde se puede llegar a fin de conseguir, en su caso, la ejecución de la diligencia, sin vulnerar el derecho de defensa del sujeto afectado por la medida,

⁵⁶¹ Así también, Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO: “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006, pág. 162, para quien el requisito de la calidad de la ley en materia de derechos fundamentales no se satisface por la existencia de una consolidada jurisprudencia sobre los requisitos que debe reunir la medida, sino con la promulgación de una ley que regule el alcance, forma y contenido de las restricciones a tales derechos.

⁵⁶² Recuérdese, en este sentido, la citada sentencia de fecha 4 de junio de 2003, núm. 803/2003, en la cual el Tribunal Supremo, tras lamentarse de que el legislador español seguía manteniendo sustancialmente huérfana de regulación específica la práctica de actuaciones sobre el cuerpo humano, advertía del peligro que ello comporta: “El legislador, al eludir de este modo su responsabilidad, no obstante las reiteradas advertencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se convierte en factor de inseguridad jurídica y delega, de facto, en los jueces competencias que desbordan la función jurisdiccional, incrementado su discrecionalidad más allá de lo aceptable.” (f.j.1)

el precepto legal. Como hemos dicho en otras ocasiones, aunque ciertamente a efectos diferentes a los aquí contemplados, esa situación debe acabar cuanto antes, siendo función de la tarea legislativa de las Cortes ponerle término en el plazo más breve posible (SSTC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13). Y aunque hemos declarado en numerosas ocasiones que no es tarea de este Tribunal definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste constitucional, siquiera sea provisionalmente, hasta que la necesaria intervención del legislador se produzca, sí le corresponderá suplir las insuficiencias indicadas, lo que viene haciendo en materia de intervenciones telefónicas, como ya hemos dicho, desde la unificación y consolidación de su doctrina por la STC 49/1999, en los términos que señalaremos en el fundamento jurídico noveno, doctrina que es aplicable a los terceros y vincula a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria.” (STC 184/2003, de 23 de octubre, f.j.7)

Sin embargo, en estricta aplicación del principio de legalidad, la ordenación de medidas de investigación corporal no previstas legalmente, esto es, que no tengan cabida en el supuesto contemplado por el artículo 363 LECrim, en tanto que supongan una injerencia en derechos fundamentales tales como la integridad física y la intimidad, resultará inconstitucional⁵⁶³. Su ejecución constituirá, desde un punto de vista procesal, una prueba ilícita⁵⁶⁴.

Por ello, dada la admisibilidad constitucional de las investigaciones corporales en nuestro ordenamiento jurídico, se postula la necesidad de una regulación completa de

⁵⁶³ Así, con anterioridad al actual artículo 363 LECrim, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 303. FORCADA JORDI: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, cit., págs. 992-993. Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 133, la única solución admisible consiste en la imposibilidad de aplicar en el proceso penal las diligencias de intervención corporal. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, de 11 de abril de 2000, consideró nula de pleno derecho la prueba acordada por un Juzgado de Instrucción mediante auto consistente en un registro corporal íntimo (tacto vaginal) que se realizó previo traslado forzoso de la acusada, reclusa en un centro penitenciario, a un establecimiento médico, por cuanto “atenta de manera directa a la libertad, intimidad y al derecho fundamental a no declarar contra sí mismo que a todo acusado reconoce nuestra Constitución. Tales derechos fundamentales se encuentran expresamente enunciados en los arts. 17, 18 y 24 de nuestra Carta Magna, constituyendo el citado Auto una quiebra expresa de los mismos, al no estar contemplada la citada medida en ninguna de nuestras leyes procesales, ni amparada en ninguna norma material” (f.j.1).

⁵⁶⁴ FORCADA JORDI: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, cit., págs. 992-993. Clara Eugenia BAYARRI GARCÍA: “La prueba ilícita y sus efectos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 454, respecto a la prueba de alcoholemia efectuada coactivamente mediante etilómetros. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 134; MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., pág. 141. Afirman también esta conclusión respecto a los procesos de filiación, Francisco LLEDÓ YAGÜE: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número 1, julio-diciembre 1994, pág. 212; Antonio OCAÑA RODRÍGUEZ: “La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-94 sobre filiación, desde una perspectiva procesal”, *Poder Judicial*, número 36, diciembre 1994, CGPJ, pág. 139, y BUJOSA VADELL: “El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, cit., pág. 191.

estas medidas⁵⁶⁵. Regulación que habrá de concretar los presupuestos y requisitos exigibles en la ordenación y ejecución de las mismas, pues la reserva de ley, como se ha expuesto, no es una mera formalidad, sino que implica exigencias respecto a su contenido⁵⁶⁶.

Por tanto, es necesario, como recordaba la STC 70/2002, de 3 de abril, en su fundamento jurídico 10º, que el legislador haga el “máximo esfuerzo posible” (STC 62/1982, de 15 de octubre, f.j.7) para garantizar la seguridad jurídica, entendida como “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STC 36/1991, de 14 de febrero, f.j.5). Y ello porque, en definitiva, “la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad” (STC 169/2001, de 16 de julio, f.j.6).

El problema surge con las medidas insuficientemente reguladas, como ocurre con la prueba de ADN prevista en el artículo 363 LECrim. En estos casos, que deberían conducir, en principio, a la misma respuesta que la falta de previsión legal en una interpretación rigurosa del principio de legalidad, se admite, sin embargo, incluso por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tribunales completen dicha ley precisando y concretando la forma de llevar a cabo la medida.

Así ha ocurrido en materia de intervenciones telefónicas, como expondremos a continuación, aunque, a nuestro entender, el Tribunal Constitucional ha ido mucho más allá admitiendo que la construcción jurisprudencial de la medida pueda incluso suplir la ausencia de la ley, lo que es del todo punto inaceptable. Una cosa es completar una ley insuficiente y otra muy distinta suplir una ley inexistente. Lo primero puede llegar a admitirse por razones lógicas y pragmáticas, pero lo segundo es convertir al juez en legislador y ello es inadmisibile, por más razones prácticas que quieran aducirse.

⁵⁶⁵ Así, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 65. En palabras de MARTÍN PASTOR: “Sobre los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, en la jurisprudencia constitucional y en nuestra legislación procesal penal”, cit., pág. 105, “...urge la aprobación de una norma de rango legal y con calidad de ley orgánica que regule específica y técnicamente los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, la potestad para acordarlas, los supuestos de procedencia y el modo de realización”. Ello es así porque el principio de legalidad es el presupuesto base de legitimidad constitucional de las medidas de investigación penal, previo, incluso, al principio de proporcionalidad. Con independencia de que se conceptúe la legalidad como formando parte integrante de la proporcionalidad, sigue siendo un prius respecto de ésta, de modo que el análisis de la constitucionalidad de la medida debe empezar siempre por el análisis de su cobertura legal. Así también, VIDAL FUEYO: “Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales”, cit., pág. 366, quien, acertadamente, critica la sentencia 25/2005 del Tribunal Constitucional por hacer precisamente lo contrario, esto es, justificar primero la proporcionalidad de la medida para pasar a buscar, después, una cobertura legal a la misma.

⁵⁶⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 77, señala que la ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Dicha ley habrá de cumplir la triple exigencia derivada del principio de legalidad penal: “scripta”, “stricta” y “praevia”. Siguiendo a este autor, IGLESIAS CANLE: “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: La quiebra del principio de legalidad”, cit., pág. 178, afirma que la norma contenida en el actual artículo 363 LECrim supone por su generalidad e indeterminación un incumplimiento claro del principio de legalidad en su exigencia de ley estricta.

1.2. *La doctrina jurisprudencial*

En materia de investigaciones corporales, para la jurisprudencia, aún a falta de ley, el consentimiento libre y expreso del afectado o, alternativamente, la resolución judicial que autoriza la medida legitiman la intromisión en el cuerpo del imputado. En este sentido, la STS de 26 de diciembre de 1996, núm. 1075/1996, estableció:

“En materia de actividades probatorias que tomen al imputado o acusado no como fuente de prueba, sino como objeto de prueba se ha de partir de dos principios básicos: 1.- Que las dos únicas formas mediante las que no puede predicarse de ilegítima la realización de la prueba son el consentimiento del afectado prestado con asistencia de Letrado (STS 1314/1994, de 27 de junio) o, en su defecto, a través de resolución judicial habilitante debidamente motivada. 2.- Que en todo caso no se produzca una inflexión en el área vedada por el art. 11 LOPJ en cuanto suponga una vulneración del derecho fundamental a no sufrir tratos inhumanos o degradantes que establece el art. 15 CE”.

En el caso examinado, pese a la negativa del detenido a que se le practicase una radiografía a los efectos de detectar objetos extraños en el interior de su organismo, se consideró suficiente la resolución judicial que acordó la medida:

“El imputado se negó a la práctica de la exploración radiológica, pero el Juez de Instrucción, tras el oportuno dictamen pericial médico previo, dictó [...] una resolución habilitante que de modo modélico cumple las exigencias de motivación contenida en el art. 120.3 CE, ponderando de modo exhaustivo la procedencia de la exploración radiológica y su no incidencia en la peligrosidad para él invocada por el imputado para negar su consentimiento” (f.j.7).

Con todo, para la jurisprudencia basta, en principio, el consentimiento expreso de la persona afectada. Así, la STS de 1 de junio de 2001, núm. 995/2001, afirma:

“...las intervenciones corporales no han sido expresamente reguladas en la LECrim, no obstante lo cual están sometidas a las cautelas y garantías procesales que se derivan de la noción de juicio con todas las garantías. En este sentido, las intervenciones corporales no autorizadas judicialmente pueden ser válidamente llevadas a cabo si la persona que las debe soportar presta expresamente su consentimiento al respecto y no exista ninguna razón que pueda justificar la omisión de cumplir con este requisito. En caso contrario, la prueba no podrá ser tenida en cuenta en el proceso” (f.j.único).

Así también, el Tribunal Constitucional, tras recordar que el consentimiento eficaz del sujeto particular permite 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, afirmaba en su STC 196/2006, de 3 de julio, que consistiendo la prueba en una toma de orina acordada como consecuencia de una petición del propio recurrente – recluso en el centro penitenciario de la Moraleja para demostrar su superación del consumo de sustancias tóxicas – no se precisaba de una resolución judicial motivada que supliera la ausencia del consentimiento del afectado, ni la Administración penitenciaria debía sustentar su actuación en la habilitación legal que suministra el artículo 68.2 del Reglamento Penitenciario.

Consentimiento de la persona afectada por la medida que viene a remediar, pues, no sólo la falta de previsión legal específica, sino también incluso la ausencia de resolución judicial, en su caso⁵⁶⁷. En términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2009, núm. 277/2009, tras recordar la doctrina constitucional sobre las intervenciones corporales: el consentimiento puede actuar como fuente legitimadora del acto de injerencia (f.j.1 II)⁵⁶⁸.

Dicho criterio que resulta práctico, desde luego, no resulta admisible desde un punto de vista dogmático⁵⁶⁹, por cuanto supone eludir el principio de legalidad. Del mismo modo que quiebra dicho principio pretender suplir la ausencia de norma habilitante mediante la resolución judicial.

En efecto, por una parte, debe tenerse en cuenta que el consentimiento de la persona afectada no puede convertirse en un cheque en blanco para realizar todo tipo de actos instructorios, máxime cuando, en ningún caso, las investigaciones corporales pueden dañar la dignidad humana, constituir trato inhumano o degradante ni revestir peligro para la salud, aunque consienta el sujeto pasivo de las mismas⁵⁷⁰. En este sentido, recuérdese que las denominadas técnicas psicométricas se consideran inadmisibles aún con el consentimiento del sujeto afectado (SSTS de 22 de mayo de 1982, 26 de noviembre de 1991 y 23 de junio de 1997). Además, su consentimiento sigue siendo esencial para llevar a cabo la medida acordada, como veremos al estudiar la ejecución de este tipo de medidas, dada la situación actual de falta de previsión legal expresa que permita la ejecución forzosa de la medida.

Por otro lado, la resolución judicial, por sí sola, aunque esté correctamente motivada y ajustada al principio de proporcionalidad, no puede suplir la falta de regulación legal⁵⁷¹. Dicho principio, de rango constitucional, exige que toda medida

⁵⁶⁷ Ejemplo de ello es la SAP Madrid, sec. 3ª, de 27 de enero de 2012, en la que, tras afirmar que en cuanto a la toma de muestras indubitadas sólo consta lo que podría calificarse de consentimiento informado respecto a uno de los tres procesados, salva tal escollo añadiendo que los otros dos consintieron en la toma de muestras de saliva, “consentimiento que excluye la necesidad de autorización judicial” (f.j.1).

⁵⁶⁸ En definitiva, no hay ilicitud de orden constitucional cuando las intervenciones corporales han sido consentidas por la persona interesada (así, STS de 27 de junio de 2006, núm. 715/2006, invocando la doctrina dimanante de la STC 37/1989).

⁵⁶⁹ Para PALACIOS CRIADO: “Diligencias que afectan a derechos fundamentales”, cit., pág. 272, el consentimiento del afectado no es suficiente en las intervenciones corporales que afecten a la intimidad corporal, de manera que el juez en todo caso debe justificar la necesidad y proporcionalidad de la medida. Consideración que debería aplicarse, en su caso, con mayor motivo, a las intervenciones corporales que afecten al derecho a la integridad física.

⁵⁷⁰ Por el contrario, afirma CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., págs. 77-78, respecto a la investigación genética en el proceso penal que “mediando consentimiento del imputado no cabe plantearse duda alguna acerca de la constitucionalidad de la medida en cuanto debe admitirse la disponibilidad del individuo acerca de la información genética obtenida de su persona (autodeterminación informativa)”, advirtiendo, eso sí, con cita de la STC 303/1993, de 25 de octubre, y de la STS de 27 de junio de 1994, que para que el consentimiento informado elimine la exigencia de autorización judicial ha de ser eficaz, lo que sólo tendrá lugar cuando haya sido prestado con asistencia letrada.

⁵⁷¹ Así también, CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., pág. 66, con cita de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS: “Una decisión judicial no es la piedra

limitativa de tales derechos sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo, pero no puede suplir la falta de la ley. Es más, concebido en sentido amplio⁵⁷², la previsión legal de la medida constituye presupuesto formal del mismo.

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia 49/1999, de 5 de abril, analizando un supuesto de intervenciones telefónicas realizado con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 4/1988, de 25 de mayo – carente por tanto de marco legal – tras afirmar, en principio, que la insuficiencia de la ley, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental, concluye, a renglón seguido, que “no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención” y, a continuación, añade:

“En efecto: si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas” (f.j.5)⁵⁷³.

filosofal, sin que la existencia de una decisión judicial bellamente motivada sea suficiente para que dicha decisión sea constitucionalmente legítima”. Con anterioridad, en materia de intervenciones telefónicas, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., págs. 163-164, ya sostenía que la resolución judicial es premisa básica, pero no suficiente, aún en esta materia que la Constitución permite su limitación, siendo imprescindible el desarrollo normativo que concrete y determine los límites de actuación en la aplicación de la medida restrictiva. En contra, VIDAL FUEYO: “Sobre la constitucionalidad de las intervenciones corporales en el marco del proceso penal”, cit., pássim, para quien el juez encontrará habilitación constitucional suficiente para ordenar una intervención corporal limitadora de derechos fundamentales partiendo del conflicto que se genera entre derechos fundamentales y un bien constitucionalmente protegido como es el *ius puniendi* del Estado, siempre que la intervención supere un riguroso test de proporcionalidad. Para esta autora, dicha habilitación implícita de la Constitución a favor de los jueces se desprendería del propio sometimiento del juez a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, así como del valor normativo de aquélla. De este modo, ante la falta de previsión legal, los jueces serán los encargados de descubrir, que no de crear, los límites inmanentes de los derechos fundamentales que nacen del propio texto constitucional.

⁵⁷² Así, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 69. De igual modo, la STC 207/1996 resume los requisitos que conforman la doctrina constitucional sobre la proporcionalidad en los siguientes: “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” (f.j.4).

⁵⁷³ Como dice ETXEBERRIA GURIDI: “La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (A propósito de la STC 49/1999, de 5 de abril)”, *La Ley*, núm. 6, 1999, pág. 1721, lo verdaderamente singular de la STC 49/1999 consiste en que pese a reconocer que se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones por insuficiencia de previsión legal, se admite la posibilidad de “neutralizar” o “subsana” dicha vulneración (que no mera injerencia) mediante una actuación judicial acorde con el principio de proporcionalidad. Para GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 64, del razonamiento expuesto por la citada STC “se deduce la regla de que, aunque en nuestro ordenamiento procesal penal las medidas de intervención corporal no

Doctrina que ha tenido su aplicación en la materia que nos ocupa. Así, el auto de la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, de 4 de mayo de 2000, consideró aplicable dicha doctrina a una prueba de análisis de ADN, a fin de salvar el escollo de la falta de habilitación legal específica, cuando a través de esta diligencia se persigue la averiguación de hechos criminales graves. La citada resolución afirmó que la STC 49/1999 suponía un nuevo punto de inflexión respecto de la STC 207/1996 ya que de esta última parecía desprenderse que la ausencia de previsión legal impedía la admisión de la diligencia de investigación genética (f.j.2). En idénticos términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, de 15 de enero de 2002 (f.j.2)⁵⁷⁴.

La actuación judicial se sobrepone así a las exigencias derivadas del principio de legalidad⁵⁷⁵. Sin embargo, sólo la ley y la resolución judicial motivada y proporcionada legitiman la restricción de los derechos y libertades fundamentales. Han de coexistir ambas, de forma conjunta, no alternativa. No basta la una sin la otra, esto es, una no puede suplir la falta de la otra⁵⁷⁶. Las restricciones de derechos fundamentales han de venir establecidas en la ley, de forma previsible y accesible, y han de llevarse a cabo a través del órgano jurisdiccional en el caso concreto, de forma motivada y proporcionada.

Cuestión distinta es la construcción jurisprudencial de la forma correcta de realización de la medida insuficientemente regulada por la ley, como ocurre en materia de intervenciones telefónicas (vid., en este sentido, ATS 18 de junio de 1982, caso Naseiro), tal como viene a admitir, como hemos expuesto, el propio TEDH, esto es, “precisando” o “concretando” la normativa existente, no reemplazándola o creándola.

tienen cobertura legal, la práctica coactiva de las mismas es lícita si se cumplen los demás presupuestos de legalidad constitucional”. Sin embargo, tal conclusión no puede deducirse en ningún modo de la citada sentencia, dictada además en un supuesto de intervenciones telefónicas, no corporales, en la que los derechos fundamentales afectados son distintos. De hecho, el mismo autor, a renglón seguido, afirma no estar de acuerdo con la postura del Tribunal Constitucional en este punto y sostiene que, a falta de previsión legislativa siquiera genérica, no cabría la realización coactiva de las mismas.

⁵⁷⁴ También busca apoyo en dicha resolución, entre otros argumentos, el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de fecha 3 de abril de 2003, tras reconocer que la LECrim no contiene una norma específica reguladora de las intervenciones corporales (f.j.2).

⁵⁷⁵ El mismo Presidente del Tribunal Constitucional D. Pedro Cruz Villalón, en su voto particular, se mostraba contrario a este planteamiento por entender, entre otras razones, que las carencias de previsibilidad legislativa no son susceptibles de una subsanación *ex post facto* (puntos 1 y 2). La posibilidad de que el juez se convierta en legislador y, aún más, en constituyente, en el ámbito de los derechos fundamentales, ya había sido advertida por algún sector de la doctrina alemana como uno de los peligros de la vigencia del principio de proporcionalidad, incluso posibilitando un poder arbitrario a los jueces cuando se utilice la proporcionalidad como correctivo para el caso singular. Así, PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO: “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, cit., págs. 75-78.

⁵⁷⁶ Así, CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., pág. 65, quien tras advertir que como consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional se viene considerando que una resolución judicial debidamente motivada, concurriendo los presupuestos de proporcionalidad, constituye garantía suficiente y medio válido para la injerencia en cualquier derecho fundamental, afirma: “...el mandato judicial no puede suplir la ausencia del presupuesto de legalidad”, dicho en otras palabras, el juez está vinculado a la ley.

Así, en aplicación de la doctrina dimanante de la citada sentencia se entiende que si en la práctica de las intervenciones telefónicas se han respetado en el caso concreto las exigencias materiales que deberían constar en la ley, no puede decirse que se haya producido una vulneración real de derecho del afectado al secreto de sus comunicaciones telefónicas, pues los aspectos esenciales del derecho habrán permanecido incólumes. Así se afirma en la STS de 18 de enero de 2008, núm. 14/2008:

“En este mismo sentido el TEDH, dictó la Decisión de inadmisión de fecha 25 de setiembre de 2006 en el caso Abdulkadir Coban contra España, en el que, partiendo de que en el Convenio la referencia a la ley incluye el derecho no escrito, se admite la integración de la ley española con las exigencias consolidadas jurisprudencialmente. Se dice así que „aunque una modificación legislativa incorporando a la ley los principios extraídos de la jurisprudencia del Tribunal sea deseable, tal como el propio Tribunal Constitucional constantemente ha indicado, este Tribunal estima que el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como quedó modificado por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, y completada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, establecen reglas claras y detalladas y precisan a priori con suficiente claridad la extensión y modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en la materia considerada”, citando al efecto las STEDH Kruslin contra Francia, Krulig (sic) contra Francia y Lambert contra Francia, entre otras. Por lo tanto, lo decisivo para establecer la vulneración del derecho fundamental en el caso concreto es la verificación del cumplimiento de esas exigencias básicas jurisprudencialmente establecidas sobre el texto de la ley.” (f.j.4)

En términos idénticos, la STS de 15 de noviembre de 2006, núm. 1119/2006, concluía:

“Por lo tanto, la insuficiencia del texto legal, que de todas formas debería ser completado por el legislador, no es suficiente para anular la intervención de las comunicaciones telefónicas acordada en una causa concreta. Para determinar su validez es preciso atender a la forma en que se ha actuado en el caso concreto para verificar si se ha efectuado adecuadamente la ponderación entre los intereses en juego y la integridad del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.” (f.j.1)

Así pues, habrá que estar a la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos de legalidad constitucional y de legalidad ordinaria que deben respetar las intervenciones telefónicas como fuente de prueba y medio de investigación para su validez, hoy más que consolidada como se complace en decir el propio Tribunal Supremo:

“Esta Sala Casacional tiene ya un sólido y coherente cuerpo doctrinal, entre las últimas STS 297/2006 de 6 de Marzo, sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación, que completa la raquítica e insuficiente regulación legal contenida en el art. 579 LECriminal que ha sido censurada en varias SSTEDH entre otras, en la de 18 de febrero de 2003 --Prado Bugallo vs. España--, aunque justo es reconocer que en el reciente auto de inadmisión del mismo Tribunal de 25 de setiembre de 2006,

caso Abdulkadr vs. España, modificó el criterio expuesto en el sentido de que el art. 579 LECriminal complementado con la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional permite el eficaz control judicial necesario en una Sociedad Democrática desde la exigencia del art. 8 del Convenio.” (ATS 19 de diciembre de 2007, núm. 2264/2007, f.j.3)⁵⁷⁷

¿Satisface esta solución el requisito de previsibilidad y accesibilidad de la ley? Parece dudoso. Sin embargo, para los tribunales bastará con encontrar el mínimo asidero legal para dar por cubierto el expediente de la previsión legislativa para, a partir de ahí, “concretar” y “precisar” la regulación de la medida a adoptar. Si es dudoso que una vez consolidada la jurisprudencia ad hoc, como ahora ocurre en materia de intervenciones telefónicas, pueda entenderse satisfecho el principio de legalidad, más dudas caben aún en tanto dicha jurisprudencia no se consolide y sea vacilante, circunstancia, nada extraña, por cierto, en el ámbito de la denominada jurisprudencia menor. Por eso, la exigencia de seguridad jurídica y certeza del Derecho requiere una ley que regule los presupuestos y requisitos de la medida y que las concreciones y precisiones jurisprudenciales, cuando las haya, se incorporen a la misma mediante su oportuna modificación.

Del mismo modo que la jurisprudencia ha venido a completar la deficiente regulación de las intervenciones telefónicas, sin duda, va a completar la deficiente regulación de las intervenciones corporales previstas en el artículo 363 LECrim, pero lo que no podrá hacer, en ningún caso, es “regular” otras medidas de investigación corporal. El vacío legislativo no se puede suplir con resoluciones judiciales por más respetuosas que, a priori, puedan ser con el contenido esencial de los derechos fundamentales afectados y el principio de proporcionalidad. La jurisprudencia puede suplir las carencias de la ley, pero no la carencia de ley.

Por tanto, si no hay previsión legislativa alguna, quiebra el principio de legalidad y, con él, la seguridad jurídica que la reserva de ley conlleva, sin que el consentimiento del afectado o la resolución judicial motivada y conforme al principio de proporcionalidad, sea suficiente para legitimar una medida no contemplada en la ley.

En definitiva, la limitación de los derechos fundamentales sólo puede establecerse mediante ley orgánica. Ley que, además, ha de ser cierta y previsible, pues en otro caso, como tiene dicho el propio Tribunal Constitucional (STC 219/2001, de 31 de octubre, f.j.7), la ley pierde su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe y somete el ejercicio del derecho a la voluntad de quien aplica la ley. La calidad de la ley es garantía de seguridad jurídica y no parece que ésta se satisfaga tampoco cuando son los tribunales y no el legislador quienes concretan y precisan la misma.

⁵⁷⁷ Cuerpo doctrinal que, efectivamente, se reitera en multitud de resoluciones. Así, por ejemplo: SSTS de 4 de febrero de 2008, núm. 104/2008 (f.j.1); 18 de junio de 2008, núm. 406/2008 (f.j.2); 4 de noviembre de 2008, núm. 712/2008 (f.j.5); 18 de noviembre de 2008, núm. 777/2008 (f.j.1); 8 de enero de 2009, núm. 5/2009 (f.j.5); 28 de enero de 2009, núm. 40/2009 (f.j.3); 6 de julio de 2009, núm. 737/2009 (f.j.4); 23 de marzo de 2010, núm. 395/2010 (f.j.2); 10 de noviembre de 2011, núm. 1184/2011 (f.j.2); 18 de abril de 2012, núm. 285/2012 (f.j.1) o, más recientemente, 18 de enero 2013, núm. 35/2013 (f.j.3).

2. Presupuestos materiales: el principio de justificación teleológica

El principio de justificación teleológica exige que la limitación de los derechos fundamentales se verifique por causa de finalidades constitucionalmente legítimas⁵⁷⁸.

Un ejemplo práctico de la relevancia de este principio lo encontramos en la sentencia 47/2000, de 17 de febrero, en la que el propio Tribunal Constitucional planteó, junto a otras posibles tachas, la cuestión de inconstitucionalidad de los a la sazón vigentes artículos 503 y 504 LECrim dada la insuficiencia de previsión legislativa de los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional regulada en dichos preceptos⁵⁷⁹.

Razones de interés general, previstas por la ley, justifican la limitación de los derechos y libertades. Así, a título de ejemplo, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece como fines que puede perseguir la medida que constituya una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Está fuera de toda duda que los derechos fundamentales pueden ser limitados a los fines de la investigación penal⁵⁸⁰. Así también, las investigaciones corporales encuentran su justificación en el ámbito del proceso penal en la actuación o ejercicio del *ius puniendi*⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., págs. 101-104, extrae de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dos requisitos que han de cumplir los fines para justificar la restricción de derechos fundamentales, a saber, legitimidad constitucional y relevancia social.

⁵⁷⁹ Así, en el fundamento jurídico 5º, decía: “La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto, „prima facie” que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que estos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 C.E. en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999, fundamentos jurídicos 4º y 5º.”

⁵⁸⁰ El problema es de límites. De forma expresiva, DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 70: “¿Hasta qué punto puede el Estado utilizar el cuerpo de un ciudadano para lograr la búsqueda de la verdad material?”.

⁵⁸¹ En los procesos civiles de filiación, la justificación se encuentra en razones de interés social y orden público. Así, la STC 7/1994, de 17 de enero, afirma de modo tajante que las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente fines constitucionales: “...en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial” (f.j.2). Con anterioridad, en términos prácticamente idénticos, el fundamento jurídico 3 del ATC 221/1990, sobre la misma materia. En esta resolución y en el anterior auto 103/1990, el Tribunal Constitucional puso de relieve que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia atendía a la búsqueda de la verdad material o real (f.j.2 y f.j.3, respectivamente). Sobre esta cuestión, Francisco RIVERO HERNANDEZ: “La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación”, *Poder Judicial*, núm. 13, marzo 1989, págs. 105-113.

En palabras de la STC 207/1996, de 16 de diciembre:

“...el interés público 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 justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la ley...” (f.j.4 A).

A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en materia de intervenciones telefónicas, donde el apartado 2 del artículo 579 LECrim, en la redacción dada por la LO 4/1988, de 25 de mayo, establece como finalidad de las medidas “el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”, en la materia que nos ocupa el legislador, cuando ha regulado alguna de estas medidas, no ha establecido ni siquiera de forma genérica cuáles sean o puedan ser tales fines.

En efecto, el artículo 363 LECrim simplemente comienza diciendo: “*Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción, podrá acordar, en resolución motivada...*” Entre tales razones tendrá, pues, que explicitar el juez los fines constitucionalmente legítimos que justifiquen la limitación de los derechos fundamentales que puedan resultar afectados por la medida de intervención corporal.

La justificación se encontrará, en último término, en la búsqueda de la verdad material o, mejor, de la verdad procesal⁵⁸². Ahora bien, la verdad no puede alcanzarse a costa de los derechos y libertades fundamentales⁵⁸³. La investigación de la verdad ha de verificarse a través de los procedimientos legalmente establecidos⁵⁸⁴. El descubrimiento de la verdad tiene, pues, sus límites⁵⁸⁵. En palabras de RUIZ VADILLO: “sólo puede

⁵⁸² Así, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 19. Una verdad procesal que, como señala Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ: “La función de las garantías en la actividad probatoria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 220, es una verdad necesariamente relativa, una verdad probable.

⁵⁸³ En palabras del ATS de 18 de junio de 1992: “...la verdad material o verdad histórica que, en principio, se pretende obtener en el proceso penal, frente a otro tipo de procesos que aceptan la verdad formal o aparential, sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el Ordenamiento jurídico. [...] No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, así la dignidad, la intimidad, etc., dentro de los parámetros fijados en la Ley” (f.j.1).

⁵⁸⁴ Enrique RUIZ VADILLO: “La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La prueba en el proceso penal, 1992, CGPJ, Madrid, pág. 85.

⁵⁸⁵ Como ya dijera el Tribunal Supremo Federal alemán en su sentencia de 14 de junio de 1960: “No es un principio de la Ley Procesal Penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio”, citada por GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, cit., pág. 128. Consecuencia de ello será, según dicho autor, en un Estado de Derecho, el establecimiento de límites a la obligación de investigar lo ocurrido.

alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidas en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico”⁵⁸⁶.

A pesar de que exigir la constatación de los fines legítimos que se persiguen con la medida pueda parecer tautológico cuando estamos hablando de diligencias de investigación penal, puesto que, en último término, éstas están destinadas al descubrimiento y constatación de los hechos criminales y sus circunstancias y la persona o personas que los hayan podido cometer⁵⁸⁷, lo cierto es que su ausencia convertiría en injustificada la limitación de los derechos fundamentales⁵⁸⁸.

Por eso afirma GÓMEZ AMIGO que no basta con el examen de la finalidad perseguida por la medida de intervención corporal en abstracto, que siempre será, como hemos apuntado, la determinación de los hechos punibles y la participación en ellos del imputado, sino que hay que constatar que la medida en el caso concreto es necesaria para alcanzar dicho fin⁵⁸⁹.

En definitiva, las medidas de investigación corporal han de satisfacer fines constitucionalmente legítimos y estos deben reflejarse en la motivación de la resolución judicial que las adopte.

Todo ello sin olvidar que es precisamente la finalidad de las medidas realizadas en el cuerpo de una persona lo que nos permite configurar las mismas como investigaciones corporales en sentido jurídico penal y delimitar su concepto excluyendo como tales todas aquellas que no constituyan actos de investigación en sentido jurídico procesal, tal como expusimos al abordar su concepto.

⁵⁸⁶ Enrique RUIZ VADILLO: “Principios generales. Legalidad, proporcionalidad, etc.”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 17.

⁵⁸⁷ Ciertamente, como ya advirtiera la STC 37/1989, de 15 de febrero, no es suficiente para apreciar si la resolución judicial que ordenó la realización de un examen ginecológico a la imputada respetó o no su intimidad “con advertir que en dicha actuación se hicieron valer ante el sujeto afectado los intereses (públicos también, por definición), a los que ha de servir toda decisión de la autoridad, pues la protección que la Constitución dispensa se delimita aquí, una vez reconocido su objeto, atendiendo a las exigencias públicas en presencia, y bien se comprende que si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia.” (f.j.7)

⁵⁸⁸ La falta de expresión de los fines constitucionalmente legítimos de la medida acordada se considerará, en última instancia, un incumplimiento de las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales. Así, por ejemplo, en materia de prisión provisional, entre otras, SSTC 27/2008, de 11 de febrero (f.j.6); 79/2007, de 16 de abril (f.j.4); 333/2006, de 20 de noviembre (f.j.4); 179/2005, de 4 de julio (f.j.5); 191/2004, de 2 de noviembre (f.j.5); 22/2004, de 23 de febrero (f.j.5); 142/2002, de 17 de junio (f.j.4); 8/2002, de 14 de enero (f.j.6); 29/2001, de 29 de enero (f.j.4).

⁵⁸⁹ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 67, quien percibe además en el principio de finalidad una función de control de la legitimidad de las intervenciones corporales en el sentido que si una medida de tal naturaleza es utilizada con una finalidad distinta que la propia de la investigación penal, resultará desproporcionada y, por tanto, ilegítima. Más aún, a nuestro entender, no es que resultase desproporcionada, sino que ni siquiera podría conceptuarse como diligencia de investigación penal. Como ya dijimos al tratar su concepto, es precisamente el elemento teleológico el que se constituye en eje definidor de las medidas y permite configurar las injerencias corporales como actos de investigación.

3. Requisitos extrínsecos

3. 1. *Exclusividad jurisdiccional*

La exclusividad jurisdiccional constituye una reserva en régimen de monopolio a la autoridad judicial respecto a cualquier limitación o restricción de derechos fundamentales. En consecuencia, las investigaciones corporales, en tanto medidas restrictivas de derechos fundamentales, deben ser acordadas por los órganos jurisdiccionales⁵⁹⁰. Ello es así aunque no exista de forma expresa una reserva constitucional a favor del juez⁵⁹¹. En este sentido, la STC 37/1989, de 15 de febrero, tras afirmar que la intimidad personal no es un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución no haya establecido la reserva de intervención judicial que figura en la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones, dispone que su afectación “es posible sólo por decisión judicial” (f.j.7)⁵⁹².

Sin embargo, razones de urgencia o de riesgo para el éxito de la investigación penal, justifican excepciones⁵⁹³ a tal regla en las que el órgano judicial tendría una

⁵⁹⁰ Así, MORENO CATENA: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, cit., pág. 137; ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 145; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 307; FORCADA JORDI: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, cit., pág. 991; MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 171; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 60; DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 141; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 394. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 256, no admite excepción alguna ni siquiera en supuestos de urgencia que puedan poner en peligro el resultado de la investigación. En contra, DEL MORAL GARCÍA: “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la LECrim”, cit., pág. 75.

⁵⁹¹ Para Manuel ORTELLS RAMOS: “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XII: Medidas restrictivas de derechos fundamentales, 1996, CGPJ, Madrid, pág. 52, “no sólo corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales adoptar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, con carácter instrumental de las actividades de investigación y persecución de delitos, en aquellos supuestos que específicamente dispone la CE, sino que también corresponde a esos órganos en exclusiva la dirección de la actividad y, dentro de ella, la adopción de medidas restrictivas de derechos de cualquier naturaleza, desde el momento en que deba entenderse iniciado un proceso penal”. La cuestión estriba, entonces, como él mismo afirma, en determinar el supuesto de la constitución de un proceso penal en el sentido de iniciación de la existencia jurídica del mismo.

⁵⁹² A la luz de esta jurisprudencia, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 307, afirma que “no sería seguramente conveniente que el legislador estableciera excepciones a la competencia exclusiva de los órganos judiciales para autorizar las intromisiones corporales”.

⁵⁹³ En contra, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 341-345, no admite excepción alguna y, en consecuencia, configura la existencia de un procedimiento pendiente como presupuesto necesario para la ordenación de una medida de intervención corporal. En esta línea, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 107, considera que si existen diligencias de prevención y comprobación de los delitos que, aunque puedan afectar a diversos derechos fundamentales, no precisan de autorización judicial y se atribuyen directamente a la policía no es porque se trate de intervenciones corporales leves, sino que, en realidad, no son diligencias de intervención corporal, como ocurre con los cacheos y los exámenes de alcoholemia.

función de control y confirmación posterior⁵⁹⁴. Como consecuencia de la admisión de tal excepción, la posibilidad de acordar y ejecutar tales medidas se atribuye a órganos no jurisdiccionales, en concreto, al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial⁵⁹⁵.

En el ámbito de las intervenciones corporales, se admiten únicamente excepciones en supuestos de intervenciones leves y por causa de urgencia⁵⁹⁶. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, afirma:

“Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial⁵⁹⁷ para disponer, por acreditadas razones de

⁵⁹⁴ Para MARTÍN PASTOR: “Sobre los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, en la jurisprudencia constitucional y en nuestra legislación procesal penal”, cit., pág. 118, la potestad judicial para adoptar resoluciones que limiten derechos fundamentales no debe ser simplemente una potestad de control a posteriori de los actos del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial sino, en todo caso, una potestad de “primera resolución”.

⁵⁹⁵ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., pág. 145, amparándose en el artículo 781.2 LECrim, actualmente, artículo 773, entiende que no habría ningún obstáculo para que el Ministerio Fiscal y por su delegación la Policía Judicial pudieran ordenar inspecciones e intervenciones corporales en tales casos de urgencia. De igual modo, GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 56. En contra, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 392, considera que el citado precepto no contiene habilitación alguna para que el Ministerio Fiscal pueda realizar este tipo de diligencias. En primer lugar, porque dicho artículo no hace referencia alguna a pretendidos supuestos de urgencia y, en segundo lugar, porque las intervenciones corporales, en tanto medidas restrictivas de derechos fundamentales, han de quedar bajo la decisión del órgano judicial. En virtud del artículo 781.2 LECrim, concluye, el Ministerio Fiscal podrá instar de la autoridad judicial la adopción de las medidas, pero no acordarlas. Así también, IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., págs. 72-73.

⁵⁹⁶ Así, ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., pág. 145, admite “la legitimidad del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, en su caso, para ordenar inspecciones o intervenciones corporales en los supuestos de tal urgencia que el retraso en la ejecución de la medida generara un evidente peligro de oscurecimiento de la actividad probatoria”. Ratifica esta conclusión doctrinal, ORTELLS RAMOS: “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia constitucional”, cit., pág. 45. GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 60, señala que la actuación judicial debe reservarse a los supuestos más graves, excluyendo las intervenciones que no supongan violación directa de derechos fundamentales. Según GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 448, en las intervenciones corporales, salvo las leves o banales, dada la mayor relevancia del derecho fundamental afectado, debería reforzarse la garantía de jurisdiccionalidad de la medida y confiar siempre su ejecución a personal sanitario especializado. En cambio, considera que las inspecciones corporales, por razones de urgencia, debería poder practicarlas la Policía Judicial, siempre que su ejecución se llevase a cabo por personal sanitario del mismo sexo que el sujeto afectado por la medida y con estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad.

⁵⁹⁷ La referencia a la Policía Judicial no debe entenderse en sentido limitativo. Así, la STC 234/1997, sobre constitucionalidad del art. 380 CP, al analizar la práctica de las pruebas de alcoholemia, afirma: “...el que sean los Agentes encargados del control del tráfico quienes tienen encomendada por la Ley la realización de estas pruebas, y no la Policía Judicial – que es la excepción que contempla la STC 207/1996 – , es una cuestión que carece de relevancia ya que no es constitucionalmente exigible que sea el Juez quien tenga que autorizar esta medida limitativa pudiéndola adoptar, siempre que una Ley expresamente la habilite, la autoridad que, por razón de la materia de que se trate, sea la competente”

urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad” (f.j.4 C).

Esas situaciones de “urgencia y necesidad”, dada su indeterminación, habrán de interpretarse, en todo caso, restrictivamente en cuanto constituyen excepciones al requisito de judicialidad. La urgencia exige una actuación inmediata sin la cual se frustraría el resultado de la investigación, por ejemplo, la comprobación de la tasa de alcoholemia o la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas⁵⁹⁸, pero dicha urgencia en ningún caso puede justificar la omisión en la práctica de la medida de otros requisitos o garantías específicos, verbigracia, la intervención de personal sanitario en las intervenciones corporales leves (STC 207/1996, f.j.4 F b)⁵⁹⁹.

Por razones de urgencia y necesidad se admite que la Policía, contando con la anuencia y autorización del propio indagado, pueda practicar simples inspecciones, registros o reconocimientos, entre los que se incluyen los exámenes radiológicos, en la medida que comportan una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Así, entre otras, STS de 9 de febrero de 2001, núm. 168/2001 (f.j.4).

Para ASECIO MELLADO deberían reservarse al Ministerio Fiscal y, por delegación de éste, a la Policía Judicial los métodos técnicos de control de alcoholemia y las inspecciones personales en casos de urgencia y peligro de retraso⁶⁰⁰.

Para HUERTAS MARTÍN el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial estarían facultados para la adopción de estas medidas en supuestos muy determinados, atendiendo a tres tipos de circunstancias: a) El consentimiento del sujeto afectado; b) La escasa entidad de la intervención; y, c) El carácter meramente instrumental de la medida

(f.j.9 B). Téngase en cuenta, sin embargo, que en materia de pruebas de alcoholemia, salvo petición del interesado, es la autoridad judicial quien debe acordar la repetición de las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir éstas en análisis de sangre, orina u otros análogos (artículos 12.2 LTSV y 28 RGC).

⁵⁹⁸ Ejemplo de ello nos lo ofrece la SAP Baleares, sec. 1ª, de 29 de abril de 2010, que estimó justificada la solicitud policial de que se procediera por personal sanitario a una extracción de sangre del conductor detenido por cuanto concurrían en el caso analizado las notas de urgencia (de hecho, el acusado terminó ingresado en la Unidad de Psiquiatría del hospital) y proporcionalidad exigidas jurisprudencialmente (f.j.3). Intervención policial inmediata que no se limita a estos supuestos, evidentemente, sino que comprende otros como pueda ser el examen de los efectos intervenidos, aunque puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo (léase, documentos o papeles ocupados a los detenidos), como fue el caso examinado por la STC 70/2002, de 30 de abril, siempre que ello sea necesario para la investigación.

⁵⁹⁹ Para la citada sentencia, son intervenciones leves la extracción de elementos externos del cuerpo (pelo o uñas) o internos (análisis de sangre) siempre que, objetivamente consideradas, no sean susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni la integridad física de la persona afectada (f.j.2 b).

⁶⁰⁰ ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., págs. 145-146. En la ejecución de los primeros, el Ministerio Fiscal habría de velar por el respeto a la salud del intervenido y a su derecho de defensa. En la práctica de las segundas, se habría de garantizar el respeto debido a la dignidad de la persona y a su pudor, encomendando su ejecución a personal sanitario en atención a la zona objeto de intervención.

respecto del desarrollo normal de sus funciones. En virtud de estos criterios, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrían adoptar medidas tales como la toma de huellas dactilares o fotografías, cacheos o control de alcoholemia restringido al uso del etilómetro⁶⁰¹.

En cambio, para ETXEBERRIA GURIDI los motivos de urgencia encuentran únicamente sentido cuando se trate de cacheos superficiales que, según este autor, no pertenecen a la categoría de intervenciones corporales, y no cuando se trate de localizar objetos o efectos ocultos en cavidades corporales⁶⁰².

En definitiva, puede concluirse que las investigaciones corporales, en tanto medidas restrictivas de derechos fundamentales, deben ser acordadas por los órganos jurisdiccionales⁶⁰³. Sólo acreditadas razones de urgencia o de riesgo de perjuicio para los fines de la investigación justifican su adopción por órganos no jurisdiccionales y, únicamente, en supuestos de carácter leve, tales como cacheos superficiales y métodos alcoholométricos, incluidos análisis de sangre, siempre que se cuente respecto a éstos últimos con el consentimiento del afectado y se observen en su práctica los requisitos

⁶⁰¹ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 394. Esta autora restringe el control de alcoholemia al uso del etilómetro, a diferencia de ASENIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 145, que admite lo mismo la insuflación como los análisis de sangre. No existe, pues, perfecta identidad de supuestos entre los autores al enumerar las diligencias excluidas. Así, por ejemplo, a diferencia de GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 60, HUERTAS MARTÍN excluye los exámenes radiológicos.

⁶⁰² ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 298-310. Para este autor, la excepción a la reserva jurisdiccional por razones de urgencia sólo tiene cabida en ordenamientos, como el alemán, que admiten la ejecución de las intervenciones corporales mediante coacción física. Defiende, pues, una reserva jurisdiccional absoluta incluso en los supuestos de urgencia. Expone los siguientes argumentos en contra de atribuir esta competencia al Ministerio Fiscal: 1) En la ejecución de la medida pueden resultar afectados diversos derechos fundamentales, no sólo la intimidad corporal; 2) El art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal impide a éste llevar a cabo u ordenar diligencias limitativas de derechos; 3) La falta de previsión de esta posibilidad respecto a otras diligencias similares, sin que exista justificación de tratamiento excepcional para las intervenciones corporales. A ellos añade la escasa viabilidad organizativa del Ministerio Fiscal, la existencia de medios técnicos suficientes en la actualidad que permiten la comunicación inmediata entre la Policía Judicial y la autoridad jurisdiccional y el hecho de que ciertas intervenciones corporales requieren ser practicadas por personal médico o sanitario comportando necesariamente el traslado a un centro sanitario (desplazamiento que se aviene mal con el carácter urgente de la medida y, en cualquier caso, posibilita ínterin la correspondiente solicitud a la autoridad judicial por el medio más rápido posible). Como alternativas propone: a) La detención del individuo siempre que existan fundados motivos de comisión delictiva o concurrencia de hipótesis legales para ello y consiguiente traslado a algún lugar especialmente preparado para garantizar un control y vigilancia, así como para evitar la desaparición del objeto o efecto que se pretende recobrar; b) Las autorizaciones verbales o medios técnicos que puedan desempeñar idéntica o parecida función (fax, correo electrónico...) en los casos de verdadera urgencia en los que se deba constatar una situación o circunstancia transitoria que pueda desaparecer o alterarse paulatinamente con el transcurso del tiempo. Igualmente, en *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 151-161, afirma la absoluta reserva jurisdiccional en materia de investigaciones genéticas, a la cuales confiere un tratamiento autónomo respecto a las intervenciones corporales, pues en estos casos no hay urgencia al poder disponer siempre del material genético.

⁶⁰³ Exclusividad jurisdiccional que debe predicarse en la práctica de la prueba de ADN, dada su incidencia en una serie de derechos merecedores del carácter de fundamentales, como dice el auto del TSJ de Madrid de 19 de mayo de 2004 (f.j.9). Circunstancia que impide que la pericia genética pueda ser acordada por el Ministerio Fiscal o por la propia Policía Judicial en el ejercicio de sus competencias.

intrínsecos derivados del principio de proporcionalidad y los requisitos específicos de las intervenciones corporales (realización por personal médico o sanitario, en su caso), quedando excluidas, por tanto, en todo caso, las intervenciones no urgentes y las graves cualquiera que sea su urgencia⁶⁰⁴. Además, dichas medidas, como expusimos en su momento, habrán de tener carácter postdelictual – no preventivo – para poder ser consideradas auténticas diligencias de investigación corporal en los términos que venimos defendiendo.

Asimismo, deberá ponerse de inmediato en conocimiento del órgano jurisdiccional la práctica de la medida y remitirle su resultado directamente, para que sea éste quien, a la vista de todos los datos aportados, decida motivadamente si resultaba o no proporcionada la injerencia en el derecho fundamental, autorizando o no la incorporación al proceso del resultado de la medida practicada. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia 206/2007, de 24 de septiembre, en la que se consideró vulnerado el derecho a la intimidad personal del recurrente al haberse invadido su esfera privada sin su consentimiento ni autorización judicial y no haberse acreditado la urgente necesidad de la intervención policial sin mandato judicial previo ni la proporcionalidad de la medida⁶⁰⁵.

En cualquier caso, la posibilidad de adopción de estas medidas por órganos no jurisdiccionales, razonable desde el punto de vista de la investigación penal, debería materializarse a través de una norma con rango de ley (orgánica) que delimitase los

⁶⁰⁴ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 146. HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 394. Tiene razón ésta última cuando afirma que el tiempo y actividad destinados a conseguir la orden del Ministerio Fiscal pueden con mayor razón invertirse en obtenerla de la autoridad judicial siendo ésta como es garante de los derechos fundamentales en el proceso. Es más, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 305, dada la actual viabilidad organizativa del Ministerio Fiscal, advierte del peligro de convertir la delegación en favor de la Policía Judicial en una delegación genérica, cuasi-automática y carente de control.

⁶⁰⁵ En el caso concreto, se trataba de un análisis de sangre practicado, por orden de la Guardia Civil, sobre las muestras extraídas con fines terapéuticos a un conductor, hospitalizado tras un accidente de circulación, a fin de determinar la tasa de alcoholemia, sin haber informado ni solicitado previamente el consentimiento del afectado, ni recabado autorización judicial, por entender que concurrían razones de urgencia que justificaban la medida. Con independencia de que el Tribunal Constitucional descartase la presencia de consentimiento informado eficaz del afectado que legitimase la medida, aun partiendo de la premisa fáctica de que existiera consentimiento en la extracción de sangre, y rechazase, además, que existieran circunstancias que acreditaran la urgente necesidad de la intervención policial inmediata ordenando la práctica de la analítica en lugar de solicitar al centro hospitalario que se adoptasen las medidas necesarias para la custodia y conservación de las muestras a fin de poder realizar sobre ellas la correspondiente analítica si fuera ordenada judicialmente, a mayor abundamiento, y para el caso de que hubieran existido circunstancias excepcionales que impidieran la intervención judicial previa con la celeridad necesaria para asegurar que la analítica pudiera llegar a practicarse y la misma fuera considerada imprescindible en la valoración policial, considera “constitucionalmente exigible que los agentes de la Guardia Civil hubieran puesto de forma inmediata en conocimiento del Juez que se había ordenado practicar un análisis de sangre al objeto de verificar el grado de impregnación alcohólica y que el resultado del mismo se remitiera al órgano judicial (pues no existen razones de urgencia imaginables que permitan justificar, una vez ya practicado el análisis, el acceso de la policía a los datos de la intimidad sin la previa intervención judicial), para que fuera el órgano judicial quien, a la vista de todos los datos aportados (circunstancias del accidente, sintomatología descrita en el atestado policial, posibilidad de realizar otras pruebas no lesivas de derechos fundamentales...), decidiera motivadamente si resultaba o no proporcionada la injerencia en el derecho fundamental, autorizando o no la incorporación al proceso del resultado del análisis de sangre...” (f.j.8).

supuestos y definiere las situaciones habilitantes (piénsese en la indeterminación del concepto “urgencia”) y que, en todo caso, atribuyese al órgano jurisdiccional una función de control y confirmación posterior, puesto que la eficacia en la persecución del delito no puede lograrse a costa de los derechos y libertades fundamentales⁶⁰⁶.

Así, sólo el juez de instrucción puede acordar, mediante resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN, según establece, con toda lógica – por cuanto, como hemos expuesto, la medida incide en derechos fundamentales y no existe, por otra parte, urgencia alguna en su obtención – el artículo 363 LECrim, introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre⁶⁰⁷.

Sin embargo, cuando por fin disponíamos de normativa en esta materia y, pese a sus insuficiencias, correcta en este orden de cosas al establecer la reserva judicial absoluta en la obtención de muestras biológicas del sospechoso, la jurisprudencia ha encontrado un método mucho más sencillo para la “obtención” de tales muestras. Método que no necesita resolución judicial y que evita, además, el incómodo problema de una posible – o real – negativa del afectado a la práctica de la medida pese a una tal resolución judicial.

Dicho método no es otro que la obtención subrepticia de muestras biológicas “abandonadas” por el sospechoso⁶⁰⁸. Así, tras una inicial jurisprudencia contradictoria (SSTS de 19 de abril de 2005, núm. 501/2005, y 14 de octubre de 2005, núm. 1311/2005), el Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo llegó a un Acuerdo, en fecha 31 de enero de 2006, conforme al cual “la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”. Conforme a tal doctrina⁶⁰⁹, según la sentencia de dicho tribunal

⁶⁰⁶ Cf. ORTELLS RAMOS: “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia constitucional”, cit., págs. 55-56. Así también HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 467, en relación con el examen de alcoholemia.

⁶⁰⁷ Rigor legal que PRIETO RAMÍREZ: “La Ley Orgánica de Registro de perfiles de ADN para fines de investigación criminal, en el marco del Derecho comparado”, cit., pág. 23, considera excesivo vistos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la validez de las pruebas obtenidas en intervenciones corporales más agresivas, como puedan ser las radiografías.

⁶⁰⁸ Se evita así como dice ETXEBERRIA GURIDI: “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte II)”, cit., pág. 112, la aplicación de lo previsto en el actual artículo 363 LECrim; se elude la intervención corporal e, igualmente, el control judicial que garantiza la práctica de la misma. Con anterioridad a la normativa vigente y a la actual jurisprudencia, FERNÁNDEZ GARCÍA: “La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuentes: aspectos procesales”, cit., pág. 223, consideraba que la obtención subrepticia de muestras o el apoderamiento de las mismas sin consentimiento del interesado a fin de realizar pruebas de ADN debería castigarse como delito contra la intimidad, agravado en caso de difundir los resultados de las mismas.

⁶⁰⁹ Seguida, desde entonces, entre otras resoluciones, además de las sentencias citadas en el texto, por autos del Tribunal Supremo de fecha 8 de marzo de 2006, núm. 821/2006 (f.j.único), 13 de marzo de 2008, núm. 206/2008 (f.j.2) y 1 de marzo de 2012, núm. 434/2012 (f.j.1) y sentencias de 20 de marzo de 2006, núm. 355/2006 (f.j.1); 20 de diciembre de 2006, núm. 1267/2006 (f.j.1) y 27 de noviembre de 2007, núm. 1062/2007 (f.j.3) y, más recientemente, 14 de noviembre de 2012, núm. 882/2012 (f.j.2) y 31 de mayo de 2013, núm. 491/2013 (f.j.1). Un extenso repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este particular, anterior y posterior al citado Acuerdo de fecha 31 de enero de 2006 y a la entrada en vigor

de 14 de febrero de 2006, núm. 179/2006, resulta que en la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN, conforme al art. 326 LECrim, la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes⁶¹⁰. Así, continúa diciendo la citada sentencia en su fundamento jurídico 3º:

“Las medidas de garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarse, según el orden preferencial siguiente:

- el juez de instrucción en los casos normales,
- en supuestos de peligro de desaparición de la prueba, también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282.

No obstante, esta Sala estima oportuno interpretar de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1º del mentado art. 282 al que remite el art. 326, que debe verse enriquecido con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos (véase Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, art. 11.1.g; y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, art. 4º).

Todavía habría que plantearse los supuestos en que sin ordenarlo el juez instructor y sin existir riesgo de que la prueba se pierda o desaparezca, intervenga la policía y conforme a sus protocolos proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados.

En estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía, como fue el caso contemplado por la reseñada sentencia de esta Sala núm. 501 de 19 de abril de 2005.”

Ni que decir tiene, tras lo que venimos exponiendo en este apartado, que no existe justificación alguna para la obtención de este tipo de muestras biológicas del sospechoso por parte de la Policía Judicial. Entiéndase bien, lo que se cuestiona no es si

de la LO 10/2007, de 8 de octubre, puede verse en la SAP Baleares, sec. 1ª, de 4 de febrero de 2013 (f.j. 3 y 4).

⁶¹⁰ En este orden de cosas, cabe recordar que el Tribunal Supremo ya había establecido, entre otras, en sentencia de 27 de abril de 2000, núm. 715/2000, que la función de búsqueda, recogida y conservación de huellas dactilares no entra en el ámbito de conocimientos y experiencia del juzgador, sino en el del personal técnico especializado de la Policía Judicial, conforme a los artículos 326 y concordantes de la LECrim, en relación con los artículos 282 y 786.2 de la misma y con el RD 769/1987 regulador de las funciones de la Policía Judicial, por lo que la circunstancia de no haberse recogido tales huellas por la autoridad judicial no invalidaba la prueba dactiloscópica (f.j.2). Con todo, debe tenerse presente que se estaba refiriendo a huellas halladas en el lugar de los hechos, no de huellas dejadas con posterioridad en otros lugares por el sospechoso, que es lo que ocurre con las muestras biológicas “abandonadas” a las que ahora se hace referencia.

la Policía Judicial puede recogerlas en caso de posible pérdida, degradación o contaminación por no ser recogidas con inmediatez – motivos reales de urgencia que, en su caso, deberían acreditarse⁶¹¹ –, sino la circunstancia de que acuda a este efugio para obtener tales muestras en lugar de utilizar los cauces existentes para ello.

Por ello entendemos que, contrariamente a lo que postula la transcrita sentencia, una tal diligencia sería nula⁶¹², sin tener que analizar la garantía de la cadena de custodia, puesto que el primer eslabón de dicha cadena, la obtención de la muestra biológica “abandonada” por el sospechoso como muestra “indubitada”, sin que exista urgencia para ello⁶¹³, carece de toda garantía⁶¹⁴. La garantía es obtener la muestra indubitada, ya sea con el consentimiento del imputado, ya sea en virtud de su acatamiento a la resolución judicial que la haya acordado, en presencia del secretario judicial que documente su práctica, dando fe de ello e iniciándose, a partir de entonces, una vez debidamente reseñada la muestra, la correspondiente cadena de custodia. ¿Qué garantía existe, en caso contrario, de que la muestra pertenece al sospechoso y de su correcto modo de obtención? Únicamente el testimonio del agente policial que la ha “hallado” abandonada⁶¹⁵. ¿Es ello suficiente? No lo parece⁶¹⁶.

⁶¹¹ Así, REVERÓN PALENZUELA: “La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales”, cit., pág. 105, debiendo “garantizarse a posteriori la intervención judicial sobre todo para las cuestiones relativas a la decisión de ordenar la práctica del posible análisis y la observancia escrupulosa de los aspectos derivados de la llamada ‘cadena de custodia’ como lo es la acreditación de la pertenencia de dicha muestra al sujeto implicado, su adecuada recogida, conservación y manejo.” En parecidos términos, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 97-99.

⁶¹² En contra, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 99, para quienes la prueba así obtenida no sería una prueba ilícita, sino una prueba ilegal (irregular o defectuosa).

⁶¹³ Recuérdese, una vez más, que la Policía Judicial ha de actuar en sus funciones de investigación penal bajo la dirección de los Juzgados y Tribunales y del Ministerio Fiscal (art. 550.1 LOPJ) y que sólo el peligro de desaparición de las huellas o vestigios biológicos habilita a la policía a actuar a prevención (art. 326, en relación con el art. 282 LECrim). Peligro de desaparición de los efectos, instrumentos o pruebas del delito que se establece también como presupuesto habilitante de la actuación de la Policía Judicial en el artículo 770 LECrim (regla 3ª) que deberá recogerlos y custodiarlos para ponerlos a disposición de la autoridad judicial.

⁶¹⁴ Por ello sostiene para estos casos Arantza LIBANO BERISTAIN: “El análisis de ADN (sin necesidad de intervención corporal) en el ámbito del proceso penal”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, (coord. Juan Antonio Robles Garzón y Manuel Pascual Ortells Ramos), vol. 2 (Comunicaciones), Málaga, 2006, pág. 112, la necesidad de algún tipo de control que podría ser, en casos de urgencia, incluso posterior a la misma recogida de la muestra. Es más, a su entender, la recogida de tomas espontáneas podría tener cabida dentro del régimen previsto en el artículo 363 LECrim, lo que comportaría la necesidad de autorización judicial motivada para llevar a cabo tal recogida.

⁶¹⁵ Como advierte Jordi NIEVA FENOLL: “Algunas sugerencias acerca de la práctica y valoración de la prueba de perfil de ADN”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2012, núm. 93, respecto al problema de la «cadena de custodia», tras poner de relieve la enorme falta de fiabilidad en la aparición, recogida y posterior custodia del vestigio biológico, “la fiabilidad de dicha «cadena» depende, en el fondo, de la honestidad del testimonio de los participantes en la misma.”

⁶¹⁶ Véase, en este sentido, Jordi NIEVA FENOLL: “El discutido valor probatorio de las diligencias policiales”, *La Ley*, 2007, tomo 4, marg. D-195, págs. 1652-1666, donde pone de relieve las carencias de las diligencias policiales en cuanto a la falta de garantías de su fidedignidad, así como los factores que

Como expuso la cuestionada STS de 19 de abril de 2005 (f.j.3), conforme a la LECrim, es a la autoridad judicial a quien corresponde la práctica de las actuaciones de contenido procesal autenticándolas documentalmente mediante la presencia del secretario judicial como fedatario público (así también, con anterioridad, STS de 14 de abril de 1997, núm. 510/1997, f.j.2, con cita de la STC 303/1993), sin que quepa interpretar el artículo 282 LECrim, al que se remite el 326, hasta el punto de considerar innecesaria la orden judicial para la recogida de muestras, máxime cuando éstas han de ser las indubitadas⁶¹⁷, si no existe peligro de desaparición de las mismas, esto es, si no concurre el presupuesto de la urgencia en la actuación policial.

Sin embargo, con anterioridad, la misma Sala en sentencia de 14 de octubre de 2005, núm. 1311/2005, ya había considerado innecesaria la autorización judicial para la recogida de muestras espontáneas del sospechoso, concretamente, restos de saliva escupidos por el detenido cuando salía de una de las celdas de comisaría, los cuales fueron recogidos por la Policía:

“... no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una forma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal” (f.j.1).

Criterio seguido por la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 30 de noviembre de 2005, respecto a las muestras y huellas biológicas recogidas de colillas arrojadas al suelo y el vaso utilizado por uno de los acusados, posteriormente confirmada en este extremo por la STS de 4 de octubre de 2006, núm. 949/2006. Doctrina reiterada por otras sentencias de la Audiencia Nacional – 26 de abril de 2006 (colilla arrojada desde un vehículo), 13 de marzo de 2007 (dos esputos y colilla) y 12 de noviembre de 2009 (restos de ADN en esputo y en un vaso) – e, igualmente, acogida por las Audiencias Provinciales de Madrid, sec. 1ª, de 9 de octubre de 2006 (colilla abandonada en un cenicero) y de Vizcaya, sec. 1ª, de 23 de noviembre de 2007.

Esta última, respecto a la recogida de dos colillas de cigarrillos fumadas por el sospechoso en comisaría y recogidas por la policía, sostiene que para ello no es necesario el consentimiento del sospechoso, tal como estableció el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 14 de febrero de 2006, núm. 179/2006, cuando afirmó que “ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial. En el caso de autos, una colilla arrojada por los

condicionan ineludiblemente la objetividad e imparcialidad de la labor policial y, consiguientemente, las declaraciones testificales de los agentes intervinientes en la investigación.

⁶¹⁷ En parecidos términos, ETXEBERRIA GURIDI: “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte II)”, cit., págs. 119-123. En contra, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 101, para quienes lo relevante es que se haya garantizado la cadena de custodia aunque en la recogida se haya cometido una infracción procesal.

recurrentes se convierte en „res nullius“ y por ende accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos.” (f.j.3)

No cabe duda de la buena intención de esta jurisprudencia en orden a la persecución de los delitos y de los delincuentes, pero tampoco cabe duda de que supone una devaluación de las garantías exigibles en la obtención de muestras biológicas del sospechoso⁶¹⁸. Garantías que, a nuestro entender, no quedan subsanadas con la declaración testifical de los agentes intervinientes en la recogida de las muestras y mucho menos en aquellos casos en que ni siquiera se ha constatado en el atestado las circunstancias en las que tuvo lugar tal recogida, contrariamente a lo establecido por el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de diciembre de 2009, núm. 1190/2009.

Por ello, cuando menos, las diligencias policiales habrán de precisar el objeto recogido, el lugar donde éste se encontraba y las circunstancias necesarias que acrediten la pertenencia a la persona a quien se atribuyen las muestras obtenidas. Tales garantías, exigidas por la STS de 19 de abril de 2005, núm. 501/2005, deben ser igualmente observadas aunque, a diferencia de la decisión adoptada entonces en esa sentencia, posteriormente, no se haya considerado necesaria la intervención de la autoridad judicial en la recogida de muestras o tan siquiera su autorización⁶¹⁹.

La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN parece abundar en esta idea de eludir la intervención judicial cuando en su D.A. 3ª faculta a la Policía Judicial para proceder a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, de modo que sólo cuando el afectado no preste su consentimiento a dicha toma de muestras se recurra a la autorización judicial⁶²⁰:

⁶¹⁸ Sobre este particular, vid. Arantza LIBANO BERISTAIN: “La intervención judicial en la prueba de ADN (Comentario a las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 501/2005, de 19 de abril de 2005 y n.º 1311/2005, de 14 de octubre de 2005)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 23, 2005, págs. 193-207. También se muestra disconforme con la interpretación del Tribunal Supremo, RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., págs. 262-263, dado que la misma supone dejar en manos de la Policía “no sólo la oportunidad de la práctica de la recogida, sino el propio juicio de proporcionalidad que motiva la intervención en sí misma, mermando y postergando sus posibilidades de contradicción y defensa y dejando sin resolver el problema de la documentación y autenticación de las fuentes de prueba recogidas. Así también, anteriormente, con LOZANO-HIGUERO PINTO: “Algunas cuestiones sobre la validez e incorporación probatoria en el proceso penal de los perfiles de ADN. En particular la indefinición del status del sujeto pasivo de la medida”, cit., pág. 140.

⁶¹⁹ La citada sentencia estimó, además, ilícita la prueba pericial al no haber existido resolución judicial que ordenara o autorizara la práctica del análisis de ADN y consideró, finalmente, que se había producido una clara indefensión a la parte luego acusada al no haber participado en tal diligencia y no poder conocer las circunstancias concretas de la recogida de restos que podrían haberle servido para proponer pruebas o realizar alegaciones en su momento (f.j.3 y 4), máxime cuando en el atestado correspondiente no había mención alguna a tal recogida.

⁶²⁰ Para FIGUEROA NAVARRO: “Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN”, cit., pág. 11, “con ello se ha venido a paliar la grave anomia legal existente en materia de toma de muestras biológicas para la determinación de un perfil de ADN, y a respaldar la actuación policial en las diligencias de investigación de graves delitos, otorgando plena eficacia a las pruebas obtenidas por la Policía Judicial sin previa autorización judicial.” Para MARTÍN PASTOR: “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal”, cit., pág. 60, se da cobertura legal al Acuerdo del Tribunal Supremo sobre la prueba de ADN y a la última jurisprudencia de dicho tribunal.

“Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito⁶²¹. 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 Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Para el Tribunal Supremo este precepto, pese a que deja sin resolver algunas cuestiones todavía pendientes, tiene la virtud de clarificar, acogiendo el criterio proclamado por la Sala de lo Penal, el régimen jurídico de la toma de muestras para la obtención del ADN. Así, según la sentencia de 7 de julio de 2010, núm. 685/2010, de acuerdo con su contenido, habrá que distinguir varios supuestos:

a) En primer lugar, 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. 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.

b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, 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 imputado.

c) En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste 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. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita – hoy por hoy, inexistente – que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados.” (f.j.2)

Obsérvese cómo, a diferencia del artículo 326 LECrim, en la transcrita DA 3ª de la LO 10/2007 únicamente se habla de la Policía Judicial, no del médico forense, y que – y ello es lo más relevante – no se prevé la actuación de aquélla por orden de la

⁶²¹ Para LIBANO BERISTAIN: “La diligencia de perfiles de ADN en el proceso penal. Especial consideración de dos supuestos excepcionales”, cit., págs. 605-606, con la lacónica expresión “así como del lugar del delito” se han equiparado los casos en que la muestra se obtiene indirectamente del imputado (por hallarnos ante una toma externa) y la recogida del lugar de los hechos, mezclando, en contra del criterio de la LECrim, las dos modalidades de muestras: la indubitada y la debitada.

autoridad judicial sino, más bien, como una función propia de la Policía Judicial en el marco de la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de dicha Ley⁶²². Como diría ÁLVAREZ DE NEYRA, “un régimen más suave” que el previsto en la LECrim y exigido por cierta doctrina y jurisprudencia que sanciona con la nulidad la diligencia de toma de muestras directamente por la policía sin orden judicial y sin concurrir la nota de urgencia⁶²³.

El problema se acrecienta si, además, se admite que el examen de tales muestras sea realizado también por la Policía Judicial, porque una cosa es recoger tales muestras e, incluso custodiarlas, en caso de peligro de desaparición, como previene el artículo 282 LECrim al que se remite el citado artículo 326, para ponerlas a disposición judicial y, otra muy distinta, analizarlas. Por ello, ETXEBERRIA GURIDI postula también para estos supuestos la reserva judicial en base a los antecedentes legislativos de la reforma de dicho precepto y la inexistencia en la ulterior LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, de habilitación legal expresa a la Policía Judicial para practicar análisis de ADN en sus laboratorios por propia iniciativa, sin olvidar la posible incidencia en distintos derechos fundamentales⁶²⁴.

⁶²² Para MARTÍN PASTOR: “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal”, cit., pág. 46, por aplicación de dicha disposición adicional, las muestras dubitadas del lugar del delito podrán ser tomadas directamente por la Policía Judicial, sin intervención judicial, pero garantizándose en todo caso la cadena de custodia.

⁶²³ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER: *La prueba de ADN en el proceso penal*, cit., pág. 43.

⁶²⁴ ETXEBERRIA GURIDI: “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte II)”, cit., págs. 108-110. Siguiendo a este autor, ROMEO CASABONA: “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del Derecho español”, cit., pág. 448, y, posteriormente, con ROMEO MALANDA en *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 103, para quienes, ahora sí, la falta de resolución judicial ordenando la práctica del correspondiente análisis pericial convertiría la prueba de ADN en una prueba ilícitamente obtenida por infracción del artículo 11.1 LOPJ al vulnerarse el derecho fundamental a la intimidad. También, GARCÍA: “Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN: Antecedentes históricos y visión genética”, cit., pág. 194, considera que para el análisis de tales muestras debería contarse, en todo caso, con la autorización judicial previa, en auto motivado. Así también, Juan Carlos SUÁREZ-QUIÑONES FERNÁNDEZ: “Nuevos retos biológicos en la investigación criminal”, *Locus Apellationis (Boletín informativo del Ilustre Colegio de Abogados de León)*, núm. 54, enero 2009, pág. 26.

Por el contrario, la SAP Madrid, sec. 3ª, de 8 de marzo de 2012, consideró que no había existido vicio de nulidad en el análisis de ADN practicado por la Policía Científica a pesar de haber excedido los términos del mandato judicial recibido que únicamente interesaba el análisis del arma del delito (un cuchillo) “a los efectos de localizar las posibles huellas dactilares que estuvieran impresionadas”. Para el tribunal, dicho organismo llevó a cabo los subsiguientes análisis con inadvertencia de los términos comprendidos en el citado oficio “posiblemente por tratarse de la práctica habitual”, circunstancia no constitutiva de nulidad alguna excluyente de los resultados de un análisis científico efectivamente practicado, “pues ninguna norma legal impone este efecto” (f.j.3). Decisión, por cierto, confirmada por el Tribunal Supremo en auto de fecha 28 de junio de 2012, núm. 1039/2012, inadmitiendo el recurso de casación formalizado por el recurrente, entre otros motivos, por considerar que la prueba de ADN era nula por haberse excedido la Policía Judicial de los términos del mandato judicial que ordenaba el cotejo de huellas, porque, si bien no constaba autorización judicial previa para el análisis de ADN del cuchillo, la realización de la prueba no había causado indefensión a la parte recurrente, puesto que había podido cuestionar dicha prueba en el juicio oral.

Así pues, tras el Acuerdo de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 y la LO 10/2007, la intervención judicial ha quedado reducida a mínimos, por no decir directamente, eliminada, en lo que a la obtención de muestras biológicas del sospechoso se refiere. En efecto, sólo en los casos en que la Policía Judicial no pueda obtener tales muestras por falta del consentimiento del sospechoso, detenido o imputado ni tampoco pueda recoger alguna de tales muestras “abandonadas” por éstos, se acudirá a solicitar la correspondiente intervención corporal a la autoridad judicial.

Huelga decir que es mucho 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 “abandonada” u ofreciéndole un vaso de agua para luego recoger sus restos de saliva⁶²⁵, que impetrar el auxilio judicial, más aún si tenemos en cuenta el problema no resuelto de la dificultad de ejecutar tal medida en caso de negativa recalcitrante del sospechoso a consentir su práctica. 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 menores⁶²⁶. Solución práctica que no podemos compartir dada la absoluta falta de garantías en la toma de dichas muestras⁶²⁷.

Como colofón, simplemente reseñar que la reserva jurisdiccional es absoluta en los procesos de filiación⁶²⁸ en los que las pruebas biológicas son acordadas por la autoridad judicial precisamente como medios de prueba, excepto si resultan impertinentes o inútiles (art. 566 LEC). A dicha exclusividad jurisdiccional en el acto de decidir la realización de la prueba se añade, según la STC 7/1994, de 17 de enero, como precaución para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torticeras, el control judicial en la admisión de la demanda que deberá presentar un principio de prueba de los hechos en que se funde (art. 127.2 CC). Todo ello conducirá a que “la autoridad judicial sólo disponga la realización de pruebas biológicas cuando, a la vista

⁶²⁵ Así, por ejemplo, el 13 de agosto de 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 los fundamentos jurídicos 2º y 3º de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2012, núm. 607/2012, desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria de la Sala de lo Penal, sec. 3ª, de la Audiencia Nacional dictada en fecha 7 de diciembre de 2011.

⁶²⁶ 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: *Un detective llamado ADN*, cit., pág. 16.

⁶²⁷ Contrariamente, a favor de esta práctica, Miguel ARMENTEROS LEÓN: “Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal”, *La Ley*, núm. 6738, 19 de junio de 2007, ref. D-144, pág. 1887.

⁶²⁸ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 266.

de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible” (f.j.4).

3. 2. Motivación de la resolución judicial

Las resoluciones judiciales limitativas o restrictivas de derechos fundamentales y libertades públicas han de estar especialmente motivadas⁶²⁹. No basta cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial. En palabras de la STC 207/1996, de 16 de diciembre:

“La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida” (f.j.4 D).

Cabe distinguir así dos niveles de motivación: uno, genérico, derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, aplicable a cualquier resolución que contenga una decisión judicial⁶³⁰ y, otro, más específico, derivado de la protección constitucional de los derechos y libertades públicas, aplicable a toda resolución que limite o restrinja los mismos⁶³¹.

⁶²⁹ Para un juicio valorativo crítico de los argumentos históricamente utilizados a favor y en contra de la motivación de las resoluciones judiciales, así como sobre las funciones interna y externa de la motivación, vid. Ernesto PEDRAZ PENALVA: “Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales y su actual valoración”, *Revista General de Derecho*, núm. 586-587, julio-agosto 1993, págs. 7223-7270. Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO: “La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, núm. especial VI, CGPJ, Madrid, 1989, págs. 57-59, expone las múltiples funciones de la motivación de la resolución judicial: fomenta y (garantiza) la reflexión; contribuye al fortalecimiento de la proscripción de la arbitrariedad de la actuación de los poderes públicos; satisface el derecho de las partes y la tutela judicial; da cuenta del modo en que se ejercita la potestad jurisdiccional al Pueblo, titular de ésta; permite el control de las resoluciones judiciales; permite la revisión de la valoración judicial en apelación y el control casacional del manifiesto error en la apreciación de la prueba y, extraprocesalmente, potencia el control de la actividad judicial mediante la crítica pública de sus actuaciones.

⁶³⁰ En este sentido, Jerónimo AROZAMENA SIERRA: “Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional”, *Poder Judicial*, núm. 35, septiembre 1994, págs. 29-30.

⁶³¹ Este deber de motivación no tiene, pues, su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales derivada del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 en relación con el artículo 120.3 CE). Así, PALACIOS CRIADO: “Diligencias que afectan a derechos fundamentales”, cit., pág. 246; ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 363: “La obligación de motivar las resoluciones judiciales por las que, como en el caso de las intervenciones corporales, se incide en la esfera de los derechos fundamentales de la persona, descansa, precisamente, en esta condición de fundamentales y esenciales que cabe predicar de los derechos afectados”.

Lo mismo ocurre en materia de actos administrativos. Cuando se trata de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales, el deber de motivación adquiere una dimensión constitucional, frente a la regla general conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de la legalidad ordinaria (STC 70/2009, de 23 de marzo, f.j.4, con cita de las SSTC 7/1998, de 13 de febrero, f.j.6 y 236/2007, de 7 de noviembre, f.j.12).

En este sentido, la STC 157/1997, de 29 de septiembre, tras afirmar que la resolución que decreta una prisión provisional ha de estar suficientemente motivada y analizar si en el caso concreto concurren los elementos subjetivos y objetivos exigidos por la jurisprudencia constitucional, añadía:

“De esta manera se distingue la fundamentación de las resoluciones, que, en general, ha de exigirse en los supuestos del art. 24.1 CE, en los términos establecidos en la doctrina de este Tribunal y la exigencia de proporcionalidad, también motivada, en los casos en los que los Jueces han de tomar una concreta medida restrictiva de derechos fundamentales: prisión provisional, interceptación de correspondencia y telefónicas, entrada y registro en un domicilio, intervenciones corporales en las que, como acaba de señalarse y de acuerdo con dicha jurisprudencia, es el juicio de ponderación el que prevalece por encima de cualquier otra consideración” (f.j.5).

Así pues, la restricción del ejercicio de un derecho fundamental ha de tener una causa específica y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse a fin de que los destinatarios conozcan los motivos por los cuales se sacrificó su derecho (así es desde la STC 26/1981, de 17 de julio, f.j.14). Por ello, como dice, entre otras la STC 47/2000, de 17 de febrero, con cita de la STC 52/1995, de 23 de febrero, “la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho” (f.j.7). En consecuencia, la falta o insuficiencia de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, por sí sola, lesiona los derechos afectados (así, entre otras muchas, SSTC 247/2006, de 24 de julio, f.j.8).

Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO la motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas ha de ser particularmente estricta y exteriorizar no sólo las reflexiones relativas a la interpretación jurídica de las normas, sino también los criterios decisivos para la subsunción de los hechos enjuiciados, revistiendo forma de sentencia o auto⁶³². De este modo, la incompatibilidad de la medida en cuanto a su forma con el derecho fundamental afectado comportará la nulidad de la resolución⁶³³.

⁶³² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., págs. 147-149. Las intervenciones corporales toda vez que constituyen actos de investigación que afectan, en mayor o menor medida, derechos fundamentales se adoptarán, pues, en forma de auto, dada la exigencia intrínseca de motivación de esta clase de resoluciones judiciales (art. 248.2 LOPJ). ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 351-354.

⁶³³ Por este motivo, la STC 37/1989, de 15 de febrero, tras recordar la doctrina constitucional según la cual el respeto de la regla de la proporcionalidad de sacrificios en la limitación de los derechos fundamentales exige la motivación de la resolución judicial, anula la providencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Málaga que había acordado la práctica de determinadas actuaciones sumariales, en concreto, interrogatorio de la recurrente y reconocimiento médico forense, a fin de determinar indicios de una posible interrupción voluntaria de embarazo constitutiva de un delito de aborto: “El mandato judicial para que la actora se sometiera a examen médico-forense se presentó, ya por esta carencia de motivación, como una decisión ajena a toda ponderación de la necesidad de la medida, y de su proporcionalidad, por referencia al derecho que tan gravemente se acordó limitar, pues tal mandato se formuló en el cuerpo de un exhorto que tan sólo indicó, en lo que aquí importa, „se interesa que sea

Así, por ejemplo, la STC 25/2005, de 14 de febrero, consideró ajena a toda ponderación de la necesidad de la medida y de su proporcionalidad la providencia dictada por el juez instructor, carente de motivación, interesando del centro hospitalario en el que el conductor del ciclomotor que había arrollado a un peatón había sido ingresado, la remisión de los resultados del análisis de sangre que se le había efectuado para que el médico forense emitiera dictamen pericial sobre la tasa de alcohol en sangre (f.j.6d). Pese a la concurrencia de los restantes requisitos del principio de proporcionalidad, el Tribunal otorgó el amparo dada la incompatibilidad de la inmotivada providencia con el derecho fundamental del demandante a que su intimidad personal no fuese afectada sino con las garantías constitucionalmente exigibles⁶³⁴.

El defecto formal de la resolución comporta su falta de motivación y, en consecuencia, la ilicitud de la prueba así obtenida⁶³⁵. El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 21 de junio de 1994, núm. 1261/1994, resolviendo el recurso de casación

reconocida (la actora), por el Médico Forense sobre dicho extremo". Estas carencias son, de otra parte, también patentes en la providencia de 10 de febrero de 1987, dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera en cumplimiento de lo interesado en el exhorto, limitándose entonces la resolución del Juez exhortado, ante la inicial incomparecencia de doña X.Y.Z. a ordenar que se expidiera cédula para que, en el siguiente día, fuese aquélla reconocida por el Médico Forense. De lo anterior se sigue, como es notorio, la incompatibilidad en cuanto a su forma, tanto de la resolución impugnada, como la de que en su cumplimiento se dictó, con el derecho fundamental de la actora a que su intimidad personal no fuese afectada sino con las garantías que quedan reseñadas, lo que impone la concesión, en cuanto a este extremo, del amparo solicitado..." (f.j.8).

⁶³⁴ En aplicación de esta doctrina, la SAP Tarragona, sec. 2ª, de 29 de marzo de 2012, en un caso semejante, excluye del acervo probatorio la analítica sanguínea y la prueba médico forense que de ella se deriva por cuanto la decisión judicial de oficiar al Hospital Universitario Sant Joan de Reus a fin de aportar a las actuaciones el informe médico relativo a la asistencia practicada al denunciado incluyendo la analítica sanguínea efectuada adolecía "de cualquier motivación o ponderación de los indicios concurrentes, de cualquier justificación sobre la necesidad de su práctica y de la debida proporcionalidad de la medida" (f.j.1). Ausencia de motivación que comportaba indefectiblemente la vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Así también, con anterioridad, la misma Audiencia Provincial en sentencia de 16 de septiembre de 2010 (f.j.1), si bien, en este caso, a diferencia del anterior donde la diligencia se había acordado en el seno del auto de reapertura de las actuaciones a raíz de la denuncia del perjudicado, se trataba de una mera providencia, como fue el caso también de la SAP Baleares, sec. 1ª, de 7 de mayo de 2010 (f.j.2). Y si ésta carecía de motivación, más aún la diligencia del secretario judicial reclamando al Director del Hospital, a instancia de la Guardia Civil, la determinación de niveles de presencia de alcohol o estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias estimulantes a la analítica practicada después de sacar sangre, con fines terapéuticos, al conductor lesionado, sin constar acreditada la urgencia de la petición policial, como fue el caso examinado por la SAP Baleares, sec. 2ª, de 24 de mayo de 2010 (f.j.1). También declaró nula por falta de motivación de las providencias dictadas por el Juzgado de Instrucción que acordaron requerir al Hospital Militar de Melilla para que remitiera a los autos la analítica practicada al acusado que inmediatamente después del accidente había sido trasladado al Hospital y a quien se le había practicado, a instancias del servicio médico facultativo, una analítica de sangre completa, con inclusión de la presencia de drogas de abuso, con resultado positivo de cocaína y cannabis, la SAP Málaga, sec. 7ª, de 19 de enero de 2012, por cuanto tales resoluciones judiciales no motivaron lo más mínimo la razón de la necesidad de la información: "ni se recabó el consentimiento, ni la resolución judicial que lo suple ha sido debidamente fundamentada y razonada debidamente" (f.j.1).

⁶³⁵ Así, por ejemplo, la STC 85/1994, de 14 de marzo, consideró ilícita la prueba obtenida gracias a una intervención telefónica acordada por simple providencia ayuna de motivación y sin prórrogas autorizadas posteriores pese a ser solicitadas (f.j.3) y, por su parte, la STC 181/1995, de 11 de diciembre, calificó igualmente de ilícita por falta de motivación de la resolución la prueba obtenida en virtud de una prórroga de intervención telefónica acordada mediante simple providencia (f.j.6).

interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que consideró obtenida con vulneración de derechos fundamentales la toma de sangre del imputado a fin de determinar su grupo sanguíneo “con fines exculpatorios”, tuvo también ocasión de pronunciarse sobre las consecuencias de la falta de motivación de la providencia que acordó dicha medida:

“En cuanto se trata de una intervención corporal que afecta a los derechos fundamentales a la integridad física y corporal (art. 15 de la CE) y a la intimidad (art. 18.1 de la CE) requiere inexcusablemente un control judicial mediante auto motivado conforme a lo establecido en el art. 120.3 de la misma norma suprema del ordenamiento jurídico español. Y ello no se ha cumplido en este caso, pues la resolución acordando la práctica de la diligencia es una simple providencia y, como tal (arts. 141, párrafo 6º, de la LECr y 248.1 de la LOPJ), carente de motivación o fundamentación. Se está así ante una primera carencia en orden a las exigencias constitucionales en orden al proceso justo o debido legalmente que establece el art. 24 de la tantas veces citada CE.” (f.j.1)

Ello no significa, sin embargo, que el simple hecho de revestir forma de auto suponga el cumplimiento del requisito⁶³⁶. Dicho requisito sólo se entenderá cumplido si la medida restrictiva expresa el juicio de ponderación entre los derechos fundamentales afectados y los intereses constitucionalmente protegidos y perseguidos⁶³⁷.

⁶³⁶ Así, la STC 126/1995, de 25 de julio, consideró prueba ilícita la obtenida en virtud de una entrada y registro domiciliario por total falta de motivación del auto (f.j.4). Igualmente, la STC 139/1999, de 22 de julio, con cita de la anterior, declaró la nulidad de la entrada y registro domiciliario dado que el auto del Juzgado de Instrucción que autorizó la medida “no satisfizo ni siquiera mínimamente las exigencias de motivación, derivadas de su derecho constitucional a la inviolabilidad del mismo” (f.j.2). Del mismo modo, la STC 8/2000, de 17 de enero, declaró vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio por falta de motivación de la resolución judicial que “ni por sí misma ni integrada con la solicitud policial, exteriorizó los extremos necesarios para considerar que existían sospechas y no meras conjeturas de la comisión de un delito y de la conexión de la persona investigado con el mismo” (f.j.6) y la STC 136/2000, de 29 de mayo, consideró igualmente vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio por “falta de expresión de las circunstancias que pudieran sustentar la conexión entre la causa justificativa de la medida y la medida misma” (f.j.5). En materia de intervenciones telefónicas, la STC 171/1999, de 27 de septiembre, declaró vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones por insuficiente motivación de los autos de autorización y prórroga de las escuchas telefónicas en virtud de la falta de exteriorización de los indicios delictivos (f.j.8) y la STC 299/2000, de 11 de diciembre, declaró igualmente vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones por falta de motivación de los autos que autorizaron las intervenciones telefónicas por no expresar los datos objetivos indiciarios y remitirse a la solicitud policial también insuficiente (f.j.6). Igualmente, la STC 261/2005, de 24 de octubre, consideró insuficientemente motivadas las resoluciones de los Juzgados de Instrucción que acordaron las intervenciones telefónicas por cuanto se trataba de resoluciones estereotipadas que no particularizaban (ni incluso integradas con la solicitud de la Guardia Civil) los elementos objetivos en que se basaba la supuesta existencia de indicios racionales del delito objeto de investigación y la conexión del afectado con el delito. También consideró insuficientemente motivadas las dos primeras resoluciones que acordaron las intervenciones telefónicas, la STC 197/2009, de 28 de septiembre, porque no expresaban, ni siquiera de forma genérica, los datos objetivos que pudieran considerarse indicio de la existencia del delito y su conexión con la persona cuyas comunicaciones se intervenían (f.j.5).

⁶³⁷ Así, la STC 239/1999, de 20 de diciembre, tras recordar que una medida singular de limitación de un derecho fundamental tan severa, como es la expedición de un mandamiento judicial de entrada y registro en un domicilio, para no incurrir en tal arbitrariedad, y, por consiguiente, en infracción del art. 18.2 C.E., debe exponer las razones que justifican dicha medida y en qué términos debe llevarse a cabo, añade:

“Esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre el sacrificio que se le impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentado la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental

El contenido de la resolución judicial que acuerda una medida de intervención corporal, según ETXEBERRIA GURIDI, ha de expresar una justificada relación fáctica de la que pueda derivarse el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el principio de proporcionalidad. Las circunstancias que expliciten la decisión judicial han de constar en la resolución: el grado y fundamento de la imputación, la gravedad del delito, los criterios indicadores del interés estatal de persecución penal, los derechos e intereses del particular afectado... Asimismo, ha de determinar la diligencia concreta que se ha de ejecutar y el resultado o finalidad pretendido, sin perjuicio del previo asesoramiento práctico sobre su adecuación⁶³⁸.

En definitiva, la resolución judicial que autorice una investigación corporal ha de exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la injerencia y los términos en que debe llevarse a cabo, esto es, debe poner de manifiesto el juicio de proporcionalidad exigible para todo acto limitativo de un derecho fundamental. Razones fácticas y jurídicas que deben expresarse directamente sin utilizar el indeseable mecanismo de la remisión, aunque constitucionalmente pueda otorgarse validez a la resolución judicial integrándola con la solicitud policial siempre que ésta sea suficiente⁶³⁹.

limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, 13/1985, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 177/1998, 18/1999). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (SSTC 181/1995, fundamento jurídico 5.º; 290/1994, fundamento jurídico 3.º; ATC 30/1998, fundamento jurídico 4.º). A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarla la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente, teniendo en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal; y sin que sea necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una *noticia criminis* alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión (STC 47/1998, fundamento jurídico 3.º) (la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido); la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos (su necesidad para alcanzar el fin perseguido); y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término se fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos (STC 81/1998), pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos a falta de otra indicación en el precepto constitucional sobre sus límites (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).” (f.j.5).

⁶³⁸ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 372-375.

⁶³⁹ En cualquier caso, deberá tenerse en cuenta la distinción que la STC 239/1999, de 20 de diciembre, realizaba entre la expresa remisión al oficio policial y la integración de éste con la resolución judicial: “Resta, por último, analizar si el órgano judicial cumple con su obligación de motivar en estos casos, bien con la remisión al oficio policial que interesó dicha medida o bien, sin necesidad de que esa remisión sea explícita, mediante una interpretación integrada de la resolución judicial y la petición policial. Pues en efecto, no debe soslayarse la distinción que acaba de hacerse entre la expresa remisión al oficio policial y la integración de éste con la resolución judicial como si de un todo se tratase, ya que si, según las circunstancias, en principio podría ser constitucionalmente lícita la primera de las posibilidades, siempre con las debidas precauciones (SSTC 200/1997, fundamento jurídico 4.º, 49/1999, fundamento jurídico

Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, de 1 de marzo de 2011, pese a reconocer que, ciertamente, habría sido deseable una mayor exteriorización del juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido, considera que la motivación contenida en el auto que solicitó la incorporación de los resultados de la analítica practicada al acusado era suficiente, “a la vista de las antecedentes diligencias ya practicadas y a su remisión formal en el inicio del cuerpo del auto mismo” (f.j.2).

Precisamente por tratarse de una intervención corporal, el artículo 363 LECrim exige que el Juez de instrucción acuerde mediante resolución motivada la obtención de las muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. En dicha resolución, que deberá adoptar la forma de auto, deberá consignar las “acreditadas razones de necesidad” que, conforme a dicho precepto, permiten acordar tal prueba de ADN. Pero, además de su fundamento legal y el fin constitucionalmente legítimo perseguido con tal medida, deberá expresar con detalle el juicio de proporcionalidad explicitando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio de los derechos fundamentales afectados por la medida y la ventaja que se obtendrá de la misma. Deberá precisar con detalle las sospechas fundadas que recaigan sobre el sujeto afectado por la medida y el

10.º, STC 139/1999, fundamento jurídico 2.º), no cabe decir lo mismo de la segunda. La Constitución en su art. 18.2 habilita al órgano judicial en exclusiva para acordar semejante medida restrictiva del derecho a la inviolabilidad de domicilio, y sobre él recae la responsabilidad de la decisión que al respecto tome. Y no estará de más advertir sobre el extremo, ahora trascendente, de que aquí la remisión de una decisión judicial a otra decisión de un poder público no es de índole semejante a las que este Tribunal ha considerado admisibles a los efectos del derecho a una resolución judicial motivada (art. 24.1 C.E., por todos ATC 207/1999 y las allí citadas), dado que aquí la remisión no se hace a otra resolución judicial, sino a un oficio policial. Su función preventiva, con ser la de garante del derecho fundamental en cuestión, no consiste constitucionalmente, ni puede consistir a la luz del art. 18.2 C.E., en una mera supervisión o convalidación de lo pedido y hecho por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Quien adopta la decisión de limitar el derecho fundamental y establece en qué términos tendrá lugar dicha restricción es, constitucionalmente, el órgano judicial, quien no puede excusar su deber de resolver y motivar lo resuelto con la simple remisión a los motivos que aduzca otro poder público no judicial; sin perjuicio de que en ciertos casos y según las circunstancias, en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, le sea posible complementar algunos de los extremos no esenciales de su mandamiento de entrada y registro, es decir, los que no constituyan el juicio de proporcionalidad, con los detalles que se hagan constar en el oficio policial, siempre que éstos también respondan al canon constitucional más arriba expuesto (SSTC 309/1994, 47/1998, fundamento jurídico 33.º, 94/1999; AATC 333/1993, 30/1998; a título general STC 49/1999).

Dicho esto sobre la remisión del mandamiento judicial de entrada y registro domiciliario, resulta evidente que no es de ningún modo aceptable la técnica de integración referida, en la que la motivación de la medida limitativa singular del derecho a la inviolabilidad del domicilio se extrae de la interpretación conjunta de, cuando menos, el oficio policial interesándola y la resolución judicial autorizándola. Semejante técnica no es sino una forma de soslayar la habilitación constitucional del art. 18.2 C.E., donde es patente que, no sólo permite al órgano judicial competente adoptar semejante decisión, sino que, además, le ordena que sea él también quien deba motivarla expresamente. Así pues, no es posible que la falta o deficiente motivación del órgano judicial oportuno sea suplida por una interpretación de conjunto que, en definitiva, vienen a realizar otros órganos judiciales en el proceso penal, distintos de aquél que, con arreglo al art. 18.2 C.E., debió decidir sobre la entrada y registro de un domicilio. Es éste un caso en el que la ausencia y falta de motivación y, en consecuencia, la lesión del concreto derecho fundamental, no puede suplirse ni sanarse en las posibles instancias jurisdiccionales a las que se acuda, pues, en puridad, en esas instancias ya no cabe reparar la lesión infringida al derecho a la inviolabilidad del domicilio convalidando *ex post* una entrada y registro infundados y lesivos del art. 18.2 C.E.” (f.j.6).

juicio sobre la gravedad de los hechos investigados. También deberá expresar las circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución.

Deberá justificar, en suma, la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, esto es, su adecuación cualitativa, cuantitativa y subjetiva; su necesidad para alcanzar tal fin, esto es, su carácter imprescindible para la determinación de los hechos objeto de investigación y la participación en ellos del “sospechoso”, así como la inexistencia de medios alternativos menos onerosos y, en definitiva, su proporcionalidad en el caso concreto, dada la mayor relevancia de los intereses públicos atendida la gravedad del delito, el grado de imputación y la probabilidad de éxito de la medida, entre otras circunstancias a valorar en el caso concreto.

Precisamente por no reunir tales requisitos de motivación, la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, anuló mediante auto de fecha 16 de junio de 2008 las resoluciones dictadas por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Leganés acordando, al amparo del artículo 363.2 LECRim, la toma de muestras biológicas del imputado por basarse simplemente en que el mismo “pudo haber estado en el lugar de los hechos”, sin explicitar la proporcionalidad de la medida en relación con lo que se estaba investigando, la racionalidad de la misma y su necesidad (f.j.2).

Todo ello es necesario desde el momento en que se trata de una medida restrictiva de derechos fundamentales para cuya práctica no se contará, en la mayoría de los casos, tras la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, con el consentimiento del sospechoso, detenido o imputado, pues, como hemos expuesto anteriormente, según la D.A. 3ª de dicha ley, la propia Policía Judicial procederá a la toma de muestras y fluidos para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 y, sólo cuando no se cuente con el consentimiento del afectado, “la toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales... requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Si a la posibilidad de practicar la Policía Judicial por sí misma la toma de muestras biológicas cuando consiente el sospechoso, detenido o imputado, añadimos la práctica, cada vez más en boga, de la toma subrepticia de muestras como recurso ante la falta de consentimiento o, simplemente, como medio de investigación policial – práctica avalada, como hemos expuesto, por el Tribunal Supremo – no parece que vayan a abundar en lo sucesivo las solicitudes policiales de obtención de muestras biológicas.

En cualquier caso, de producirse esa solicitud, como por otra parte sería deseable y más correcto, o de acordarse directamente por el Juez de instrucción como diligencia de investigación, la resolución judicial deberá expresar todas las circunstancias antedichas a fin de cumplir escrupulosamente el requerimiento de motivación. Más aún, si cabe, si se defiende su ejecución forzosa.

En todo caso, la motivación habrá de ser suficiente⁶⁴⁰, sin que esta exigencia deba confundirse con un razonar extenso o prolijo. Bastará con expresar las razones

⁶⁴⁰ Así, Salvador VILATA MENADAS: “La motivación de la resolución judicial. La observancia del precedente”, *Revista General de Derecho*, núm. 604-605, enero-febrero 1995, pág. 163, quien advierte que se trata de un concepto jurídico indeterminado que hará necesario plantearse la cuestión en cada caso

fácticas y jurídicas que permitan conocer cuáles han sido los criterios en que el órgano judicial ha basado su decisión.

Como dice el Tribunal Supremo, la exigencia de motivación debe ponerse en relación con la naturaleza y características del derecho fundamental afectado y con las circunstancias en que se produce la invasión, “por lo cual no supone la necesidad de una determinada extensión, estilo o profundidad en la fundamentación o la precisión de razonar de una concreta manera, siendo suficiente, en general, con que puedan conocerse los motivos de la decisión, lo que permite comprender las razones del sacrificio del derecho fundamental tanto al directamente afectado como a los demás ciudadanos y, en su caso, controlar la corrección de la decisión judicial por vía de recurso. Es por ello que una motivación escueta puede ser suficiente si permite el cumplimiento de estos fines.” (STS 16 de junio de 2004, núm. 774/2004, f.j.1).

4. Requisitos intrínsecos: el principio de proporcionalidad

Vistos los requisitos extrínsecos al contenido de las medidas restrictivas o limitativas de los derechos y libertades (judicialidad y motivación), hay que analizar los requisitos intrínsecos al contenido de la concreta actuación. Esta debe ser idónea, necesaria y proporcionada.

Aplicado el principio de proporcionalidad a la materia que nos ocupa⁶⁴¹, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, tras reiterar la jurisprudencia constitucional relativa a las medidas restrictivas de derechos fundamentales, afirma:

“Así pues, para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los

concreto, en función de su importancia intrínseca y de las cuestiones que plantee, sin olvidar la dimensión subjetiva del autor del razonamiento: “En suma, ha de ponerse de manifiesto la *ratio decidendi* con una imprescindible coherencia lógica”.

⁶⁴¹ Principio de proporcionalidad aplicable cuando de medidas restrictivas de derechos fundamentales se trata como es el caso, por ejemplo, de la intervención de las comunicaciones telefónicas. Por todas, STC 167/2002, de 18 de septiembre, f.j.4: “...este Tribunal tiene declarado, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 6 de septiembre de 1978 -caso *Klass*-, 2 de agosto de 1984 -caso *Malone*-, 24 de abril de 1990 -caso *Kuslin y Huvig*-, 25 de marzo de 1998 -caso *Haldford*-, 25 de marzo de 1998 -caso *Klopp*-, y 30 de julio de 1998 -caso *Valenzuela*), que una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde las perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si [...] la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como, entre otros, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves, y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 54/1996, de 26 de marzo, FFJJ 6 y 7; 123/1997, de 1 de julio, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 6; 14/2001, de 29 de enero, FJ 2; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 2).”

derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes” (f.j.4 E)⁶⁴².

Como ejemplo de aplicación práctica de estos principios cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª, de 29 de diciembre de 2000, la cual consideró proporcionada la prueba de toma de saliva – no extracción de sangre – dada la gravedad y pluralidad de los hechos investigados (abusos sexuales) en relación con la escasa intromisión de la medida en la intimidad del sujeto afectado y nula trascendencia para su salud o integridad física, así como las fundadas sospechas que recaían sobre el imputado, su negativa a ultranza de los hechos y la imprescindible e idoneidad de esa intervención (f.j.8).

Y, en sentido contrario, el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, de 18 de julio de 2007, que consideró totalmente desproporcionada la toma de muestra del epitelio bucal del imputado autorizada por el Juez de Instrucción por cuanto la misma tenía por finalidad investigar la posible participación con anterioridad del detenido “en actividades delictivas similares o en otras englobadas en el terrorismo callejero denominado vulgarmente „kale borroka”, sin concretar siquiera cuáles eran esos “otros hechos” y la participación del detenido en los mismos (f.j.2).

El primero de los requisitos intrínsecos que, a la luz del principio de proporcionalidad, debe reunir toda medida procesal restrictiva de derechos fundamentales es, pues, el principio de idoneidad.

4. 1. *El principio de idoneidad*

Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, el principio de idoneidad “constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación”⁶⁴³.

⁶⁴² Señala MAGALDI PATERNOSTRO: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, cit., pág. 140, que tal construcción guarda evidente relación con el contenido esencial de la causa de justificación del estado de necesidad: “se causa legítimamente un mal (intromisión o ingerencia en la integridad física o moral de una persona que comporta una vulneración de un derecho fundamental) con la finalidad de evitar la realización de otro mal que el Derecho considera de mayor entidad (evitar que un delito quede impune)”.

⁶⁴³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 154, y “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, cit., pág. 199. Así las medidas deben ser, atendido el caso concreto, cualitativamente aptas, cuantitativamente adecuadas y aplicadas previa la individualización de los particulares cuyos derechos sea preciso restringir con objeto de alcanzar los fines previstos. GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 70, en cambio, sólo incluye dentro del estudio del juicio de idoneidad la adecuación cualitativa por entender que lo que GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO denomina adecuación cuantitativa constituye, en realidad, un problema de falta de necesidad estricta, o bien, un

Así, la medida ha de ser adecuada para alcanzar el fin pretendido. Es adecuada cuando su utilización permite alcanzar o se aproxima al resultado pretendido y es inadecuada cuando entorpece el alcance del objetivo proyectado o cuando no despliega absolutamente ninguna eficacia⁶⁴⁴. No es necesaria, pues, una aptitud completa de la medida para ser considerada idónea. La dificultad consistirá en determinar el grado de eficacia exigido por el principio de idoneidad.

Una medida cualitativamente adecuada ha de serlo también en su duración e intensidad respecto al fin perseguido. Uno de los ejemplos más palmarios de tal adecuación temporal se encuentra en el artículo 17.2 CE al establecer que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”. Precepto que se completa con las previsiones establecidas en los artículos 520.1 – la detención (y la prisión provisional) deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido (o preso) en su persona, reputación y patrimonio – y 528 LECrim – el detenido (o preso) será puesto en libertad en cualquier estado de la causa en que resulte su inocencia, estando todas las autoridades que intervengan en el proceso obligadas a dilatar lo menos posible la detención (y la prisión provisional) de los inculcados o procesados.

Desde el punto de vista de las intervenciones corporales, destaca en relación con la exigencia de adecuación del ámbito subjetivo de aplicación de las injerencias la necesaria individualización de los sujetos pasivos de las medidas. Como consecuencia de esta exigencia, no cabe someter a una persona a una intromisión corporal si no existen sospechas fundadas⁶⁴⁵ – cuyo grado dependerá de la gravedad de la medida acordada – que justifiquen tal medida⁶⁴⁶.

problema de proporcionalidad en sentido estricto o, en último término, un exceso en la ejecución de una medida ordenada de manera proporcionada. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 226-228, destaca la adecuación cuantitativa como un criterio de utilidad significativa en materia de intervenciones corporales dado que el elemento cuantitativo incide especialmente sobre derechos fundamentales como la integridad física o la intimidad corporal en caso de intervenciones de carácter médico graduables en intensidad o duración.

⁶⁴⁴ En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, de 4 de mayo de 2000, considera adecuada la prueba de análisis de ADN para obtener el perfil genético del presunto autor de unos delitos contra la libertad sexual: “...en la medida que las víctimas de estos delitos no han podido identificar a su agresor e incluso los marcadores genéticos de uno de los individuos que aparecía como posible sospechoso ha sido descartado por no corresponderse con la huella genética aislada y la persona que se presenta como máximo responsable de estos hechos delictivos no ha reconocido la realidad del encuentro sexual como consentido o aceptado voluntariamente por las agredidas y aunque en una de las agresiones se han podido obtener huellas dactilares del presunto autor de estos hechos y el análisis de los restos de espermias encontrados en las ropas de la víctima de ese concreto hecho se corresponde con el perfil genético que se obtuvo de las muestras analizadas en las otras dos agresiones sexuales anteriores, lo que, tal vez, permitiría atribuir, al menos indiciariamente, la autoría de las tres agresiones enjuiciadas al procesado, en evitación de que se pudiera decir que tales impresiones se asentaron en ese lugar de modo casual y que no tienen necesariamente que corresponderse con el autor de los atentados contra la libertad sexual, no parece que se alberguen dudas sobre la adecuación de la referida diligencia, que por lo dicho se representa ponderada a la intrínseca gravedad y reproche social que merecen los delitos cometidos y a la entidad de las sospechas que recaen sobre la persona del procesado, sobre el que además ya existe una anterior Sentencia condenatoria por un delito de la misma naturaleza que los ahora analizados” (f.j.4).

⁶⁴⁵ Advierte Ricardo MARTÍN MORALES en *El principio constitucional de intervención indiciaria*, “Parte Primera: Teoría General”, pág., 20, que “la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales puede tener lugar, en el curso de actos de investigación pública, aun no concurriendo

En este sentido, la STC 37/1989, de 15 de febrero, disponía en su fundamento jurídico séptimo: "...lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, la delimite, sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso, pues no se acomodaría, ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallan en una posición o situación específica respecto de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone" (f.j.7).

De ahí concluye GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO que la individualización de las medidas debe realizarse sobre la base de las sospechas fundadas que recaigan sobre el imputado o, en caso de medidas dirigidas contra terceros, en virtud de la relación que exista entre su persona y la causa⁶⁴⁷.

La conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado constituye el denominado presupuesto habilitante, un *prius* lógico del principio de proporcionalidad, en términos de la jurisprudencia constitucional, necesario para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés

indicios o sospechas de ilicitud previa". Tales supuestos, muy específicos, no constituyen excepciones al principio de intervención indiciaria – una garantía constitucional, de carácter implícito y transversal, inherente a la noción de Estado de Derecho y que está en la propia esencia de los derechos fundamentales –, sino simples modulaciones puntuales de su contenido. A efectos sistemáticos, agrupa dichos supuestos en nueve tipos distintos de intervención restrictiva: restricción inevitable; restricción imponderada; restricción semi-ponderada; restricción interpuesta; restricción preventiva; restricción contextual; restricción menor; restricción seudo-indiciaria y restricción semi-indiciaria.

⁶⁴⁶ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., págs. 146-147, califica este requisito como "imputación suficiente" que, a la luz del artículo 579 LECrim, reconduce a la existencia de indicios bastantes que posibiliten la incoación de un proceso penal, pero sin que sea necesaria la concreción de tales indicios en una inculpación formal judicial. De este modo el término imputado, en materia de intervenciones corporales, debe entenderse en sentido amplio, dado que algunas de las medidas por su propia naturaleza y finalidad se practican con anterioridad a la incoación de un procedimiento penal.

⁶⁴⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 309. En idénticos términos, MÓNER MUÑOZ: "Las intervenciones corporales", cit., pág. 172 e ITURRALDE SESMA: "Intervenciones corporales y derechos fundamentales", cit., pág. 199. Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 214-216 y 332-337, este criterio de la "implicación" o "relación" con la causa resulta insuficiente, siendo necesario que concurren en los no inculcados indicios expresivos de su condición de testigos o portadores de vestigios o huellas del delito. Criterio que mantiene en *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 137-138. Para GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 74, la única relación con el hecho punible investigado que justifica la realización coactiva de intervenciones corporales sobre terceros, no víctimas del delito, es la de ser instrumentos para la comisión del delito o para su prueba y, tratándose de instrumentos para su perpetración, necesariamente involuntarios, porque en caso contrario tendrían la consideración de imputados, con independencia de su grado de participación en el delito.

público. Así, la STC 49/1999, de 5 de abril, en relación a un supuesto de intervenciones telefónicas, establece:

“...la relación entre la causa justificativa de la limitación pretendida – la averiguación de un delito – y el sujeto afectado por ésta – aquél de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él – es un *prius* lógico del principio de proporcionalidad: atendiendo al sujeto sobre el que recaen, sólo serán lícitas las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales que afecten a quienes fundadamente puedan provisionalmente ser tenidos como responsables del delito investigado o se hallen relacionados con ellos” (f.j.8).

La relación entre la persona y el delito investigado se expresa en las sospechas. Estas deben ser razonables y lógicas, no meras conjeturas o suposiciones. Han de estar fundadas en datos fácticos o hechos objetivos, no en valoraciones subjetivas, de modo que sean accesibles a terceros, susceptibles de ulterior control jurisdiccional, y permitan inferir que se intenta cometer o se ha cometido un delito (STC 49/1999, de 5 de abril, f.j.8)⁶⁴⁸.

Dichas sospechas, fundadas en alguna clase de dato objetivo, no son otra cosa que indicios⁶⁴⁹ de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo. En efecto, desde el conocido auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro) se equipara el término indicio a sospecha fundada⁶⁵⁰.

Según la jurisprudencia constitucional, esas sospechas han de fundarse en “datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave”, o en “buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse” – criterio sostenido por el TEDH en sentencias de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass y otros c. Alemania) o de 15 de junio de 1992 (caso Lüdi c. Suiza) – o, en los términos en que se expresa el actual art. 579 LECrim, en “indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación

⁶⁴⁸ Doctrina reiterada, entre otras, en SSTC 166/1999, de 27 de septiembre (f.j.8); 171/1999, de 27 de septiembre (f.j.8); 8/2000, de 17 de enero (f.j.4); 299/2000, de 11 de diciembre (f.j.4); 14/2001, de 29 de enero (f.j.5); 138/2001, de 18 de junio (f.j.3); 202/2001, de 15 de octubre (f.j.4); 167/2002, de 18 de septiembre (f.j.2); 184/2003, de 23 de octubre (f.j.11); 165/2005, de 20 de junio (f.j.4); 269/2005, de 24 de octubre (f.j.2); 26/2006, de 30 de enero (f.j.6); 146/2006, de 8 de mayo (f.j.2); 220/2006, de 3 de julio (f.j.3); 239/2006, de 17 de julio (f.j.2); 253/2006, de 11 de septiembre (f.j.1); 197/2009, de 28 de septiembre (f.j.4); 26/2010, de 27 de abril (f.j.2).

⁶⁴⁹ Adviértase que se utiliza el término indicio en su sentido vulgar, equivalente a sospecha, distinto de su significado como hecho base de una presunción u objeto de la denominada prueba indiciaria.

⁶⁵⁰ Dicha resolución establece: “Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra „indicio“ del art. 579, son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica” (f.j.2). Con anterioridad, la STS de 8 de octubre de 1987 (EDJ 1987/7150), citada por OLMO DEL OLMO: *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, cit., pág. 101, ya equiparaba indicio racional de criminalidad a sospecha fundada, producto de un “raciocinio lógico, serio y desapasionado”, cual destacaba la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1989.

de algún hecho o circunstancia importante de la causa” o “indicios de responsabilidad criminal”.

Los indicios racionales de criminalidad no son distintos de los indicios (sospechas fundadas). Ambos se basan en datos o hechos objetivos cuya suficiencia hay que valorar en cada caso concreto en función de la medida a adoptar, sea un acto de investigación, una medida cautelar o un auto de procesamiento.

Así pues, los indicios deben ser valorados racionalmente, en función de la medida a adoptar. No son idénticos los “motivos bastantes” que permiten la detención que los que permiten la prisión provisional, por poner un ejemplo fácilmente comprensible, pero siempre han de existir⁶⁵¹. Del mismo modo, la diferente naturaleza de cada acto de investigación requerirá unos determinados indicios que justifiquen su adopción, pero, en cualquier caso, la medida adoptada ha de concluirse, a través de un razonamiento lógico-deductivo, de los datos expuestos.

Es una cuestión de grado, intensidad o de calidad de las sospechas: cuanto más grave sea la medida a acordar, más solidez deberán tener los datos objetivos que la justifiquen. Ello no es más que una consecuencia, a su vez, del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En este punto, lo que importa es la naturaleza de los indicios o sospechas: en cualquier caso, han de tratarse de datos o hechos objetivos de los cuales de una forma lógica y razonable se deduzca o infiera la justificación de la medida pretendida. Como recuerda la STS de 16 de diciembre de 2009, núm. 1313/2009: “el criterio policial respecto de la sospecha puede ser bastante para el inicio de las actuaciones de investigación, pero para constituir el soporte de una restricción de un derecho fundamental es preciso que se apoye en datos objetivos suficientemente consistentes para poder deducir de ellos la probable existencia del delito y la participación del sospechoso.” (f.j.1)⁶⁵².

En aplicación de dicha doctrina, no bastará en la resolución judicial que acuerde la medida con hacer referencia a las investigaciones policiales, sino que será necesario un informe detallado y preciso del contenido de dichas investigaciones y de su

⁶⁵¹ Así, recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de fecha 12 de enero de 2010 (caso Gillan y Quinton c. Reino Unido) ha considerado una violación del artículo 8 CEDH los registros y detenciones a que estuvieron sometidos los demandantes conforme a la legislación antiterrorista (*Terrorism Act 2000*) por cuanto ésta permite, en definitiva, dar el alto y registrar a personas sin que medien sospechas fundadas.

⁶⁵² Así pues, las sospechas han de ser fundadas, esto es, han de basarse en datos concretos y objetivos, por mínima que sea su entidad, a fin de que el juez pueda realizar sobre ellas un juicio de racionalidad sobre su eficacia indiciaria respecto del delito en cuestión. Ello es así porque, como recuerda la reciente STS de 15 de septiembre de 2010, núm. 768/2010, “si lo que se presenta al Juez como fundamento de la medida es una simple sospecha, conjetura o convicción anímica huérfana de soporte material concreto y determinado de datos o elementos fácticos externos evaluables y contrastables, lo que se está demandando al Juez no es que ejercite la función de „formar criterio” y resolver en consecuencia sobre la pertinencia de la medida interesada, sino que ejecute un puro y desnudo acto de fe, muy distante del juicio crítico de racionalidad sobre la suficiencia o insuficiencia de los datos que la Policía le ofrece.” (f.j.6)

resultado⁶⁵³, aunque se admita la integración de la resolución judicial con la solicitud policial, por remisión a la misma, siempre que ésta sea fundada⁶⁵⁴, de modo que aquélla contenga los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC, entre otras, 200/1997, de 24 de noviembre, f.j.4; 166/1999, de 27 de septiembre, f.j.7; 171/1999, de 27 de septiembre, f.j.6; 126/2000, de 16 de mayo, f.j.7; 299/2000, de 11 de diciembre, f.j.4; 138/2001, de 18 de junio, f.j.3; 202/2001, de 15 de octubre, f.j.5; 167/2002, de 18 de septiembre, f.j.2; 184/2003, de 23 de octubre, f.j.11; 205/2005, de 18 de julio, f.j.2; 261/2005, de 24 de octubre, f.j.2; 26/2006, de 30 de enero, f.j.6)⁶⁵⁵.

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori

⁶⁵³ Así, la STC 299/2000, de 11 de diciembre, establece: “En la idea de datos objetivos indiciarios de la existencia del delito es apreciable una diversidad conceptual entre el dato objetivo y el delito del que aquél es indicio de su existencia. En otros términos, la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa. En el caso actual, si, como se dice en la solicitud judicial de la intervención, el conocimiento del delito se había obtenido por „investigaciones propias de este Servicio“, lo lógico es exigir que al menos se detallen en dicha solicitud en qué han consistido esas investigaciones y su resultado, por muy provisionales que pudieran ser en ese momento, precisión que lógicamente debió exigir el Juzgado antes de conceder la autorización. El hecho de que en el Auto se concreten con precisión el delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de la intervención no basta para suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, y la falta de esos indispensables datos no puede ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma” (f.j.5).

⁶⁵⁴ Así, la STC 14/2001, de 29 de enero, descarta la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones denunciado por los recurrentes en base a la falta de motivación del auto por el que se autorizó la intervención telefónica por cuanto: “...basta reparar en que el Auto autorizando la intervención telefónica se adopta tras dos informes del Servicio de Vigilancia Aduanera en los que, para justificar dicha intervención, se indica la existencia de un importante contrabando de tabaco, la participación como organizador del mismo de D. Marcolino e incluso la cuantía estimada del ilícito tráfico, indicios que están presentes en la resolución judicial, al integrarse en ésta los datos facilitados por el referido Servicio. De suerte que, en virtud de esta integración, se conocían el hecho punible investigado y su gravedad así como las personas afectadas, que son las razones que justifican la medida (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4, y 139/1999, de 22 de julio, FJ 2)” (f.j.5).

⁶⁵⁵ Así, la STC 138/2001, de 18 de junio, considera insuficiente la motivación del auto de autorización de la intervención telefónica, aún integrado con la solicitud policial, porque se limita a afirmar la existencia de una investigación previa (refiere la existencia de un indeterminado grupo de individuos de origen británico dedicados al tráfico de hachís y que se ha podido conocer que parte de sus contactos y citas los vendrían realizando a través del teléfono cuya intervención se pide), sin precisar en qué ha consistido ni cuál ha sido su resultado (f.j.4). En parecidos términos, la STC 261/2005, de 24 de octubre, en un supuesto de contrabando de tabaco, consideró insuficiente el auto que autorizó la intervención telefónica con el único razonamiento de que existían “indicios racionales suficientes para sospechar que a través de este teléfono se pueden estar llevando a cabo operaciones relacionadas con el contrabando”, sin particularizar los elementos objetivos en que se basaba tal convicción (f.j.3).

por el éxito de la investigación misma (SSTC, entre otras, 299/2000, de 11 de diciembre, f.j.5; 138/2001, de 18 de junio, f.j.4; 167/2002, de 18 de septiembre, f.j.3; 165/2005, de 20 de junio, f.j.5; 259/2005, de 24 de octubre, f.j.4; 136/2006, de 8 de mayo, f.j.5; 253/2006, de 11 de septiembre, f.j.4; 197/2009, de 28 de septiembre, f.j.4)⁶⁵⁶.

En definitiva, la existencia de indicios o sospechas fundadas para llevar a cabo cualquier acto limitativo de derechos fundamentales es una constante jurisprudencial. Lógicamente, también serán necesarios en las investigaciones corporales, si bien su entidad variará en función de la medida concreta a adoptar. Lo que en ningún caso resulta admisible es la práctica de una investigación corporal sin la previa existencia de indicios de infracción⁶⁵⁷. En consecuencia, no cabe la ejecución de tales medidas de forma indiscriminada o aleatoria ni con carácter predelictual o de prospección. Veámoslo:

4.1.1. Investigaciones corporales indiscriminadas o aleatorias:

No cabe la realización de “test masivos” de ADN, entendiendo por tales aquellos que se realizarían sobre una generalidad de personas en las cuales concurrirían determinadas características comunes semejantes a las del sospechoso como autor de los hechos objeto de investigación o circunstancias relacionadas con tales hechos. Lo verdaderamente relevante es que en estos casos, los sujetos afectados por la medida no tienen la condición, no ya de imputados, sino ni siquiera de sospechosos, aplicándoseles la medida de investigación sencillamente porque alguna de sus características físicas, como pueda ser la edad o el sexo, u otras circunstancias, tales como su lugar de residencia, por ejemplo, coincide con las que se perfila al autor de los hechos, aún no identificado.

Como ejemplo de aplicación del principio de idoneidad cabe citar el auto de la Audiencia Provincial de Huesca, de 4 de febrero de 1998, que deniega la intervención

⁶⁵⁶ Exigencias de motivación que han de observarse también en las resoluciones que acuerden las prórrogas y las nuevas intervenciones que se dispongan sobre la base de los datos obtenidos en las anteriores, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención acordada con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida (SSTC 49/1999, de 5 de abril, f.j.11; 171/1999, de 27 de septiembre, f.j.8; 202/2001, de 15 de octubre, f.j.6; 261/2005, de 24 de octubre, f.j.4; 197/2009, de 28 de septiembre, f.j.4).

⁶⁵⁷ Contrariamente, la AP Soria, sec. 1ª, en auto de fecha 8 de julio de 2008, pese a reconocer que, en el caso examinado, tal y como señalaba la juez de instrucción en su resolución denegando la prueba de ADN no existían “por el momento y en la fase de instrucción, indicios contundentes para dirigir la acusación contra el que figura como imputado”, consideró precisa y necesaria la realización de la prueba “con el objeto de evitar que un posible delito grave quede impune, o bien por el contrario, para evitar que una persona que no ha tenido participación en los hechos, pueda verse imputada de un delito en el que a través de dicha prueba quede probado que no cometió”. “Prueba” que consideraba esencial para saber si el delito había sido cometido o no por el único imputado, “cuanto que con las demás pruebas existentes en el proceso, el delito y la participación en el mismo del imputado no queda en absoluto ni probado ni desacreditado” (f.j.1). A nuestro entender, no puede aceptarse en absoluto la consideración que realiza la citada resolución de las diligencias de investigación como “pruebas” y su finalidad como tales en fase de instrucción.

corporal solicitada por la acusación particular consistente en “la extracción de sangre de varias personas para averiguar su ADN y compararlo con el del chicle hallado en las proximidades del lugar donde apareció el cadáver” por cuanto, afirma, “no cabe acordar esta medida indiscriminadamente respecto de una pluralidad de personas contra las que, de momento, no existen indicios de haber participado en el delito objeto del sumario, pues tales medios de prueba sólo pueden acordarse cuando concurren una serie de requisitos que pormenorizadamente desgrana la citada sentencia [se refiere a la STC 207/1996], entre los que cabe destacar el relativo al principio de proporcionalidad...” (f.j.5).

Desde un punto de vista estrictamente teórico, tras lo expuesto, no cabe ninguna duda de que una tal investigación corporal acordada sobre una serie de personas no sospechosas constituye una quiebra del principio de proporcionalidad⁶⁵⁸, que no tiene cabida en nuestro ordenamiento desde el momento en que el artículo 363 LECrim exige como mínimo la condición de sospechoso en el sujeto pasivo de la medida⁶⁵⁹.

MORENO VERDEJO apunta que, cuando el círculo de sospechosos se vea reducido a un determinado número, individualizados por una serie de características comunes, cabría entender que concurre en ellos la condición racional de sospechosos y acordar obligatoriamente para ellos la medida, lo que, en definitiva, supone sostener la necesidad de que existan “indicios concretos que centren la investigación”, aunque ésta pueda recaer en una pluralidad de personas⁶⁶⁰.

Para eludir tal “inconveniente” procesal, los test masivos se practican como medida de investigación policial cuya realización se ofrece de forma voluntaria a los posibles candidatos, quienes, por descontado, no estarán obligados a realizarla, ni el juez, en caso de negativa, facultado a acordarla, porque en tales personas no concurren sospechas fundadas, sino, simplemente, determinadas características que les asemejan al perfil del autor de los hechos según los investigadores. Sin embargo, la negativa injustificada a participar en dichas pruebas coloca al individuo en una situación cuando menos delicada a ojos policiales convirtiéndole, ahora sí, en sospechoso.

Es el caso ocurrido en la localidad manchega de Criptana del Campo (Ciudad Real) donde, a fin de descubrir al asesino de una joven de la población, la Guardia Civil recurrió a realizar pruebas de ADN sobre unos trescientos cincuenta jóvenes varones de la misma a fin de cotejar su perfil de ADN con los restos biológicos hallados en el

⁶⁵⁸ Así también, FERNÁNDEZ GARCÍA: “La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuentes: aspectos procesales”, cit., págs. 215-218, e, igualmente, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 86-87, si bien admiten que quepa someter a las pruebas de ADN a un conjunto de individuos siempre que se haya observado escrupulosamente el principio de proporcionalidad y se haya procedido a su motivación de forma singularizada.

⁶⁵⁹ Inadmisibilidad de los test masivos de ADN en la investigación de los delitos que, desde luego, no comparte el Teniente Coronel y Jefe de la Sección de Criminalística Analítica del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil Francisco MONTES LÓPEZ: “El ADN en la investigación criminal”, *Boletín del Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior*, 2005, [online], disponible en http://www.iuisi.es/15_boletines/15_2005/doc036-2005.pdf.

⁶⁶⁰ MORENO VERDEJO: “ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., págs. 1823-1824.

escenario del crimen. Test que, justo es reconocerlo, acabaron dando resultado positivo, conduciendo a la detención del presunto autor de los hechos sobre quien no recaía, en principio, sospecha alguna⁶⁶¹.

Sin embargo, lo cierto es que en Alemania se han terminado aceptando estos “test masivos” de pruebas genéticas mediante la introducción en agosto de 2005 de un nuevo § 81h entre los artículos dedicados por la StPO a las investigaciones corporales. Dicho precepto permite los test masivos sobre individuos, no inculpados, pertenecientes a una determinada comunidad, sexo, edad u otro dato de carácter similar, con su consentimiento, en casos de delitos graves, contra la vida, la integridad corporal, la libertad personal o la libertad sexual.

Con todo, al menos, la medida debe ser adoptada por el juez, por escrito y de forma motivada, y recabado el consentimiento, también por escrito, de cada uno de los individuos afectados por la medida, a quienes debe informarse previamente de que la medida sólo se ejecutará, precisamente, con su consentimiento, que las células corporales que se obtengan únicamente se utilizarán para los análisis genéticos a que se refiere la investigación en curso y que se destruirán de forma inmediata tan pronto ya no sean necesarios, sin que se proceda a su archivo en ninguna base de datos.

En cualquier caso, como advierte ETXEBERRIA GURIDI, la cuestión crucial estriba, ciertamente, en las consecuencias que puedan derivarse de la negativa a someterse voluntariamente al test de ADN, no pareciendo la misma suficiente, a priori, para por sí sola, convertir al sujeto en sospechoso y con ello proceder a acordar la intervención corporal por la vía de los §§ 81a y 81e de la StPO o del artículo 363 LECrim en nuestro caso⁶⁶².

Como ejemplo de diligencias de investigación corporal llevadas a cabo sin la previa existencia de sospechas o indicios suficientes se citan los controles aduaneros y los métodos alcoholométricos.

Respecto a las denominadas pruebas de alcoholemia, el artículo 12.2 del RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, establece la obligatoriedad de sometimiento a las pruebas para la detección de posibles intoxicaciones por alcohol respecto de todos los conductores de vehículos y bicicletas. Los demás usuarios de la vía quedan obligados cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación.

⁶⁶¹ “El ADN cazó al „bueno“ de Santiago”, artículo de Ana María Ortiz, publicado en el suplemento “Crónica” del periódico EL MUNDO el 26 de marzo de 2006. Disponible en <http://www.elmundo.es/suplementos/cronica/2006/543/1143327609.html>. En parecidos términos informaba LA VANGUARDIA el pasado 22 de noviembre de 2012 de la mayor operación de muestras de ADN realizada hasta la fecha en Holanda a fin de identificar al autor de la violación y asesinato de una joven acaecida en mayo de 1999 requiriendo para ello a 8.080 varones que vivían a cinco kilómetros del pueblo donde vivía la víctima. Informa BEATRIZ NAVARRO en su artículo “El ADN descubrió el gran secreto del granjero Jasper” que 6.600 hombres entregaron voluntariamente sus muestras de saliva y que una de ellas había coincidido al “cien por cien” con el del supuesto violador y asesino. Artículo disponible en <http://www.lavanguardia.com/internacional/20121121/54354689359/adn-secreto-granjero-Jasper.html>.

⁶⁶² Sobre este particular, vid. ETXEBERRIA GURIDI: “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte II)”, cit., págs. 135-140 y, con anterioridad, en *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 138-143.

Precepto desarrollado reglamentariamente por el artículo 21 del Reglamento General de la Circulación, aprobado por RD 1428/2003, de 21 de noviembre, según el cual los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podrán someter a dichas pruebas:

- a) A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.
- b) A quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas.
- c) A los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este Reglamento.
- d) A los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad.

No cabe ninguna duda de que en los tres primeros supuestos contemplados por el citado precepto existen datos objetivos suficientes en los que fundar las sospechas que justifican la idoneidad de la medida.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en el supuesto de los controles preventivos de alcoholemia. En éstos, la inmovilización del vehículo por parte de los agentes del tráfico es puramente aleatoria⁶⁶³. No se debe a dato fáctico o hecho objetivo alguno, sino más bien al azar, puesto que, en la práctica, ni siquiera se detiene a todos los vehículos que pasan por el puesto de control. Siendo así, no cabe sino concluir que una tal prueba no se basa en sospechas fundadas como exige el principio de idoneidad y, por tanto, vulnera el principio de proporcionalidad⁶⁶⁴.

Por ello afirma ASECIO MELLADO que no es posible sujetar indiscriminadamente a cualquier conductor a una prueba de alcoholemia, sin la concurrencia de signos externos (color, mirada, etc.) que, una vez inmovilizado el vehículo, constituyan una sospecha suficiente que justifique requerir el cumplimiento de la injerencia⁶⁶⁵.

Así también ETXEBERRIA GURIDI, para quien el artículo 12.2 del RD Legislativo 39/1990, de 2 de marzo, puede servir de argumento en este sentido cuando dispone en relación a los no conductores usuarios de la vía, la obligación de sometimiento a las pruebas de alcoholemia, cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación⁶⁶⁶.

⁶⁶³ En estas condiciones, como advierte NIEVA FENOLL: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 137, no existiendo autorización extrapolicia para tales controles, las mismas “suponen una auténtica *inquisitio generalis* que, en puridad, debería provocar la ilicitud de toda la diligencia.”

⁶⁶⁴ Precisamente porque en los controles preventivos de alcoholemia los conductores sometidos se eligen al azar, GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 59, nota 122, excluye la exigencia de indicios.

⁶⁶⁵ ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 147.

⁶⁶⁶ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 198-199.

Igualmente, HUERTAS MARTÍN considera excesiva la previsión del apartado 4 del artículo 21 del Reglamento de Circulación cuando el conductor no ha puesto en peligro la seguridad del tráfico dada la limitación que el examen de alcoholemia conlleva para el sujeto afectado por la medida de su libertad, aunque sólo sea por el tiempo imprescindible, y, en algunos casos, de su derecho a no autoincriminarse. Por todo ello, tacha de inconstitucionales estos supuestos por no ajustarse a los parámetros del principio de proporcionalidad, salvo sometimiento voluntario⁶⁶⁷.

Los controles preventivos de alcoholemia realizados sin la concurrencia de indicios o sospechas fundadas de hallarse implicado el sujeto afectado por la medida en un accidente de circulación, presentar síntomas de embriaguez o haber cometido una infracción, suponen una quiebra del principio de idoneidad y, por tanto, del principio de proporcionalidad⁶⁶⁸. Es necesario, como advertía ASECIO MELLADO, que concurran, tras la paralización del vehículo, signos externos que permitan construir una sospecha suficiente a los fines de requerir el cumplimiento de la injerencia.

Signos que, en nuestra opinión, deberían exigirse con carácter previo en la conducción del vehículo como motivo de su detención: velocidad excesiva, zigzaguo, conducción sin luces, con exceso de ocupantes, etc. En definitiva, infringiendo alguna norma de circulación. Así, no debería practicarse la prueba de alcoholemia sino a los conductores implicados en un accidente de circulación o que conduzcan con síntomas evidentes de hacerlo bajo la influencia de bebidas alcohólicas o, en su caso, a quienes hubieren cometido presumiblemente una infracción de tráfico.

La detención del vehículo debe obedecer a alguna razón. Tienen que concurrir datos objetivos que justifiquen la detención del vehículo y, una vez detenido, amparen la realización de la prueba de alcoholemia, en su caso. No cabe detener cualquier vehículo de forma indiscriminada o aleatoria y requerir a su conductor, sin que concurran ningún tipo de sospecha fundada o indicio de que conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas o, en su caso, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, a la realización de la prueba de alcoholemia o, en su caso, de las pruebas que puedan establecerse para la detección de dichas sustancias, cuyo resultado puede incriminarle, máxime cuando la negativa a la realización de dicha prueba constituye delito. De esta forma se sitúa al sujeto en un callejón sin salida: o bien se somete a la prueba con la posibilidad de resultar ésta positiva y, en su caso, imputado como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o bien se niega y entonces resulta imputado como autor de un delito de desobediencia a la autoridad. El consentimiento del sujeto ante una situación así no es un consentimiento libremente

⁶⁶⁷ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 395-396 y 467-470. También BANACLOCHE PALAO: *La libertad personal y sus limitaciones*, cit., pág. 240, afirma que el principio de proporcionalidad debería llevar a los agentes a usar de esta facultad exclusivamente cuando sea necesario para la seguridad del tráfico.

⁶⁶⁸ Huelga reiterar que para el Tribunal Constitucional (SSTC 107/1985, de 7 de octubre, f.j.3; 22/1988, de 18 de febrero, f.j.1; 252/1994, de 19 de septiembre, f.j.4 y 161/1997, de 2 de octubre, f.j.4) la verificación de la prueba de alcoholemia 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, en el caso de los controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito”.

prestado en el sentido constitucional (vid. STC 341/1993, de 18 de noviembre, f.j.4), vulnerándose, además, su derecho a no autoincriminarse en el sentido expuesto anteriormente.

Por otra parte, respecto a los controles aduaneros, ASECIO MELLADO exige igualmente la presencia de sospechas con base objetiva (informaciones, perros adiestrados, etc.) para su realización mediante inspecciones corporales, exámenes radiológicos, etc.⁶⁶⁹

Por su parte, DÍAZ CABIALE, afirma que en las aduanas y en determinados medios de locomoción como los aviones pueden realizarse cacheos superficiales y registros de efectos personales “sin que medie sospecha alguna, pero siempre que exista algún indicio”, como puede ser la detección de elementos sospechosos a través de los rayos X o del aparato detector de metales⁶⁷⁰.

Exploraciones radiológicas que, como ya expusimos en su momento, constituyen para el Tribunal Supremo, supuestos de privación de libertad, distintos de la detención, en los que no concurre la previa existencia de indicios racionales de comisión de un delito, carentes, por tanto, de las garantías previstas en las disposiciones del artículo 520 LECrim⁶⁷¹.

Ello no debiera ser óbice, sin embargo, para que el requerimiento policial al “sospechoso” se base realmente en “sospechas fundadas”, en datos objetivos, susceptibles de ulterior control. En estos supuestos las sospechas policiales recaen fundamentalmente en la conducta y actitud del sospechoso ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las que se une en gran medida la procedencia u origen del vuelo⁶⁷².

⁶⁶⁹ ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., pág. 148. Igualmente, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 308.

⁶⁷⁰ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 145. Supuesto que distingue del tránsito aduanero cuando se procede a la entrada en un país, caso en el que cabría el registro y cacheo sin sospecha alguna, ya que los medios que permiten apreciar indicios se emplean, normalmente, al ir a tomar el medio de transporte. En contra, IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 95, considera que tal actuación estaría también sujeta al principio de proporcionalidad, concretamente, a la exigencia de idoneidad de la medida. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 200, nota 116, considera un tanto desproporcionado el empleo de rayos X como fuente primera de indicios. Para este autor sería suficiente y no tan gravoso el sometimiento a las ordinarias detecciones de metales o de explosivos que se utilizan al acceder a los citados medios de locomoción.

⁶⁷¹ Vid., por todas, la STS de 13 de abril de 2009, núm. 277/2009, cuyo primer fundamento jurídico resume, además del régimen jurídico de las intervenciones corporales a tenor de la jurisprudencia constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el régimen jurídico de las exploraciones radiológicas acordadas durante la fase de investigación.

⁶⁷² Así, por ejemplo, STS de 10 de junio de 1998, núm. 792/1998: “Infundió sospechas a los Agentes de Policía por las contradicciones en que incurrió cuando se le preguntó por los motivos de su viaje...” (f.j.1); STS 27 de septiembre de 2000, núm. 1495/2000: “... Danilo Antonio viajaba desde Colombia a España en uno de los vuelos considerados como de especial interés para la investigación del tráfico de drogas y que, después de examinado su equipaje, fue sometido a un breve interrogatorio sobre los motivos y circunstancias de su viaje, que vino a confirmar las primeras sospechas policiales.” (f.j.1); STS

Sospechas que, como ya advirtiera la STS de 26 de enero de 2000, núm. 70/2000, es preciso explicitar en el atestado “eludiendo argumentaciones circulares que se centran en un sospecha indefinida” (f.j.2), lo que no siempre parece ocurrir o, cuando menos, no siempre puede constatar en las resoluciones judiciales dictadas sobre este particular⁶⁷³.

Con todo, una vez más, el consentimiento del sospechoso al examen radiológico convierte en irrelevante el análisis sobre la suficiencia de los indicios. Así, según la STS de 13 de diciembre de 2000, núm. 1910/2000:

“En cuanto a la cuestión que se plantea en el recurso de la falta de indicios que justificasen la exploración corporal de Javier, es irrelevante, al haber accedido dicho encartado a someterse voluntariamente al examen, pero en todo caso los policías contaron con datos motivadores de la exploración, como fueron los viajes a otros países que acreditaba el pasaporte del acusado, las contestaciones dadas por él al Agente ...66, sobre las razones de su viaje a España, y el hecho a que en los vuelos procedentes de Bolivia, como el de autos, fuese muy frecuente el porte de cocaína por los viajeros.” (f.j.2)⁶⁷⁴

Pese a la naturaleza administrativa de los registros aduaneros, lo cierto es que la privación de libertad del sujeto afectado por la medida encuentra su amparo en la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, lo cual supone la presunción

11 de marzo de 2002, núm. 412/2002: “... tras la llegada al aeropuerto de Madrid-Barajas del vuelo de la Compañía Iberia núm. ..., procedente de ..., al infundir sospechas el pasajero de dicho vuelo a los policías de servicio en el control de documentación de la Sala 2ª de llegadas internacionales, en la conversación que mantuvieron con él sobre el motivo de su viaje a España, le indicaron que les acompañase a la Sala de Rayos X próxima al lugar.” (a.h.1º); STS 23 de febrero de 2001, núm. 327/2001, “... tras la llegada del vuelo de la compañía Avianca AV-010, procedente de Bogotá (Colombia), al aeropuerto de Madrid-Barajas, al infundir sospechas, por su nerviosismo, aspecto físico que tenía y el lugar de procedencia, el pasajero de dicho vuelo Luis Edgar R.A., mayor de edad y sin antecedentes penales, a dos policías que estaban de servicio en el control de pasajeros de la Aduana núm. 1 de llegadas internacionales...” (a.h.1º); STS 16 de enero de 2001, núm. 58/2001, “... ciudadano colombiano, mayor de edad y sin antecedentes penales, llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas en el vuelo núm. 6740 de la compañía Iberia, procedente de Bogotá y al pasar por el servicio de control de pasajeros, y como infundiera sospechas en los miembros de la policía nacional, fue requerido para pasar a la Sala de Rayos X” (a.h.1º).

⁶⁷³ En efecto, muchas resoluciones, dado que no es objeto de recurso, no suelen detallar los indicios, datos o circunstancias en los que se basaron los agentes para invitar al sujeto afectado a someterse a un examen radiológico, encontrándose únicamente en los antecedentes de hecho que reproducen la sentencia objeto de recurso alguna referencia: “ante las sospechas de que pudiera portar alguna sustancia estupefaciente en el interior de su organismo...” (STS 3 de febrero de 2000, núm. 103/2000, f.j.2); “al llegar al Aeropuerto, el acusado fue detenido por funcionarios de Policía del control de pasaportes, a los que infundió sospechas...” (SSTS de 5 de julio de 2002 y 11 de octubre de 2002, núm. 1277/2002 y 1711/2002, respectivamente, a.h.1º); “al llegar al Aeropuerto, el acusado fue detenido por Guardias Civiles de servicio, a los que infundió sospechas...” (SSTS 26 de febrero de 2002 y 10 de julio de 2001, núm. 340/2002 y 1364/2001, respectivamente, a.h.1º); “habida cuenta de que infundió sospechas a dicho agente fue invitado a someterse a pruebas de control radiológico a las que accedió...” (STS 26 de noviembre de 2001, núm. 1416/2001, a.h.1º).

⁶⁷⁴ Criterio que reitera la STS 11 de febrero de 2002, núm. 2165/2001, considerando irrelevante la invocada por los recurrentes falta de indicios justificadores de la exploración corporal al haber accedido a someterse voluntariamente a su examen, añadiendo que en todo caso los guardias civiles contaron con un dato motivador de la exploración, “como lo era el hecho de que en los vuelos procedentes de Colombia, como el de autos, fuese muy frecuente el porte de cocaína por los viajeros dentro de su cuerpo.” (f.j.3).

de una infracción por parte de los agentes actuantes que ha de basarse en alguna sospecha, fundada en alguna clase de dato objetivo cuando el control que se pretende realizar excede del meramente ordinario (detector de metales) y comporta el sometimiento a unas medidas (exploración radiológica) que afectan derechos fundamentales del individuo (aunque para la jurisprudencia del Tribunal Supremo no haya afectación alguna). Puede minimizarse, pues, la calidad de las sospechas iniciales, pero deben expresarse sospechas de la existencia de un ilícito penal para llevar a cabo aquellas investigaciones corporales que puedan afectar derechos fundamentales del individuo.

4.1.2. Investigaciones predelictuales o de prospección:

Es una constante jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que no cabe practicar actos de investigación restrictivos de derechos fundamentales con una finalidad meramente prospectiva (búsqueda de hechos delictivos).

Así, tiene dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional en materia de intervenciones telefónicas, colacionando la jurisprudencia del TEDH (entre otras, sentencia de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass y otros c. Alemania*) que el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (entre otras muchas, sentencias 14/2001, de 29 de enero, f.j.5; 167/2002, de 18 de septiembre, f.j.2; 184/2003, de 23 de octubre, f.j.11; 261/2005, de 24 de octubre, f.j.2).

La resolución judicial debe otorgarse para una investigación concreta y determinada. Es el denominado por el Tribunal Supremo *principio de especialidad*. Un principio que el Tribunal Supremo considera derivado de la nota de judicialidad que, junto a la de excepcionalidad y proporcionalidad, deben respetar las intervenciones telefónicas como fuente de prueba y medio de investigación para su validez, según el cual la injerencia sólo puede ser acordada con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las investigaciones predelictuales o de prospección (SSTS, entre otras muchas, de 1 de diciembre de 2006, núm. 1260/2006, f.j.3; 28 de febrero de 2007, núm. 155/2007, f.j.2; 9 de marzo de 2007, núm. 209/2007, f.j.1; 17 de abril de 2007, núm. 316/2007, f.j.2; 6 de julio de 2009, núm. 737/2009, f.j.4; 23 de marzo de 2010, núm. 395/2010, f.j.2; 11 de noviembre de 2010, núm. 1005/2010, f.j.1)⁶⁷⁵.

En virtud de dicho principio la autorización de las escuchas sólo puede ser concedida para la averiguación de un determinado hecho delictivo, sin que quepa

⁶⁷⁵ Para José Luis RODRÍGUEZ LAINZ: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Barcelona, 2002, pág. 126, el principio de proporcionalidad “impide el empleo de la intervención de las comunicaciones como técnica prospectiva, lo cual comprende tanto la elección aleatoria de los sujetos pasivos del acto de injerencia, la investigación sobre determinada persona por determinada infracción criminal cuando contra ella no cabe hablar más que de conjeturas, opiniones o valoraciones meramente subjetivas, o cuando lo que se pretende es averiguar la implicación de persona o personas determinadas en la comisión de cualquier tipo de delito en general.”

investigar acciones criminales distintas (SSTS de 30 de mayo de 1997, núm. 792/1997, f.j.1; 23 de noviembre de 1998, núm. 1426/1998, f.j.1; 13 de enero de 1999, núm. 545/1998, f.j.2; 5 de mayo de 2000, núm. 1758/1999, f.j.4; 24 de mayo de 2002, núm. 449/2002, f.j.3).

En consecuencia, no serán lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general:

“En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida mediante la precisión del hecho que se está investigando, y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir. Para ello es preciso que el Juez cuente con indicios suficientes basados en datos objetivos acerca de la comisión del delito y de la participación del investigado.” (STS de 11 de mayo de 2006, núm. 531/2006, f.j.1).

Sin embargo, para DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES el principio que rechaza las intervenciones restrictivas meramente prospectivas o aleatorias es el principio de intervención indiciaria y se refieren al principio de especialidad como “mezcla mal hecha de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad” (principio éste que, por cierto, consideran hiperdimensionado)⁶⁷⁶.

Sea como fuere, dicha doctrina que resulta plenamente aplicable a las investigaciones corporales, por lo que, en ningún caso, pueden admitirse tales medidas con carácter predelictual o de prospección desligadas de la realización de un hecho delictivo⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, págs. 178-179, 194. Vid. con más detalle en MARTÍN MORALES: *El principio constitucional de intervención indiciaria*, “Parte Primera: Teoría General”, cit., págs. 13-20, las relaciones y diferencias de este principio con los principios de proporcionalidad, especialidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, para quien uno de los efectos de la hiperdimensión del principio de proporcionalidad sería su repercusión en la seguridad jurídica, dado que la proporcionalidad es un concepto jurídico indeterminado (indeterminación a la que debe ponerse freno desarrollando dogmáticamente otros principios teóricamente consistentes que se incluyen en la proporcionalidad, como, por ejemplo, el de intervención indiciaria, y excluyendo de su ámbito aquéllos otros de distinta naturaleza, como, por ejemplo, la garantía de la reserva de la intervención judicial).

⁶⁷⁷ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., págs. 147-148; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., págs. 180-181; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 395-396; GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 73; ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 194-197. En definitiva, como dice este último autor, no cabe realizar investigaciones genéticas con la finalidad de „buscar“ sospechosos: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pág. 123. Sostiene igualmente la prohibición de aplicar los análisis de ADN con una finalidad prospectiva o de investigación general. En idénticos términos, CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., pág. 79; IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 92 y “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: La quiebra del principio de legalidad”, cit., pág. 185. Excluye también de forma categórica toda medida de intervención corporal que tenga como único objetivo la búsqueda de un sospechoso, RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., pág. 265, y, anteriormente, con LOZANO-HIGUERO PINTO: “Algunas cuestiones sobre la validez e incorporación probatoria en el proceso penal de los perfiles de ADN. En particular la indefinición del status del sujeto pasivo de la medida”, cit., pág. 142.

4. 2. *El principio de necesidad*

Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “el principio de necesidad, también denominado „de intervención mínima“, „de la alternativa menos gravosa“ o „de subsidiariedad“, es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la *optimización* del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos”⁶⁷⁸. En consecuencia, obliga a comparar, en el caso concreto, las distintas medidas con aptitud suficiente para lograr el fin perseguido y elegir la menos lesiva para los derechos individuales⁶⁷⁹.

La medida elegida ha de resultar indispensable en relación con la situación probatoria⁶⁸⁰. No cabe adoptar una medida restrictiva de derechos fundamentales para confirmar extremos ya conocidos o para obtener meros indicios o sospechas de criminalidad⁶⁸¹. Como sostiene el Tribunal Constitucional, una medida de tal naturaleza es necesaria cuando de su resultado depende el ejercicio del *ius puniendi*⁶⁸². En este

⁶⁷⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 189, y “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, cit., pág. 206.

⁶⁷⁹ Entran aquí en juego, como afirma GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 199, consideraciones valorativas. Propone como criterio la posibilidad de efectuar una comparación de la lesividad de las medidas eligiendo aquella que siendo menos restrictiva tenga mayor grado de eficacia, debiendo tener en consideración también las consecuencias previsibles de la actuación de los poderes públicos. Para GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 76, lo que el principio de necesidad en sentido estricto – según su terminología – exige es que la medida alternativa menos gravosa resulte *suficientemente idónea* (sic). En cualquier caso, tales consideraciones deberán constar de forma explícita en la resolución judicial en estricto cumplimiento del requisito de motivación. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 228-231.

⁶⁸⁰ Cf. ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 148. Como dice GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 74, la medida ha de resultar imprescindible o indispensable para la determinación de los hechos punibles y la participación en ellos del imputado.

⁶⁸¹ En este sentido, PALACIOS CRIADO: “Diligencias que afectan a derechos fundamentales”, cit., pág. 248, de conformidad con la sentencia 207/1996, afirma que la limitación de un derecho fundamental a través de un acto instructorio puede acordarse siempre que esté dirigido a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso y no a obtener exclusivamente indicios o sospechas de criminalidad.

⁶⁸² En la sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, el Tribunal Constitucional entendió que la medida acordada no cumplía la exigencia de necesidad requerida por el principio de proporcionalidad porque su finalidad era determinar si el sujeto afectado consumía cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes mientras que los delitos que se le imputaban en el auto de procesamiento eran los de prevaricación y cohecho, por lo que el resultado de la medida no sería suficiente por sí solo, ni para sostener su falta de participación en los hechos que se le imputaban, ni para fundamentar una sentencia condenatoria por tales delitos: “La finalidad que se persigue con la intervención corporal recurrida en amparo no es, pues, la de acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario – el cual, como este Tribunal ha podido declarar en repetidas ocasiones (v. gr. SSTC 174 y 175/1985), es insusceptible por sí solo de destruir el derecho a la presunción de inocencia –, por lo que no es posible admitir que aquella medida sea „necesaria“ a los fines del aseguramiento del ejercicio del *ius puniendi*, ni, por tanto, acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicho en otras palabras, un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido

sentido, MATA LLÍN EVANGELIO habla de la esencialidad de la intromisión corporal para asegurar el interés público que se pretende con el ejercicio del *ius puniendi*⁶⁸³.

Además, el principio de necesidad supone que no exista otra medida menos lesiva para la consecución del fin con igual eficacia⁶⁸⁴. En aplicación de este principio, el Tribunal Constitucional en la anteriormente citada sentencia 184/2003, de 23 de octubre, dispuso:

“La intervención de las comunicaciones, como acto limitativo de un derecho fundamental, no puede ser la primera medida de investigación penal, pues el juicio de necesidad, esto es, el carácter imprescindible de la medida como parte esencial del juicio de proporcionalidad, requiere ponderar la elemental existencia de medidas alternativas de investigación” (f.j.11).

Un ejemplo práctico de ello en materia de investigaciones corporales nos lo ofrece el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, de 13 de julio de 2005, el cual anuló la intervención corporal acordada y practicada por el Juzgado de Instrucción núm. 20 de Barcelona consistente en la extracción de muestras de saliva y de cabellos con bulbo, a realizar por dos médicos forenses, ante la imposibilidad de lograr la ratificación de la denunciante, víctima de una agresión sexual, de llevar a cabo un reconocimiento en rueda que confirmase la identificación del imputado realizada fotográficamente. Frente a tal resolución, la Audiencia no consideró, a la vista de las actuaciones, que resultase ciertamente acreditada la imposibilidad de realizar un reconocimiento en rueda del imputado, toda vez que la falta de disposición o, incluso, la negativa de la víctima a colaborar en el procedimiento no era un obstáculo material que determinase la imposibilidad de realizar las diligencias que se considerasen oportunas para la identificación del imputado, dado que el juzgado disponía de los medios oportunos para hacer efectivos los derechos y obligaciones de la víctima, acordando la práctica de las pruebas que estimase oportunas, preservando, por otra parte, su seguridad⁶⁸⁵.

exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal” (f.j.6 B). Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 237, nota 248, el principio que había de servir de fundamento a la decisión era el de adecuación o idoneidad. Así también, MATA LLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, cit. pág. 104.

⁶⁸³ MATA LLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, cit. págs. 100-101.

⁶⁸⁴ En realidad, como advierte ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 229-230, siguiendo a GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., págs. 196-198, basta con que la medida alternativa sea “suficientemente idónea” para alcanzar la finalidad prevista sin que sea necesaria la absoluta identidad en la aptitud entre ambas medidas. Así también, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 76.

⁶⁸⁵ A mayor abundamiento, consideraba que debería haberse valorado la posibilidad de que no fuese el propio cuerpo del imputado la fuente de obtención de las muestras biológicas y la existencia de medios alternativos no ingerentes en la integridad personal como, por ejemplo, la obtención de las muestras en objetos personales del imputado (f.j.1).

Así pues, la aplicación del principio de necesidad requiere optar siempre por la alternativa menos gravosa, es decir, exige la utilización de los medios menos lesivos para los derechos fundamentales⁶⁸⁶.

Sin embargo, como advierte ETXEBERRIA GURIDI, la elección de la medida concreta en el ámbito de las intervenciones corporales no está exenta de dificultades⁶⁸⁷. Así, señala la conveniencia, por una parte, de que previamente a la elección de la medida, dada la intervención de personal médico o sanitario en la mayoría de ocasiones, se informe al respecto por persona con especiales conocimientos técnicos (médico) y, por otra, dada la necesidad de atender a la situación personal del afectado, se oiga al mismo⁶⁸⁸. Afirmo, asimismo, que este principio debe aplicarse con el máximo rigor cuando las intervenciones corporales recaen sobre terceras personas⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Ya en la sentencia 7/1994, de 17 de enero, relativa a un proceso de filiación, el Tribunal Constitucional advertía: "...las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos" (f.j.3 C).

⁶⁸⁷ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 238. El auto de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 1ª, de 4 de mayo de 2000, presenta un ejemplo de esas dificultades: "...mayores problemas plantean el requisito de la imprescindibilidad de la medida restrictiva adoptada, en cuanto a los medios empleados para conseguir un fragmento de ADN del procesado y la posibilidad de haber podido ser sustituida por otra menos aflictiva para el sujeto, en términos de ingerencia, que hubiese permitido conseguir idéntico resultado, pues podría darse el caso que con ocasión del registro que se practicó en el domicilio del hoy procesado, con la finalidad de conseguir una fotografía suya que permitiese facilitar su identificación y de encontrar el jersey que vestía cuando agredió a una de las víctimas y en el que finalmente se intervinieron dos peines y varios suéters de Sebastián pudiese encontrarse algún cabello del procesado o resto de sudor cuyo análisis hubiese permitido en términos de fiabilidad probatoria y con ciertas probabilidades de éxito, dado que no toda muestra humana obtenida permite aislar el perfil genético del presunto sospechoso puesto que son necesarios elementos que contengan un número suficiente de células nucleadas, tal es así que el propio laboratorio policial en los distintos informes elaborados concluía que en caso de existir presunto autor de la agresión sexual y se estimara conveniente efectuar cotejo con el perfil anónimo obtenido, sería preciso realizar un análisis sanguíneo de contraste tomando 5 cc de sangre de la víctima y la misma cantidad del presunto autor. Pese a ello y entre tanto no resulte en el acto del juicio a tenor de las manifestaciones que puedan efectuar los funcionarios que elaboraron el informe biológico que efectivamente a través de esos objetos intervenidos se hubiese podido conseguir células suficientes del procesado como para obtener su perfil genético sin necesidad por tanto de obligarle a que consintiera la extracción de saliva, hemos de partir de la premisa que la intervención corporal acordada como paso previo para efectuar el análisis de ADN, fue imprescindible y necesaria para el fin identificativo propuesto" (f.j.4).

⁶⁸⁸ Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 376-380, la selección de la medida menos lesiva debe tener en cuenta también las circunstancias personales del sujeto afectado (no sólo sus condiciones físicas o psíquicas, sobre todo las relativas a la salud, sino también su particular esquema valorativo de la lesividad) máxime cuando la efectividad de la medida depende, en último término, de su voluntad. Por ello, configura la audiencia previa al destinatario de la medida, y subsiguiente comunicación, como un presupuesto para la ordenación de una medida de intervención corporal. Dicha comunicación puede tener un contenido específico como, por ejemplo, la advertencia de poder asistir acompañado de persona de confianza, la información sobre la posibilidad o no de coacción física y las consecuencias jurídicas en caso de negativa a su sometimiento.

⁶⁸⁹ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 240-243. Así también, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 77.

Sin olvidar que ya el artículo 363 LECrim exige que se tomen las muestras biológicas del sospechoso que resulten “indispensables” para la determinación de su perfil de ADN, la aplicación del principio de necesidad comportará que ello se haga del modo menos lesivo. Descartados los actos de inspección y de reconocimiento como medios de obtención de muestras, la intervención corporal propiamente dicha deberá ser la menos lesiva de entre las posibles, entre las cuales, la toma de una muestra de saliva se presenta, en principio, como la menos dolorosa y más fácil de llevar a cabo, pues, ni siquiera exige la intervención de personal especializado para su obtención. Todo ello sin desconocer que los actuales avances tecnológicos en este punto ya permiten obtener el ADN de material celular menor, por lo que en breve podrán adoptarse medios de obtención de muestras biológicas aún más sencillos y menos intrusivos.

En cualquier caso, como expondremos en el capítulo siguiente, el problema práctico se plantea, en realidad, cuando el sujeto afectado por la medida se niega a colaborar en su ejecución, pues contando con su voluntad no existirá escollo alguno para la consecución de las muestras necesarias y por el medio que incluso el mismo afectado se ofrezca, en su caso, a facilitar.

4. 3. *El principio de proporcionalidad en sentido estricto*

Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “el principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”⁶⁹⁰.

En consecuencia, no basta que la medida restrictiva de derechos sea idónea y necesaria a los fines de la investigación, sino que debe ser también proporcionada, atendidas las circunstancias particulares que concurran en el caso y su forma de ejecución⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 225 y “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, cit., pág. 208. Se caracteriza por ser un principio valorativo – a diferencia del carácter empírico del examen de idoneidad o necesidad –, ponderativo y de contenido material, no meramente formal. En este sentido, para dicho autor, la inclusión del principio en el marco del Derecho Procesal Penal y su estudio desde la perspectiva de las normas constitucionales permite conocer su fundamento material, establecer los criterios de medición y los valores preferentes. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 243-245.

⁶⁹¹ Así, en la sentencia 207/1996, el Tribunal Constitucional consideró desproporcionada la medida acordada atendido su alcance y los resultados pretendidos: “En este sentido, y a la vista de su contenido dispositivo, es evidente que las resoluciones impugnadas, tanto al ordenar que el informe pericial se remonte a „el tiempo desde que (el recurrente) lo pudiera ser (consumidor)” -lo que, en puridad, abarca toda su vida-, como al requerir que dicho informe comprenda el consumo „de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes” -y no sólo el de cocaína, que es la única sustancia que se sospecha pudo haber recibido como dádiva en el delito de cohecho que le es imputado-, incurren en una notoria desproporción

Aplicado este principio a las investigaciones corporales, éstas serán constitucionalmente legítimas si los intereses estatales (principalmente, la gravedad del delito, el grado de imputación y la probabilidad de éxito de la medida) son más relevantes que los individuales⁶⁹². En palabras de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 1ª, de 29 de diciembre de 2000:

“Resultan admisibles las intervenciones corporales cuando, de la ponderación entre los intereses individuales y sociales en conflicto, se desprenda mayor relevancia de los segundos, atendidas las circunstancias del caso concreto, principalmente teniendo en cuenta la gravedad del delito, el grado de imputación y la probabilidad de éxito de la medida” (f.j.8).

La gravedad delictiva como criterio de procedencia de las intervenciones corporales⁶⁹³ es, pues, una exigencia derivada del principio de proporcionalidad en sentido estricto⁶⁹⁴.

entre el alcance que otorgan a la medida de intervención corporal y los resultados que se pretenden obtener con su adopción, razón por la cual dicha medida se revela, en este punto, lesiva del derecho a la intimidad del demandante de amparo” (f.j.6 C).

⁶⁹² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 309. Así también, MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 172 y URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO: *La prueba ilícita penal*, cit., pág. 96. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., págs. 245-273, señala como intereses estatales el interés en la protección de los derechos fundamentales del individuo, el interés en la tutela de otros bienes constitucionalmente protegibles, el interés en el correcto desarrollo del proceso y en el adecuado funcionamiento de las instituciones procesales y, por supuesto, el interés de persecución penal encaminado a la aplicación del *ius puniendi* y estudia como criterios de medición indicadores del interés estatal, siguiendo a la doctrina alemana, la consecuencia jurídica, la importancia de la causa, el grado de imputación y el éxito previsible de la medida. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 246-251. PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO: “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, cit., págs. 88-89, muestran la aplicación diferenciada que el Tribunal Constitucional alemán ha realizado del principio de proporcionalidad en sentido estricto en el ámbito de los derechos fundamentales, concebidos como ordenación jerárquica de valores, en función de sus distintos grados de protección, así como sus consecuencias en orden a la distribución de la carga de la prueba.

⁶⁹³ Cf. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 159-177. Sin embargo, como advertía este mismo autor: “Intervenciones corporales: la regulación que se aproxima”, cit., pág. 1309, el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN no precisaba en ningún momento que el principio de proporcionalidad tuviera que concretarse en la exigencia de una determinada gravedad en el hecho punible a esclarecer mediante las intervenciones corporales. Por otra parte, respecto al análisis de ADN, la Recomendación R (92) 1 del Consejo de Europa, interpretada conforme al memorándum que la acompaña, admite dichos análisis en los casos leves a instancia de la defensa, exigiendo, en cambio, la gravedad delictiva para la acusación. Así, ETXEBERRIA GURIDI: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 107-108. También exige que se trate de un delito grave, CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., pág. 80. Igualmente, en materia de intervenciones telefónicas se exige como uno de los presupuestos que habilitan legal y constitucionalmente la adopción de la decisión judicial “la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social de mismo” (STC 166/1999, de 27 de septiembre, f.j.3a).

⁶⁹⁴ ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 148, relaciona dicha exigencia de gravedad delictiva con el principio de necesidad: indispensabilidad de la medida y

Como ejemplo de la utilización del criterio de gravedad delictiva como indicador de la proporcionalidad de la medida de intervención corporal, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2002, núm. 1870/2002, la cual, tras declarar la admisibilidad constitucional de las intervenciones corporales que no generen peligro para la salud del acusado, siempre que sean proporcionadas a la gravedad del delito y la prueba del mismo no pueda ser obtenida de otra forma, consideró proporcionada tal medida de investigación corporal acordada en la persona del marido de la presunta víctima a fin de comprobar la existencia del delito de agresión sexual del que venía imputado por su esposa.

El problema práctico estriba en la concreción de la exigencia de gravedad. A este respecto pueden utilizarse dos criterios (separada o simultáneamente): la naturaleza delictiva y la gravedad de la pena. Con el primero, se establecerían una serie de delitos en los que por su naturaleza cabría adoptar determinadas intervenciones corporales⁶⁹⁵; con el segundo, en cambio, las intervenciones corporales podrían acordarse en aquellos delitos que llevaran aparejada una determinada pena en abstracto⁶⁹⁶.

Hay que atender no sólo a la pena con la que el delito o los delitos se sancionan, sino también al bien jurídico protegido y a la relevancia social de los hechos (STC 184/2003, de 23 de octubre, f.j.10). Pero además de la trascendencia social y la relevancia jurídico penal de los hechos, se tienen en cuenta otros elementos.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha considerado grave un delito de contrabando cometido por una organización delictiva en atención al bien jurídico protegido y al elemento de que sean organizaciones complejas las que se dediquen a su comisión, por la potencial eficacia de dichas organizaciones en su embate contra los intereses sociales y públicos garantizados por la legalidad que atacan (STC 299/2000,

adecuación entre el hecho imputado y la gravedad de la intromisión. En consecuencia, no sería admisible acordar una intervención corporal en un juicio de faltas. Jesús ARILLA PLATERO: “Intervención corporal en el proceso penal. Especial referencia a la extracción y análisis de sangre”, *Diario Jurídico Aranzadi*, 2 de abril de 2003, plantea como hipótesis una prueba de cotejo de ADN del denunciado respecto a los restos de sangre hallados en una jeringuilla abandonada (art. 630 CP) para averiguar quién la utilizó.

⁶⁹⁵ En esta línea, ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 148, considera conveniente que una futura reforma procesal estableciera un listado escalonado y en relación a cada uno de los delitos que, en principio, suelen precisar o acomodarse a la exigencia de intervenciones corporales, la cual contuviera además un orden de prelación de dichas medidas en atención a su carácter más o menos grave. En contra de esta solución, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 310, y ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 175. Siguiendo a estos autores, IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 91 y “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: La quiebra del principio de legalidad”, cit., pág. 184, para quien la gravedad delictiva puede ser un criterio a manejar a la hora de establecer un catálogo de delitos en los que pueda tener cabida la imposición coactiva de las medidas de intervención corporal, aunque no debiera condicionar la posibilidad de que el órgano judicial pueda acordar una intervención corporal necesaria atendidas las características propias de la actuación delictiva.

⁶⁹⁶ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 79, considera más adecuado atender a la regla del Código Penal para determinar cuáles son los delitos graves, por referencia a la pena que tienen atribuida, pero también en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social de los hechos.

de 11 de diciembre, f.j.2) o un delito contra la propiedad intelectual cometido mediante la utilización de las tecnologías de la información, toda vez que su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución (STC 104/2006, de 3 de abril, f.j.4).

Tampoco en materia de intervenciones telefónicas la gravedad de la infracción punible puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores, como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de aquélla (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, f.j.2; 14/2001, de 18 de enero, f.j.3; 202/2001, de 15 de octubre, f.j.3; 167/2002, de 18 de septiembre, f.j.4).

Por lo que a la prueba de ADN se refiere, el artículo 363 LECrim ni ha establecido catálogo de delitos alguno, ni ha fijado límite punitivo alguno, utilizando antes bien una fórmula genérica, “*siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen*”, mediante la cual, a priori, parecen quedar excluidos los delitos menos graves. Así, para la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006, núm. 968/2006, la citada expresión debe conectarse con la importancia del delito que se está investigando, por lo que no sería admisible la utilización de esta prueba “en la delincuencia menor o de bagatela” (f.j.3). No en vano se está ante una técnica de investigación definida por las notas de judicialidad, excepcionalidad y proporcionalidad. Ello es conforme, en definitiva, con la jurisprudencia constitucional que limita los medios restrictivos de derechos fundamentales a la investigación de delitos graves⁶⁹⁷.

Sin embargo, la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN no sólo ha establecido como criterio que permite inscribir en dicha base los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieren sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, el de la gravedad delictiva, sino que, además, ha incluido un exhaustivo listado de delitos en función de su naturaleza⁶⁹⁸ – no siempre castigados con pena grave, por cierto – que se sitúa, sin duda, en el marco del fenómeno expansivo de la utilización de las técnicas genéticas en la investigación de los delitos.

En efecto, el artículo 3 de la citada Ley no sólo se refiere a los delitos graves⁶⁹⁹, sino también, “en todo caso”, a los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la

⁶⁹⁷ A pesar de que la ubicación sistemática del citado precepto en las normas propias del sumario podría llevar a pensar que la prueba de ADN sólo cabe para investigar delitos tramitados por el proceso ordinario para delitos graves castigados con pena superior a 9 años de prisión (arg. art. 757 LECrim), lo cierto es, como apunta GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 79, que para la jurisprudencia los delitos graves cuya investigación justifica la limitación de derechos fundamentales son los castigados por el Código Penal con pena grave, si bien, como hemos expuesto, la gravedad del delito no se determina únicamente en relación con la pena que tiene atribuida.

⁶⁹⁸ Para REVERÓN PALENZUELA: “La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales”, cit., pág. 103, la regulación es adecuada porque combina el criterio de la gravedad con la referencia expresa a delitos que afectan a bienes jurídicos de gran intensidad y a otros que, si bien no son tan graves, pueden dejar vestigios biológicos en su comisión.

⁶⁹⁹ Para MARTÍN PASTOR: “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal”, cit., pág. 70, debe tratarse de delitos con pena privativa de libertad superior

libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fueren realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de violencia organizada, incluyendo en tal término la recogida en el apartado 4 del artículo 282 bis de la LECrim en relación a los delitos allí enumerados, ampliados, como expusimos, tras la última reforma del Código Penal a delitos tales como los cometidos contra los ciudadanos extranjeros.

No parece sino que la finalidad sea otra que la de incluir en la base de datos creada ad hoc el mayor número posible de perfiles de ADN, máxime si tenemos en cuenta que se prevé la toma de muestras del sospechoso, detenido o imputado por parte de la propia Policía Judicial y la inscripción de tales identificaciones en la base de datos sin consentimiento del afectado, quien únicamente será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento. Únicamente se requerirá la autorización judicial, pues, en caso de falta de consentimiento del afectado a la toma de muestras.

Habrá que estar, pues, al supuesto de hecho concreto y decidir en cada caso con arreglo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad si la medida, además de adecuada y necesaria, es proporcionada, atendidas, entre otras circunstancias, necesariamente la gravedad del delito objeto de investigación, la pena que conlleva y el bien jurídico protegido⁷⁰⁰.

En efecto, ninguno de tales criterios resulta por sí solo determinante dado que en la ordenación y ejecución práctica de las medidas de intervención corporal entran en juego otros requisitos y exigencias. En palabras de ETXEBERRIA GURIDI: “Ya no es suficiente con atender a la gravedad del delito, hay que tomar en consideración además, especialmente desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la naturaleza misma de la diligencia, la forma de la comisión delictiva y especialmente la situación personal del imputado, en particular sus circunstancias sanitarias y de salud”⁷⁰¹.

Así pues, no sólo habrá que valorar los derechos fundamentales afectados, sino también las consecuencias que las medidas puedan acarrear en la salud, física o psíquica, y en su vida familiar, social y profesional⁷⁰².

En cualquier caso, la comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de realizarse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción y

a 9 años por ser éste el límite que la ley fija para que los delitos sean enjuiciados mediante el procedimiento ordinario por delitos graves.

⁷⁰⁰ Con todo no cabe olvidar que la Recomendación nº R (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 10 de febrero de 1992, sobre la utilización de los análisis de ADN en el marco de la justicia penal, permitía el recurso a los análisis de ADN en todos los casos apropiados, cualquiera que sea el grado de gravedad de la infracción. Posibilidad contemplada, fundamentalmente, de cara al interés de la defensa en acudir al uso del ADN para excluir la culpabilidad del sospechoso aún en los casos más leves.

⁷⁰¹ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 176-177.

⁷⁰² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 274 y “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, cit., pág. 215.

no *a posteriori*, como pretendía, verbigracia, el recurrente de amparo de la STC 126/2000, de 16 de mayo, que consideraba desproporcionada, atendida la gravedad de la infracción, la intervención telefónica acordada en el seno de la investigación de un delito continuado de hurto (infracción que por sí misma no justificaba, a su entender, la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones) por el que finalmente fue condenado a 6 meses de arresto mayor.

5. Requisitos específicos

Las investigaciones corporales como medidas restrictivas de derechos fundamentales que recaen sobre el cuerpo de la persona exigen además la concurrencia de otros requisitos.

La STC 207/1996, en su fundamento jurídico 4 F, como exigencias específicas de las intervenciones corporales, derivadas del artículo 15 CE, de alguna manera referibles también al principio de proporcionalidad, establece las siguientes:

“a) 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 (STC 7/1994); b) 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; c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 CE)”.

El primero de estos requisitos ya ha sido objeto de consideración al estudiar los derechos fundamentales afectados por las investigaciones corporales; el segundo, al tratar los elementos subjetivos de las investigaciones corporales, concretamente, los sujetos activos competentes para practicarlas y, el tercero, no debe considerarse un requisito específico, sino una exigencia genérica a respetar en todo caso dada la naturaleza de la dignidad como valor fundamental.

Como advierte GÓMEZ AMIGO, no sólo son garantías a respetar en la ejecución de la medida, sino garantías a tener en cuenta por el Juez en el momento de decidir sobre su adopción⁷⁰³.

⁷⁰³ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 91. Por ello configura las mismas, con carácter general, como presupuestos relativos a la ejecución de las medidas de intervención corporal.

VII. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN CORPORAL

1. Las investigaciones corporales como obligación o carga procesal

La ejecución de una medida de investigación corporal no plantea problema alguno cuando consiente el sujeto afectado⁷⁰⁴. Ello no significa que mediando consentimiento pueda realizarse cualquier tipo de intervención, puesto que, en todo caso, la medida deberá reunir los requisitos y garantías antes expuestos. En efecto, las investigaciones corporales en ningún caso pueden dañar la dignidad personal, constituir trato inhumano o degradante, afectar a la salud ni ser desproporcionadas, aunque consienta el sujeto pasivo de la misma⁷⁰⁵.

El problema surge cuando el sujeto afectado no presta su consentimiento a la ejecución de la medida. Problema que sigue vigente pese a haber regulado el artículo 363 LECrim la posibilidad de acordar la obtención de muestras biológicas para la determinación del perfil de ADN del sospechoso mediante los actos de inspección, reconocimiento e intervención que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto dicho precepto – aparte de no regular todo tipo de investigaciones corporales – no contiene pronunciamiento alguno respecto a la posibilidad de ejecutar coactivamente dichos actos⁷⁰⁶, ni respecto a las consecuencias que de la negativa a su cumplimiento voluntario pudieran derivarse, como tampoco lo contenía en su momento el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN, ni lo contiene hoy la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN⁷⁰⁷.

En definitiva, se plantea el problema de la naturaleza jurídica de las investigaciones corporales como obligación o como carga procesal con sus distintas consecuencias. En el primer caso, la negativa del sujeto comportaría su cumplimiento

⁷⁰⁴ En idéntico sentido, CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., págs. 77-78, respecto a la prueba pericial genética. Con anterioridad, en “Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual”, cit., pág. 821.

⁷⁰⁵ Así, MORENO CATENA: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, cit., pág. 137; GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., págs. 58-59, y “La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal”, cit., pág. 891; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 403.

⁷⁰⁶ Por el contrario, MONTERO LA RUBIA: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, cit., pág. 19, considera conforme a Derecho, en base a dicho precepto, la obtención coactiva de muestras biológicas como raíces de cabello, saliva o, incluso, sangre del imputado para determinar su perfil biológico, realizada por personal médico y mediante sujeción mecánica si fuera necesario.

⁷⁰⁷ Dicha ley orgánica lo único que viene a decir en su D.A. 3ª es que cuando no se cuente con el consentimiento del afectado para la toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales será necesario, en todo caso, autorización judicial mediante auto motivado, remitiéndose entonces a la LECrim que, como hemos expuesto, no soluciona el problema de su posible ejecución forzosa.

coercitivo o una sanción; en el segundo, una desventaja procesal⁷⁰⁸. En cualquier caso, sea cual sea la solución que de *lege ferenda* se adopte, deberían advertirse las consecuencias desfavorables de su no ejecución en la misma resolución que acuerde la medida⁷⁰⁹.

El Anteproyecto de LECrim de 2011 sí disponía expresamente, como hemos venido diciendo, la obligación de todo investigado de soportar la práctica de una inspección o intervención corporal cuando hubiera sido ordenada en los términos previstos en la ley, pudiendo imponer el Juez de Garantías, en caso de negativa del sujeto afectado por la medida, atendiendo a la necesidad de la actuación y a la gravedad del hecho investigado, su cumplimiento forzoso, estableciendo las medidas que, si resultara imprescindible, podrían emplearse para la realización de la diligencia contra la voluntad del investigado. Medios para hacer cumplir la decisión que no se anunciaban, sin embargo, en el citado precepto (artículo 260), sino que debería ser la resolución judicial que dispusiera la medida la que los expresase, además de justificar la necesidad de su obtención forzosa.

Ejecución coactiva que se preveía incluso para la obtención de muestras biológicas de personas distintas del investigado que no consintieran tal diligencia (artículo 264), a diferencia de lo que ocurría con las inspecciones o intervenciones corporales acordadas asimismo sobre personas distintas del investigado, para quienes incluso se contemplaba la posibilidad de que pudieran rehusar la medida por los mismos motivos por los que podrían excusar su declaración como testigos (artículo 261).

Igualmente, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 dispone expresamente la obligación del encausado a someterse a los registros e intervenciones corporales que hayan de practicarse de conformidad con lo establecido en el mismo, pudiendo utilizar, en caso de incumplimiento de tal obligación, la fuerza que resulte idónea, necesaria y proporcionada para la ejecución de la medida (artículo 48). Medidas de compulsión que deberá concretar la resolución judicial que acuerde la práctica de la medida contra la voluntad del afectado, sin que sea suficiente la encomienda de que se lleve a cabo la misma conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (artículo 282).

La posibilidad de ejecutar por la fuerza la medida acordada en caso de negativa injustificada a su cumplimiento por parte del sujeto afectado es, sin duda, la cuestión más controvertida de entre las que plantea la materia que nos ocupa. Pese a la reforma

⁷⁰⁸ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 402. Así también, IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 102.

⁷⁰⁹ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 146; Fernando DE ROSA TORNER: “Intervenciones médicas y su relación con la limitación de los derechos fundamentales en el procedimiento penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 388. Así también, LLEDÓ YAGÜE: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, cit., págs. 206 y 211, respecto de las pruebas biológicas de filiación. También, CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., pág. 83 y, con anterioridad, en “Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual”, cit., pág. 821.

de la LECrim y la LO 10/2007, siguen sucediéndose distintas soluciones doctrinales y jurisprudenciales, las cuales intentaremos sistematizar a continuación:

1.1. *Las investigaciones corporales como obligación procesal*

Para ASECIO MELLADO, a la luz de la doctrina constitucional sobre el derecho a no declarar y a no hacerlo contra uno mismo, en ningún caso se puede exigir al imputado la realización de una conducta positiva. Sin embargo, ello no constituye óbice alguno para imponerle un deber de soportar pasivamente cualquier tipo de intervenciones corporales, siempre que su comportamiento en tales casos fuese únicamente negativo, esto es, no requiriera colaboración activa de ninguna clase⁷¹⁰.

En idénticos términos, afirma ROXIN, respecto al derecho procesal penal alemán, sobre la base del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que el procesado no tiene que colaborar con las autoridades encargadas de la investigación mediante un comportamiento activo, pero sí debe soportar injerencias corporales que puedan contribuir definitivamente al reconocimiento de su culpabilidad⁷¹¹. Recuérdese, con todo, que en la ley procesal alemana sí está prevista expresamente la obligatoriedad de la medida, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento⁷¹².

En esta línea, GIL HERNÁNDEZ si bien excluye en todo caso la fuerza física entiende que la coactividad en la ejecución de las medidas dependerá de su naturaleza y de la actividad requerida al sujeto pasivo⁷¹³. Así, en los casos en que el sujeto pasivo deba colaborar activamente, no cabrá coacción directa, a diferencia de aquellos otros en los que su comportamiento deba ser simplemente negativo, un dejarse hacer.

También para GOYENA HUERTA el uso de la coerción debe restringirse a los casos en que se pretende del inculpado una obligación de no hacer o de padecer, estando

⁷¹⁰ ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., págs. 151-152. Se basa en una razón práctica de eficacia del proceso penal y defensa de la víctima del delito. Siguiendo a este autor, IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 50, y BUJOSA VADELL: “El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, cit., pág. 193, quien se muestra partidario de esta solución para las pruebas biológicas de filiación.

⁷¹¹ ROXIN: “La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán”, cit., pág. 120.

⁷¹² Así, el parágrafo 81a StPO prevé expresamente las extracciones de sangre y otras injerencias corporales, sin consentimiento del inculpado, para la constatación de hechos importantes para el proceso, siempre que sean realizadas por un médico conforme a la *lex artis* y no revistan peligro alguno para la salud del sujeto.

⁷¹³ GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pág. 65. En idéntico sentido en “La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal”, cit., pág. 897, con exclusión de la *vis física*, en todo caso, considera que “la coactividad en la ejecución de las medidas de intervención corporal dependerá de su naturaleza y la correspondiente actividad que requiera por parte del sujeto pasivo; es decir, se ha de distinguir los supuestos en que éste deba colaborar activamente en dicha práctica [...], en los que no podrá ser requerido coactivamente a ello, pues su conducta omisiva estaría dentro del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, del art. 24 CE –, de aquellos otros en los que su comportamiento deba ser simplemente negativo, un dejarse hacer.”

proscrita la coacción en todos aquellos casos en que se pretendiese el cumplimiento de una obligación de hacer⁷¹⁴.

Sin embargo, como se ha apuntado, es inimaginable una tolerancia completamente pasiva, ya que para llevar a cabo una medida de investigación en la que el imputado esté involucrado de algún modo, se necesitará siempre alguna participación de su parte en forma de actividad por mínima que sea. Objeción que la doctrina salva sosteniendo que el imputado tiene la obligación de realizar las actividades preparatorias y de acompañamiento necesarias para ejecutar la medida en cuestión⁷¹⁵.

Así, configurada como obligación, la mayoría de autores se inclina por su imposición coactiva en caso necesario, si bien no faltan quienes optan por soluciones alternativas, aplicables también a aquellos supuestos en que no quepa utilizar el uso de la fuerza. Veámoslo:

1.1.1. Las investigaciones corporales como obligación procesal susceptible de imposición coactiva:

Concebida como una obligación, su negativa daría lugar a su imposición coactiva. Así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO entiende que, aunque el sujeto tiene derecho a no colaborar activamente en la ejecución de la medida, estaría obligado a soportar las intervenciones pasivamente, de modo que su resistencia podría dar lugar a su detención y a la aplicación de la fuerza para llevar a cabo la medida, impuesta como obligación procesal, siempre que su ejecución no resultase desproporcionada atendidas las circunstancias del caso⁷¹⁶. El grado de fuerza a emplear en la ejecución de la medida vendría determinado, en definitiva, por el principio de proporcionalidad.

En parecidos términos, COMAS DE ARGEMIR CENDRA afirma que la ley debería autorizar el empleo de la coacción directa, ordenando la detención del sujeto por

⁷¹⁴ GOYENA HUERTA: “Las intervenciones corporales coercitivas”, cit., págs. 3-4, para quien el ordenamiento jurídico español vigente otorga cobertura legal bastante a las intervenciones corporales coactivas, no solo por mor de los artículos 326, 363, 339, 373, 375, 399, 478, 762.7ª, 778.3 y 796.1.6ª.7ª LECrim, sino también, y muy especialmente, por lo dispuesto en el artículo 549 LOPJ, conforme a la redacción dada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que atribuye específicamente, entre otras, a la Policía Judicial la función de “la realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal.” Sin embargo, tal previsión legal no constituye, en realidad, novedad alguna, puesto que ya se encontraba en el artículo 445 de la versión original de la LOPJ de 1 de julio de 1985 ni, por otra parte, está referida específicamente a las intervenciones corporales.

⁷¹⁵ Así, Juan Francisco TAPIA: “Intervenciones corporales en el proceso penal”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf>, con cita de Gabriela CÓRDOBA: “Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. Maier*, Buenos Aires, 2005.

⁷¹⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., págs. 294-295. Siguiendo a este autor, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 47-48, para quien el límite al empleo lícito de la fuerza física para la imposición de las medidas de intervención corporal se encuentra en que se respeten las garantías que deben concurrir en su ejecución, a saber, que no supongan una práctica vejatoria contraria a la dignidad de la persona, si afectan al derecho a la intimidad corporal, y que no supongan un riesgo para la salud ni produzcan sufrimientos de cierta entidad, si afectan a la integridad física.

el plazo indispensable y dentro de los límites legales, siempre que se cumplieren los siguientes requisitos, a fin de garantizar el derecho a la integridad física: 1) Tratarse de delitos de carácter grave y, aún dentro de éstos, sólo los que revistan cierta envergadura (homicidio, tráfico de drogas, agresiones sexuales); 2) Que la fuerza a emplear fuera de carácter leve y la ejecución de la medida no afectara ni a la dignidad, ni a la salud, ni a la integridad, ni al pudor de la persona; 3) Que la prueba fuera imprescindible e idónea; 4) Que fuera practicada por personal médico⁷¹⁷.

VARELA AGRELO defiende esta posición tanto para el proceso civil⁷¹⁸ como para el penal, aunque en éste la imposición coactiva se traduce en que el afectado ha de soportar pasivamente la intervención⁷¹⁹.

Para GÓMEZ AMIGO existe una obligación en sentido estricto de sometimiento, si bien admite que en el caso de la víctima del delito se trataría de una carga procesal⁷²⁰. Defiende el empleo de la fuerza física si resulta proporcionada en el caso concreto, es decir, siempre que se respeten las garantías que deben concurrir en su ejecución, a saber, que no suponga una práctica vejatoria, contraria a la dignidad de la persona, si se trata de medidas invasivas de la intimidad corporal y que no suponga un riesgo para la salud ni produzca sufrimientos de cierta entidad, si el afectado es el derecho a la integridad física.

También apoya la tesis de la coacción física IGLESIAS CANLE, sin dejar de reconocer que en el actual modelo constitucional y jurisprudencial difícilmente resulta defendible esta posición⁷²¹. Asimismo, MORENO VERDEJO y GUILLÉN VÁZQUEZ

⁷¹⁷ COMAS DE ARGEMIR CENDRA: “La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia”, cit., págs. 87-88, entiende que de esta forma se garantizaría la ejecución de la medida con garantías suficientes para el imputado sin necesidad de tener que acudir a la imposición de otra pena por delito de desobediencia.

⁷¹⁸ VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, cit., págs. 25-28. También RIVERO HERNÁNDEZ: “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”, cit., pág. 380, aunque a disgusto, entiende que en materia de pruebas biológicas, tras la STC 7/1994, estamos en presencia de una verdadera obligación jurídica del demandado, imponible coercitivamente en caso de negativa abierta y directa, no de una mera carga procesal. En cambio, para M.^a del Mar POMARES GARCÍA: “Las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad en los procesos de filiación. Estudio especial de la negativa a someterse a su práctica”, *La Ley*, 19 de marzo de 1993, pág. 1089, si bien hay obligación de someterse a la prueba biológica a fin de posibilitar la investigación de la paternidad, su cumplimiento no puede obtenerse de forma coactiva mediante el recurso a la fuerza, puesto que ello constituiría una violación del derecho fundamental a la libertad.

⁷¹⁹ VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, cit., págs. 25-28.

⁷²⁰ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 29.

⁷²¹ IGLESIAS CANLE. “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: La quiebra del principio de legalidad”, cit., pág. 202. Con todo, sólo en atención a determinados bienes jurídicos dotados de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico y en relación a supuestos especialmente graves considera admisible la coerción como medio de realización de las intervenciones corporales. En los demás casos, estima la negativa injustificada como un indicio de la comisión de los hechos, insuficiente por sí solo para destruir la presunción de inocencia. Así, en *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 125.

consideran que sería admisible el empleo de la fuerza una vez existiera la previsión legal necesaria para ello. E, igualmente, MORENO VERDEJO, *de lege ferenda*, tras la reforma de la LECrim por la LO 15/2003, puesto que, obviamente, el artículo 363 no puede entenderse como una expresa previsión legal que autorice el empleo de la fuerza⁷²².

Por su parte, HOYOS SANCHO considera la posibilidad de emplear toda la fuerza coactiva necesaria sobre el sospechoso que se niega a prestar una muestra orgánica para su análisis a pesar de la resolución judicial requiriéndole en ese sentido como una solución técnicamente posible en un proceso penal propio de un Estado de Derecho, aunque ciertamente la legislación actualmente vigente sobre la materia en nuestro país, incluso tras la publicación de la LO 10/2007, de 8 de octubre, no establece de forma clara, expresa e “indubitada” tal posibilidad⁷²³. También MATALLÍN EVANGELIO se muestra partidaria de la obligación de soportar tales medidas, dada su legitimidad (legalidad+proporcionalidad), empleando la *vis fisica* adecuada, necesaria y proporcionada en su ejecución⁷²⁴.

Incluso alguna resolución judicial se ha mostrado partidaria de la ejecución forzosa de la medida. Así, por ejemplo, el auto de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de fecha 7 de abril de 2005, frente a la decisión del instructor del sumario, acordó la práctica de la intervención corporal del procesado consistente en extracción de sangre con la finalidad de comparar su ADN con las muestras obtenidas por el forense en la víctima, por considerar tal medida legitimada por el vigente artículo 363 LECrim, si bien dejaba en manos del juez instructor “el tiempo y el modo de practicar la medida indicada”.

Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Segovia, sec. 1ª, de fecha 11 de julio de 2007, pese a admitir que en los preceptos que está prevista la posibilidad de

⁷²² MORENO VERDEJO y GUILLÉN VÁZQUEZ: “ADN y proceso jurisdiccional: excesos y defectos. Necesidad de superar la actual situación de anomia”, cit., pág. 57, y MORENO VERDEJO: “ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 1835. Siguiendo a este autor, MARCA MATUTE: “Inspección ocular, levantamiento de cadáver y reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente probatoria”, cit., págs. 91-93. Así también, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 127. En cambio, para RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU y RICHARD GONZÁLEZ: *El proceso penal práctico*, cit., págs. 611-612, no cabe duda que el artículo 363.2 LECrim autoriza al Juez a acordar y a la Policía a practicar una mínima compulsión personal para obtener una muestra (de pelo o saliva) de la persona del sospechoso. Igualmente, sostiene RICHARD GONZÁLEZ: “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, cit., págs. 403-408, con carácter general, y págs. 456-463, respecto a la obtención de muestras biológicas, que la práctica de la intervención corporal acordada por el Juez podrá realizarse sin el consentimiento del sometido a la medida siempre que objetivamente no suponga un riesgo para la salud o un daño o menoscabo de la integridad física del imputado.

⁷²³ HOYOS SANCHO: “Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN”, cit., pág. 248. También se muestra partidario de tal posibilidad MUÑOZ CUESTA: “Obtención de muestras del inculcado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física”, cit., págs. 21291-21292, con la diferencia de que para este autor los artículos 363 y 778.3 LECrim sí constituirían cobertura legal suficiente para la obtención del inculcado de muestras biológicas contra su voluntad, pudiéndose llevar a cabo la diligencia la Policía Judicial, al amparo del artículo 549.1c) LOPJ, con el uso de la adecuada y a la vez bastante fuerza física.

⁷²⁴ MATALLÍN EVANGELIO: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, cit., pág. 124.

obtener muestras corporales del sospechoso (con cita de los artículos 363.2 y 778.3 LECrim) no se prevé, al menos de forma expresa, la posibilidad de que tal obtención pueda hacerse de forma forzosa, acordó tal intervención en la persona del imputado a fin de extraerle una muestra de cabello o saliva, indistintamente, argumentando que la doctrina del Tribunal Constitucional – con cita, por cierto, de la STC 37/1989, a la que luego nos referiremos para sostener lo contrario – ha sido favorable a la posibilidad de obtener muestras mediante el empleo de la fuerza siempre que se den una serie de circunstancias que avalen, en esos casos, la primacía del derecho a la prueba, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva, frente al derecho a la integridad corporal o la intimidad (f.j.3), circunstancias que considera que concurren en el caso analizado (f.j.4).

Más prudente se muestra, en cambio, la Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, en su auto de fecha 30 de junio de 2011, en el que pese a declarar la obligación del lesionado a someterse a la exploración personal de dos facultativos designados por la representación procesal del denunciado, uno de ellos oftalmólogo y otro experto en valoración del daño corporal, como consecuencia del accidente de caza objeto de autos, afirma que dicho reconocimiento corporal no podrá ser impuesto coactivamente al lesionado, sino que deberá advertírsele de las consecuencias de la negativa a su práctica.

Sin embargo, lo cierto es que, a diferencia de otros ordenamientos, no existe en nuestro Derecho obligación legal de someterse a la práctica de las medidas de investigación corporal⁷²⁵, con la excepción a que luego nos referiremos de las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los delitos contra la seguridad vial. Por ello, a falta de previsión legal expresa, no cabe su ejecución forzosa y, en consecuencia, el recurso a la fuerza resulta insostenible si el sujeto se niega a soportar pasivamente la medida.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 7 de julio de 2010, núm. 685/2010, en la que, tras establecer que en aquellos casos en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos necesarios para la obtención de muestras de ADN, es necesario autorización judicial, añade que dicha resolución habilitante no

⁷²⁵ Recordemos, sin embargo, una vez más, que el Anteproyecto de LECrim de 2011 sí establecía expresamente la obligación del investigado a soportar la práctica de una inspección o intervención corporal cuando hubieran sido ordenadas en los términos previstos en la ley. Así disponía en el apartado 2 de su artículo 260 que *“si quien haya de someterse a la misma se opone a su realización, el Juez de Garantías, atendiendo a la necesidad de la actuación y a la gravedad del hecho investigado, podrá imponer su cumplimiento forzoso estableciendo las medidas que, si es imprescindible, podrán emplearse para la realización de la diligencia contra la voluntad del afectado.”* Medidas para hacer cumplir la decisión que debería expresar la resolución en la que se acordase la medida justificando la necesidad de realizarla. Era, pues, el Juez de Instrucción quien debía especificar qué actos concretos de fuerza podrían realizarse sobre la persona del investigado a fin de llevar a cabo la medida acordada.

De igual modo, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 establece como obligación del encausado someterse a los registros e intervenciones corporales que hayan de practicarse de conformidad con lo establecido en el mismo, admitiendo, en caso de incumplimiento de la obligación, la utilización de la fuerza que resulte idónea, necesaria y proporcionada (art. 48). Será el Tribunal de Garantías quien deberá fijar en la resolución que dicte las medidas a adoptar con el fin de asegurar la ejecución, con arreglo a dichos principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Así lo dispone para los exámenes radiológicos el apartado 2 del artículo 282, precepto al que se remite la regulación de las intervenciones corporales en caso de ausencia de consentimiento del sujeto afectado por las mismas (art. 284 *in fine*).

podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal por estar sometida ésta a una reserva legal explícita que legitime la intervención que, hoy por hoy, no existe, “sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados” (f.j.2).

Ni siquiera los autores que defienden la coacción directa en caso de negativa injustificada del imputado a realizar la medida acordada sostienen el recurso a la fuerza sin contemplaciones, sino que establecen límites al uso de la misma. Límites que vienen dados en último término, como hemos expuesto en el capítulo anterior, por los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. No pueden llevarse a cabo lesionando el derecho a la integridad física, ni el derecho a la salud ni el derecho a la intimidad. No pueden constituir tratos inhumanos o degradantes ni atentar a la dignidad de la persona.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 11 de julio de 2006, caso Jalloh c. Alemania, consideró “trato inhumano o degradante” la colocación de una sonda nasogástrica para la administración de un emético que tenía por finalidad hacer vomitar al sujeto a fin de obtener, en contra de su voluntad, la prueba material de un delito de tráfico de estupefacientes⁷²⁶.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1989, de 15 de febrero, al resolver el recurso interpuesto contra la resolución del Juzgado de Instrucción número 10 de Málaga que había acordado la práctica de determinadas actuaciones sumariales, entre otras, el reconocimiento médico forense de la imputada a fin de determinar indicios de una posible interrupción voluntaria de embarazo constitutiva de un delito de aborto, tras establecer la doctrina constitucional sobre la intimidad corporal como manifestación del derecho a la intimidad y los requisitos y garantías que ha de reunir toda restricción del mismo, otorgó el amparo por incompatibilidad en cuanto a su forma tanto de la resolución impugnada, como de la que en su cumplimiento se dictó, con el derecho fundamental de la actora a su intimidad personal, preservando así a la demandante frente a cualquier ejecución de la medida examinada:

⁷²⁶ El TEDH consideró infringido el artículo 3 del Convenio porque las autoridades alemanas forzaron al demandante a vomitar, no por razones terapéuticas, sino para obtener unos elementos de prueba que hubieran podido conseguir por métodos menos intrusivos y, además, porque la manera en que fue ejecutada la medida era susceptible de causar al demandante sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarle y degradarle, además de riesgos para su salud, amén de dolores físicos y sufrimientos mentales. En efecto, Abu Bakah Jalloh, residente sierraleonés domiciliado en Colonia, fue arrestado por la policía tras verle sacarse de la boca dos pequeñas bolsitas que supusieron contenían droga y cambiarlas por dinero. En el momento del arresto, Jalloh se tragó otra bolsita que todavía tenía en la boca. Tras ordenar el fiscal que se le suministrase un emético para obligarle a regurgitar dicha bolsita, fue conducido a un hospital donde, ante su negativa a tomarse tal emético, fue inmovilizado por cuatro policías mientras el médico le colocaba una sonda nasogástrica, le administraba por la fuerza una solución salina y un jarabe de ipecacuana y, asimismo, le inyectaba una sustancia derivada de la morfina (apomorfina). Evidentemente, Jalloh vomitó la bolsita que se había tragado y, tras ser examinado por un médico, fue detenido. Por otra parte, el TEDH concluyó igualmente que la utilización como prueba de los estupefacientes obtenidos como consecuencia de la administración por la fuerza del emético había infringido el derecho del demandante a un proceso justo y, asimismo, su derecho a no autoincriminarse (art. 6 CEDH).

“...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 art. 15 de la Constitución” (f.j.8 *in fine*)⁷²⁷.

En definitiva, se considera que el empleo de la fuerza física convertiría la prueba en degradante y vulneraría el artículo 15 de la Constitución⁷²⁸.

En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, de fecha 13 de julio de 2005, consideró poco respetuosa con la dignidad de la persona la intervención corporal acordada por el Juez de Instrucción consistente en la extracción de muestras de saliva (y de cabellos con bulbo) utilizando para ello, si fuere necesario, la fuerza mínima indispensable consistente en la colocación de esposas e inmovilización del imputado con auxilio de agentes de la policía nacional o de la guardia civil (f.j.2).

En cambio, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, de fecha 11 de febrero de 2004, avaló las medidas de inmovilización del imputado utilizadas para poder extraerle una muestra de saliva que permitieron llevar a cabo el análisis de ADN a cuya práctica aquél expresamente se negaba (f.j.2).

Resoluciones que ponen en primer plano el problema práctico de la ejecución de una medida de investigación corporal: ¿Cómo se concretan en la práctica esas resoluciones genéricas que permiten el uso de “la fuerza mínima imprescindible” o la utilización de “la fuerza que resulte idónea, necesaria y proporcionada”, por utilizar la expresión de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013? ¿Qué medidas pueden llegar a comportar? ¿Quién decidirá poner fin al intento de ejecución en caso de fuerte resistencia por parte del sujeto afectado? ¿Quién determinará que se ha superado el listón de lo admisible para entrar en el terreno de lo intolerable?

⁷²⁷ En consecuencia, para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS: “La intimidad corporal devaluada”, cit., págs. 128-129, la resolución judicial carece de ejecutabilidad: “Debe ser, procesalmente hablando, el único auto que tenga tales características, pero que obligará a introducir una nueva clase de auto: *el rogativo*. Los autos rogativos son aquellos en los que el juez ruega a una persona que permita ser reconocida vaginal o analmente... por perito en la materia. Si en definitiva no cabe obligar al reconocimiento y ser llevado a cabo con independencia del consentimiento de la persona de que se trate (con lo que estamos de acuerdo), ello indica que realmente se trata de una medida que pertenece al ámbito de disposición personal del ciudadano, frente al que el Estado no puede ejercer su poder”. Critican que se niegue la posibilidad de ejecutar la medida por la fuerza y se permita, en cambio, su realización bajo coacción. En último término, tampoco admiten que la negativa del acusado a declarar contra sí mismo o a permitir el reconocimiento corporal pueda ser considerada indicio de culpabilidad. Así pues, para estos autores, el sometimiento a la medida de intervención corporal acordada vendría a ser una facultad jurídica de la persona afectada. Afirma igual conclusión en relación con las pruebas biológicas de filiación, LLEDÓ YAGÜE: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, cit., pág. 211.

⁷²⁸ FORCADA JORDI: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, cit., pág. 993; URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO: *La prueba ilícita penal*, cit., pág. 93; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 408, salvo en supuestos banales como la toma de huellas dactilares. Igualmente respecto a la prueba biológica, CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., pág. 80.

Ya sea el mismo juez que haya acordado la medida y que esté presente en la ejecución, ya sea el médico forense o profesional que deba llevarla a cabo cuando su intervención sea necesaria, sea quien sea, en definitiva, será una decisión valorativa a tenor de las circunstancias del caso, absolutamente subjetiva y, por tanto, discutible⁷²⁹.

La cuestión no es baladí, puesto que, evidentemente, no es lo mismo tomar la decisión en el momento concreto en que se está intentando llevar a cabo la diligencia que hacerlo con posterioridad, más serenamente, como tampoco es lo mismo decidir que ejecutar la decisión. Véase, en este sentido, el supuesto de hecho analizado por la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, en el que, pese a haber acordado el juzgado de guardia la realización de una transfusión sanguínea a un menor testigo de Jehová quien, como sus padres, se negaba a su práctica, por motivos religiosos, dicha medida no se ejecutó finalmente ante la actitud de “auténtico terror” del menor, desistiendo los médicos de realizarla⁷³⁰. Y eso que, en ese caso, se trataba de una medida necesaria para salvar la vida del menor – como, desgraciadamente, al final se constató – y no de un simple acto de investigación o de prueba.

Por ello, siendo imposible, en último término, pese a su configuración como obligación, su imposición coactiva, otro sector doctrinal y jurisprudencial defiende como consecuencia de la negativa del sujeto afectado por la medida la comisión por su parte de un delito de desobediencia a la autoridad judicial.

1.1.2. Las investigaciones corporales como obligación procesal no susceptible de imposición coactiva:

La propia Fiscalía General del Estado defendió esta solución en su Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre, al entender que la negativa injustificada de las personas posibles portadoras de drogas a ser objeto de reconocimiento constituiría el núcleo de un delito de desobediencia en virtud de lo dispuesto en los artículos 237 CP (actualmente derogado) y 118 CE.

Así, en relación a la prueba de ADN, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA admiten que la negativa del sujeto requerido pueda ser sancionada como delito de desobediencia grave, dado que el sometimiento a dicha prueba constituye para

⁷²⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 29 de julio de 2003, consideró nula la exploración radiológica llevada a cabo, pese a la oposición del acusado, con la sola intervención del funcionario delegado por el Centro Penitenciario para su práctica por contravenir la doctrina constitucional dimanante de los artículos 17 y 24.2 CE y del Acuerdo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1999, así como, en el caso concreto analizado, las condiciones fijadas por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Teruel autorizando dicha exploración para el caso de que el acusado se opusiera a la misma, a saber, que se practicase con instrucción de derechos y presencia de abogado, como cualquier otra diligencia judicial (f.j.2).

⁷³⁰ “Al disponerse los médicos a efectuar la transfusión, el menor, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó „con auténtico terror”, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación, que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral.” Por ello, los médicos, después de haber procurado repetidas veces, sin éxito, convencer al menor que consintiera la transfusión, desistieron de realizarla (f.j.3).

el mismo una obligación en base a lo dispuesto en el artículo 363.II LECrim y la D.A.3ª de la LO 10/2007, de 8 de octubre⁷³¹.

Sin embargo, para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, la amenaza de sanción penal por la comisión de un delito de desobediencia plantea dos problemas: uno, de carácter jurídico, toda vez que si no es exigible al individuo una colaboración activa en la práctica de las medidas que puedan incriminarle, su simple pasividad no puede ser perseguida y castigada⁷³²; otro, de eficacia práctica, puesto que en la mayoría de los casos la pena aparejada al delito de desobediencia será menor a la del delito perseguido⁷³³.

Para GÓMEZ AMIGO, esta solución vulnera el principio de intervención mínima del Derecho Penal y pone en peligro el principio de proporcionalidad, tanto si se pena de manera más leve la negativa al sometimiento que el delito cuya averiguación se pretende, como si se hace de modo más grave⁷³⁴.

⁷³¹ ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 131-132. Para ello sería necesario, según dichos autores, un doble requerimiento por parte del Juez de instrucción: un primer requerimiento, a través de una simple providencia solicitando al sujeto afectado por la medida que se someta voluntariamente a la misma, tras ser informado de su finalidad y, un segundo requerimiento, tras su negativa, mediante auto motivado, exigiéndole la aportación del material biológico necesario para la prueba de ADN y advirtiéndole que su nueva negativa podría comportar la apertura de diligencias por un delito de desobediencia grave. Es más, si no pudiera acreditarse fehacientemente el primer requerimiento, sería necesario, advierten, un segundo auto en los términos expuestos.

⁷³² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 295, afirma que la obligación que el artículo 118 CE impone a todos los ciudadanos de prestar la colaboración requerida por Jueces y Tribunales en el curso del proceso no exige una colaboración activa en la práctica de aquellas medidas que puedan resultar incriminatorias. La negativa del imputado a someterse a una intervención corporal constituye una manifestación de su derecho a no contribuir a su propia incriminación (artículos 17.3 y 24.2 CE) carente de antijuricidad. En este sentido, VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, cit., pág. 27; COMAS DE ARGEMIR CENDRA: “La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia”, cit., pág. 85.

⁷³³ ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 152; DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 169. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 297. En este sentido, vigente el anterior Código Penal, pudiera resultar “rentable” al imputado rechazar la medida, aún a riesgo de ser condenado por desobediencia, si preveía que el resultado de dicha medida le pudiera ser desfavorable. Vigente el Código Penal actual, tampoco HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 404, considera admisible la solución de la sanción jurídico-penal a la negativa del afectado: en primer lugar, porque infringiría el principio de intervención mínima del Derecho Penal; en segundo lugar, porque efectivamente la simple pasividad del imputado no puede ser perseguida y castigada y, por último, porque se cuestiona el principio de proporcionalidad si con la finalidad de que la amenaza sea efectiva se sanciona más gravemente el comportamiento negativo que el delito directamente perseguido.

⁷³⁴ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit. pág. 45.

Todo ello sin olvidar como advierte HERRERO TEJEDOR que el empleo de la *vis psíquica* mediante la conminación con la posibilidad de incurrir en responsabilidad criminal constituye, en definitiva, otro medio de coacción⁷³⁵.

Coacción jurídica que plantea, como expondremos, la regulación de la prueba de alcoholemia, puesto que se castiga más gravemente al conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se niega a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas⁷³⁶, que la propia conducción de dicho vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de tales bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas o superando las tasas de alcoholemia establecidas⁷³⁷.

La solución de castigar como delito de desobediencia la negativa a someterse a una medida de intervención corporal, una vez ésta ha sido confirmada y advertido el afectado de las consecuencias que se derivarían de su negativa a acatarla, parece tener cabida en el artículo 556 del Código Penal, según resulta del auto dictado por la Sección 3ª del Tribunal Constitucional en fecha 14 de noviembre de 2006, núm. 405/2006.

En efecto, mediante dicho auto el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, de fecha 5 de julio de 2004, que confirmó la condena impuesta al recurrente por el Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona en fecha 20 de febrero de 2004, por entender que no se había producido una aplicación analógica o extensiva “*in malam partem*”, vulneradora del principio de legalidad penal, pese a que, ciertamente, la negativa a someterse a una prueba biológica no esté prevista expresamente en el Código Penal – a diferencia de lo que ocurre con la negativa a someterse a una prueba de alcoholemia –, puesto que se había advertido al imputado clara y expresamente de que su negativa

⁷³⁵ HERRERO TEJEDOR: “La alternativa Juez de Instrucción – Juez de Garantías a la vista de los problemas relacionados con la investigación penal y las técnicas de ADN”, cit., pág. 251 y en “Intervenciones corporales: Jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 1916.

⁷³⁶ Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional en sentencia 107/1985, de 7 de octubre, ya había establecido que nadie puede ser coercitivamente compelido, con *vis física*, a la verificación de este tipo de análisis.

⁷³⁷ En efecto, el artículo 379 del Código Penal establece en su apartado 2, en la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, eliminando la disyuntiva existente hasta la fecha entre la pena de prisión y la de multa y trabajos en beneficio de la comunidad, estableciéndose los tres tipos de penas como alternativas, que será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años, al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, condenando, en todo caso, con dichas penas a quien condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro, mientras que el actual artículo 383, que fue reformado por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, castiga con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años al conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores.

podría ser constitutiva de tal delito y, además, la medida había sido confirmada por la Audiencia Provincial, viniendo obligado el recurrente a respetarla (f.j.3).

En este sentido, la Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, en sentencia de fecha 14 de junio de 2004, ratificó la condena impuesta al apelante por el Juzgado Penal como autor de un delito de desobediencia a la autoridad judicial del artículo 556 CP por negarse a la extracción de muestras de cabello o saliva acordada, pese a haber sido requerido para ello con la advertencia expresa de incurrir en dicho delito, considerando que, en el caso analizado, concurrían todos los requisitos necesarios para la existencia de dicho delito.

Sin embargo, no mucho antes, la sec. 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona consideró, en auto de fecha 6 de abril de 2001, que el requerimiento realizado a los imputados para la obtención de una muestra de su saliva por el médico forense, bajo apercibimiento de que su negativa podría ser constitutiva de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, vulneraba su derecho fundamental a no colaborar a su propia incriminación, por lo que, estimando parcialmente el recurso de queja interpuesto contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Vilafranca del Penedès, dejó sin efecto dicho apercibimiento.

En esta línea, la STS de 20 de abril de 2010, núm. 347/2010, ha confirmado la absolució del acusado delito de desobediencia del artículo 556 CP que se le atribuía en relación a su negativa a someterse a las pruebas de ADN, validando la argumentación empleada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Girona que, en su sentencia de fecha 4 de mayo de 2009, no consideró constitutiva de dicho delito la negativa del procesado, pese a no prestar su consentimiento para la extracción de pelo o saliva u otro elemento adecuado del mismo para la identificación del ADN, tras haber sido requerido judicialmente para ello, al estar justificado por su derecho a no declarar contra sí mismo y amparado por el principio “nemo tenetur se ipsum accusare”⁷³⁸.

Tampoco sería viable la condena por desobediencia a la autoridad si la diligencia de prueba se hubiera acordado a instancia de parte y, posteriormente, en el momento de llevarla a cabo, ésta hubiera revocado su consentimiento inicial. En tal supuesto, únicamente cabría no tener por probado aquello que se pretendía demostrar con tal diligencia. Solución que adopta el Tribunal Constitucional en su sentencia 196/2006, de 3 de julio, al anular la resolución administrativa que impuso una sanción de privación de paseos y de asistencia a actos recreativos durante veinte días como consecuencia de desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios en el ejercicio legítimo de sus atribuciones a un recluso del centro penitenciario de la Moraleja que tras haber solicitado una analítica para acreditar su superación del consumo de sustancias tóxicas que fue admitida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, se negó a facilitar la toma de muestra de orina acordada por entender que la forma en que debía llevarse a cabo la

⁷³⁸ Doctrina aplicada posteriormente por la Audiencia Provincial de Navarra, sec. 1ª, en sentencia de fecha 27 de julio de 2010, absolviendo a los apelantes que habían sido condenados por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pamplona como autores de un delito de desobediencia por haberse negado a que les extrajeran muestras de saliva tras haber sido requeridos personalmente para ello apercibiéndoles expresamente que su negativa constituiría tal delito, si bien, con anterioridad, la misma Audiencia Provincial, en sentencia de fecha 28 de noviembre de 2008, ya había absuelto también del delito de desobediencia a los apelantes condenados por el Juez de lo Penal núm. 3 de Pamplona por haberse negado a la práctica de la toma de muestras de voz para la que fueron requeridos, no obstante haber sido apercibidos que podían estar incurriendo en tal delito.

misma vulneraba, entre otros, su derecho a la intimidad corporal por cuanto, dadas las características del lugar donde se iba a proceder a proporcionar la muestra de orina podía ser visto por terceras personas. El Tribunal Constitucional concluyó que se habían conculcado los derechos del demandante a su intimidad personal (art. 18.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25 CE):

“Tratándose de una diligencia probatoria de parte, es claro que podía el peticionario desistir de su práctica, lo cual pudiera surtir el efecto procesal de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria no tuviese por probada la alegación relativa a haber superado el consumo de sustancias tóxicas, pero sin que de ello pueda derivarse la consecuencia añadida de la imposición de una sanción.” (f.j.6)

En caso de optar por esta solución, *de lege ferenda*, conforme al principio de legalidad, debería establecerse no solamente la obligatoriedad de la medida, sino también expresamente un tal delito de desobediencia para el caso concreto de negativa del imputado a someterse la misma, de modo análogo al que existe para la negativa a la realización de la prueba de alcoholemia. El problema es que en esta materia, en la práctica, resultaría desproporcionado aumentar el castigo de la negativa respecto al delito base, como ocurre con los artículos 379 y 383 CP, porque aquí el delito investigado en el marco del cual se acuerde la medida de investigación corporal será, en la mayoría de los casos, un delito grave castigado con penas graves. Y si, por el contrario, se establece una pena inferior, ya no serviría como medio de presión para vencer la voluntad rebelde del sujeto pasivo que es, en definitiva, lo que se pretende⁷³⁹.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el delito de desobediencia grave exige, según la jurisprudencia, un mandato persistente y reiterado frente al cual exista una actitud de oposición tenaz y rebelde, obstinada y terminante⁷⁴⁰. Por ello, la STS de 7 de junio de 1994, núm. 1190/1994, consideró que no existió delito de desobediencia por parte de la mujer que se negó a someterse a un examen ginecológico acordado judicialmente con la finalidad de descubrir si ocultaba droga en el interior de su vagina porque no se insistió en el requerimiento y sólo hubo una primera negativa: “Así, la existencia de una orden judicial con el consiguiente requerimiento, seguido de una

⁷³⁹ Para ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 134-135, respecto a la prueba de ADN, no existe ningún problema en este supuesto porque el proceso penal seguiría adelante y podría llegarse a una condena por medio de otras pruebas o indicios, pudiendo valorarse la negativa como un indicio más y, en el caso de que la desobediencia conllevara una pena superior a la del delito investigado, además de que esta circunstancia sea poco probable, dada la tipología de delitos para los que cabe recabar una muestra biológica, conforme al artículo 3.1a) de la LO 10/2007, habría que tener en cuenta que, conforme a la STC 161/1997, el incumplimiento de la orden vulnera un bien jurídico distinto con lo que, en definitiva, se habría cometido un delito nuevo, independiente del anterior y de la pena asignada al mismo. Sin embargo, si bien todo ello es cierto, no lo es menos que la configuración de la negativa del sujeto afectado por la medida como un delito de desobediencia persigue no solo sancionar dicho comportamiento, sino presionar al sujeto para que acceda a la práctica de la medida ante la alternativa, precisamente, de ser castigado por “otro” delito con pena de mayor gravedad que la que pueda conllevar el delito objeto de investigación.

⁷⁴⁰ Sin olvidar el ánimo de desprestigiar, desacreditar o menospreciar el principio de autoridad característico de este delito que no parece que pueda apreciarse en aquellos casos en los que lo que prevalece es el temor a la consecuencia negativa que pudiera resultar de la prueba, tal como advierte, refiriéndose a los análisis de ADN, RENEDO ARENAL: *Problemas del imputado en el proceso penal*, cit., pág. 272, recordando la doctrina del Tribunal Supremo relativa a los supuestos de “autoeximición”.

negativa sin ulterior repetición del mandato ni apercibimiento de clase alguna, no puede constituir el delito aquí examinado” (f.j.3)⁷⁴¹.

1.2. *Las investigaciones corporales como carga procesal*

Para PÉREZ MARÍN, estando totalmente prohibida cualquier forma de fuerza física o compulsión personal directa para obligar al afectado a someterse a la práctica de la diligencia, no estamos ante una obligación (personal), sino que nos encontramos ante una carga⁷⁴².

También para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, siguiendo a GOLDSCHMIDT, el sometimiento a la intervención corporal constituye una carga procesal. Cuestión distinta es si el incumplimiento del acto procesal ha de conllevar algún perjuicio⁷⁴³.

Para HUERTAS MARTÍN la configuración de las intervenciones corporales como cargas procesales comportaría para el imputado una actividad – pasiva – a desarrollar a fin de evitar que su negativa injustificada pueda ser considerada como un indicio valorable conjuntamente con el resto de pruebas e indicios existentes⁷⁴⁴. De este modo la consecuencia de la negativa injustificada del afectado a someterse a una medida de intervención corporal comportaría una desventaja procesal consistente en valorar su conducta como indicio de culpabilidad. Para dicha autora es la solución más adecuada para conseguir tanto la máxima protección de los derechos del imputado como la consecución de los fines del proceso penal⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ En parecidos términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, de fecha 16 de febrero de 2007, absolvió al condenado como autor de un delito de desobediencia porque, a pesar de existir una resolución judicial que ordenaba al acusado someterse a la prueba de exploración radiológica para comprobar si en su interior portaba sustancias estupefacientes y negarse el mismo a ello, no constaba en la causa la concurrencia de un requerimiento expreso de la autoridad al mismo en ese sentido y, en consecuencia, no cabía apreciar la existencia de una voluntad de quebrar el ejercicio de la autoridad (f.j.2).

⁷⁴² PÉREZ MARÍN: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit. pág. 43. La imposibilidad de forzar físicamente la ejecución supone que nos encontramos ante una carga del imputado, no una obligación jurídica. Respecto a la prueba de ADN, ante la falta de previsión legislativa, concluye que, hoy por hoy, nuestro ordenamiento prohíbe la compulsión física, así como el uso de cualquier otra clase de presión o coacción. Así también en su artículo “Sobre el consentimiento del sujeto pasivo de las diligencias de investigación corporal”, cit., págs. 139-143.

⁷⁴³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN”, cit., pág. 230.

⁷⁴⁴ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 410-413. Con todo, admite respecto a las pruebas biológicas en los procesos de filiación, pág. 409, nota 608, que parece más aconsejable la implantación de su obligatoriedad dado que, además de ser, en muchas ocasiones, el único medio de acreditar la relación paterno-filial, entran en juego importantes derechos del menor.

⁷⁴⁵ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 411. De este modo se evita convertir, por una parte, al imputado en mero objeto de prueba concediéndole un cierto margen de autonomía para decidir su actuación y estrategia procesal y, por otra, su negativa injustificada y obstruccionista en refugio de impunidad que impida la satisfacción de los intereses públicos en juego. Naturaleza jurídica del sometimiento del imputado a una intervención corporal como carga procesal que LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, cit., págs. 165-166, considera admisible dado el estado actual de nuestra legislación.

Para GÓMEZ AMIGO este planteamiento sólo es aplicable a la víctima del delito, no al imputado, toda vez que éste no es libre de realizar o no la conducta, dado que ésta le viene impuesta por orden judicial y, en este sentido, constituye una obligación en sentido estricto⁷⁴⁶.

La valoración de la negativa injustificada del sujeto al cumplimiento de la medida como un indicio es la solución adoptada en el marco del proceso civil por el artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, respecto a las pruebas biológicas de filiación:

“La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”.

IGLESIAS CANLE rechaza la solución de la LEC para el proceso penal por considerarla contraria a la presunción de inocencia, abogando por el establecimiento de una auténtica obligación procesal que permitiese imponer una sanción punitiva, o en determinadas circunstancias, recurrir a la coerción física o jurídica en caso de incumplimiento injustificado de la medida acordada⁷⁴⁷.

Para MORENO VERDEJO, desde el punto de vista del demandado, la consecuencia extraída por la LEC es más grave que la imposición coactiva de la prueba de ADN⁷⁴⁸.

Dicho indicio no puede tener siempre y en todo caso un contenido negativo configurándose como un indicio de culpabilidad⁷⁴⁹. Como advierte ASECIO

⁷⁴⁶ GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 44. Así también, ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., pág. 136.

⁷⁴⁷ IGLESIAS CANLE: “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: La quiebra del principio de legalidad”, cit., pág. 200. Con anterioridad, en *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 109.

⁷⁴⁸ MORENO VERDEJO: “ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, cit., pág. 1837.

⁷⁴⁹ Para Jaime GOYENA HUERTA: “La negativa del imputado a intervenir en las diligencias de identificación: consecuencias procesales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 26 de noviembre 1998, núm. 367, pág. 3, la oposición del inculcado a someterse a unas diligencias que ofrece unas garantías absolutas y unos resultados totalmente fiables es un indicio revelador de su responsabilidad criminal. MONTÓN REDONDO, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y BARONA VILAR: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, cit., págs. 199-200, refiriéndose a los registros internos del cuerpo, niega que pueda acudir al uso de la fuerza ni siquiera mediando resolución judicial, sin perjuicio de que la conducta obstructiva pudiera considerarse indicio inculpatario en conjunción con otras pruebas y llegarse a estimar delito de desobediencia a la autoridad. También para Xavier ABEL LLUCH: “Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras de ADN”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculcados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2011, La Ley, pág. 140, partiendo de la consideración del sometimiento a la intervención corporal para la toma de muestras de ADN como una

MELLADO, deducir de la actitud negativa del imputado un indicio “contra reo” podría oponerse a la presunción de inocencia, aún en los casos en que la conducta de oposición fuese constitutiva de delito⁷⁵⁰.

En efecto, para poder valorar la negativa injustificada del sujeto afectado por la medida como un indicio negativo, debería establecerse ésta como una obligación procesal. Por tanto, de lo que se trata es de valorar tal negativa conjuntamente con el resto de las pruebas practicadas⁷⁵¹. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo respecto a la prueba de ADN en sentencia de fecha 4 de febrero de 2003, núm. 107/2003:

“... cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir, puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí solo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador.” (f.j.5)

Bastante antes, el mismo Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 4 de octubre de 1994, núm. 1697/1994, ya había confirmado la valoración hecha por el tribunal sentenciador de la negativa del acusado a someterse a una prueba de ADN, junto con otros elementos indiciarios, como una actividad probatoria “apta para enervar la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción „iuris tantum“ de inocencia consiste” (f.j.1).

Valoración de la actitud obstruccionista y negativa del procesado a la realización de la prueba de ADN que resulta absolutamente respetuosa con la libre decisión del

carga, la negativa del sospechoso constituiría un indicio de culpabilidad a ponderar, junto con el resto de las pruebas, en el juicio.

⁷⁵⁰ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 152. Por eso defiende su aplicación conjunta con el delito de desobediencia a diferencia de la solución alternativa de la STC 37/1989. También, DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 183, considera que la consecuencia jurídica de la negativa, además de constituir un delito de desobediencia, puede valorarse como un indicio.

⁷⁵¹ Así, MÓNER MUÑOZ: “Las intervenciones corporales”, cit., pág. 180. DE ROSA TORNER: “Intervenciones médicas y su relación con la limitación de los derechos fundamentales en el proceso penal”, cit., pág. 388; MARTÍN PALLÍN: “Identificación del delincuente”, cit., págs. 149 y 154; DEL MORAL GARCÍA: “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 77; MORENO VERDEJO y GUILLÉN VÁZQUEZ: “ADN y proceso jurisdiccional: excesos y defectos. Necesidad de superar la actual situación de anomia”, cit., pág. 58. ROMEO CASABONA: “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del Derecho español”, cit., págs. 426-427, y, posteriormente, con ROMEO MALANDA: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, cit., págs. 44-47. Por el contrario, VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, cit., pág. 28, rechaza la solución de considerar la negativa como un indicio porque resulta insatisfactoria si se trata de un indicio único. Sin embargo, resulta difícil imaginar una hipótesis en que exista un sólo indicio. En este sentido, ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 459, nota 352.

imputado de no colaborar ni tan siquiera pasivamente en la investigación⁷⁵². Solución respetuosa, en definitiva, con sus derechos fundamentales y su dignidad personal, sin que ello suponga dejar inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, ni daño alguno al valor de la justicia y a las garantías de una tutela judicial efectiva, por utilizar la expresión de la STC 161/1997, pues la actitud obstruccionista e injustificada del imputado no cae en el vacío, sino que de la misma se extraen consecuencias que conjuntamente con el resto de los elementos probatorios permitirán su condena, en su caso, sin que la sola negativa a la práctica de la prueba, por sí misma, pueda comportar tal condena, ni tampoco, por cierto, evitarla, puesto que siempre existirán otros elementos probatorios a tener en cuenta.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2010, núm. 151/2010, la negativa a someterse a las pruebas de ADN no es un indicio más a sumar a los verdaderos indicios, pero puede valorarse por el órgano decisorio como un elemento que avala la lógica de la inferencia sobre la que se apoya la conclusión del tribunal sentenciador⁷⁵³:

“Más allá de la discutible calificación por algunos de ese silencio o de las explicaciones inverosímiles como indicios endoprocesales, lo cierto es que su adecuada ponderación es obligada, no como indicio o contraindicio, sino como

⁷⁵² Con anterioridad a dicha sentencia, la Audiencia Provincial de La Rioja, en sentencia de fecha 24 de octubre de 1998, tuvo en cuenta como un dato que contribuía a confirmar la participación del procesado en los hechos, su negativa a una extracción de sangre acordada en fase sumarial, en resolución motivada y en condiciones y situación ajustadas, al parecer de la Sala, a la doctrina del Tribunal Constitucional, en cuanto a la naturaleza y requisitos de este tipo de pruebas. Negativa que, ulteriormente, el Tribunal Supremo, desestimando el recurso de casación interpuesto por los condenados en su contra mediante sentencia de fecha 7 de noviembre de 2000, núm. 1712/2000, consideró correcta y valorada como “un indicio más que sirve para corroborar los otros existentes” (f.j.2). También la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Baleares en auto de fecha 4 de mayo de 2000, valoró como indicio “la actitud obstruccionista y negativa del procesado al oponerse frontalmente a la realización de la prueba biológica” (f.j.6). Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de fecha 5 de abril de 2004, núm. 11/2004, refiriéndose también a la negativa del imputado a la práctica de una prueba de ADN, consideró dicha negativa “otro hecho más” que podía ser valorado por el Jurado ante las manifestaciones al respecto realizadas por el imputado en el juicio oral y sin que por el sólo hecho de dicha valoración, para la que resulta soberano el Tribunal del Jurado ante el que se celebró el juicio oral, pudiera inferirse la existencia de una infracción de carácter procesal o de las mismas garantías procesales que hubieran incidido en indefensión del acusado o en otra vulneración de sus derechos fundamentales (f.j.1). Con posterioridad, cabe citar también las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, de fecha 12 de diciembre de 2007 (f.j.1), de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, de fecha 18 de diciembre de 2007 (f.j.3), de la Audiencia Nacional, Sala Penal, sec. 2ª, de fecha 3 de junio de 2008, núm. 21/2008 (f.j.2), de la Audiencia Provincial de Lugo, sec. 2ª, de fecha 21 de noviembre de 2008 (f.j.5), o, más recientemente, de la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, de fecha 23 de julio de 2012 (f.j.3).

⁷⁵³ En este orden de cosas, cabe destacar que tanto esta sentencia, como la anteriormente citada de 4 de febrero de 2003, se esfuerzan en dejar claro que no estamos ante un contraindicio. Como se molesta en constatar ésta última, la expresión “contraindicio” es, desde un punto de vista etimológico, lo contrario al indicio, por lo que su verdadera configuración probatoria es la de “un comportamiento o actitud cuyas consecuencias, en cada caso concreto y según sus particulares incidencias, puede y debe ser considerado, como un dato o elemento de hecho más, de los que dispone el Tribunal para establecer sus conclusiones...” (f.j.4). Por eso choca que, tras esta sentencia, el mismo Tribunal Supremo, en auto de fecha 3 de octubre de 2007, núm. 1617/2007, califique como un contraindicio el hecho de que la acusada se negase a someterse a una prueba de ADN (f.j.2).

elemento de respaldo de la inferencia probatoria obtenida por el Tribunal a partir de los verdaderos indicios.” (f.j.3D)

Sin perjuicio de tratar esta cuestión más ampliamente a continuación, no queremos cerrar este apartado sin hacer mención a la solución práctica apuntada por algunos autores y que viene siendo adoptada por el Tribunal Supremo, como hemos tenido ocasión de exponer, consistente en la obtención de muestras biológicas de forma subrepticia, aunque la misma, obviamente, sólo sirva cuando de obtener muestras biológicas se trata y no para todo tipo de investigaciones corporales.

Así, para MORENO VERDEJO y GUILLÉN VÁZQUEZ, no existe inconveniente en que, una vez dictada la correspondiente resolución judicial y ante la negativa del afectado por la medida, la muestra sea tomada con intervención de la autoridad judicial, siempre y cuando se lleve a cabo la previa notificación de que se va a procurar su práctica al imputado⁷⁵⁴. En idénticos términos, siguiendo a estos autores, DEL MORAL GARCÍA, para quien, con todo, no cabe duda de que la negativa injustificada a someterse a la prueba puede ser castigada en su caso como delito de desobediencia⁷⁵⁵.

Un ejemplo de esta solución nos lo ofrece al auto dictado, en fecha 4 de abril de 2007, por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real al acordar la práctica de toma de muestras del imputado, bien requiriéndole para que colabore en dicha extracción, autorizada sin necesidad de su consentimiento, apercibiéndole de incurrir en un delito de desobediencia, bien, aprovechando que el imputado se encuentra en prisión, requiriendo a los servicios médicos de la misma a fin de que retengan las muestras de las analíticas de sangre que le practiquen, en su caso, bien autorizando a las fuerzas policiales a recoger los restos biológicos que consideren procedentes a fin de practicar la prueba acordada y todo ello, además, independientemente, de la posibilidad de recoger muestras genéticas dejadas por el acusado – a la sazón, preso preventivo – mediante su impregnación en vasos, colillas, etc.

Con todo, recuérdese que para el Tribunal Supremo ni siquiera es necesaria la autorización judicial cuando se trata de recoger por la Policía Judicial restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso (Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª de 31 de enero de 2006).

Vistas las distintas posiciones sobre este particular, a fin de profundizar en el mismo, cabe analizar el problema de la ejecutabilidad de las intervenciones corporales en una vertiente más práctica estudiando, por una parte, el examen de alcoholemia en el

⁷⁵⁴ MORENO VERDEJO y GUILLÉN VÁZQUEZ: “ADN y proceso jurisdiccional: excesos y defectos. Necesidad de superar la actual situación de anomia”, cit. pág. 59.

⁷⁵⁵ DEL MORAL GARCÍA: “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, cit., pág. 87. En parecidos términos se pronuncia también MARCA MATUTE: “Inspección ocular, levantamiento de cadáver y reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente probatoria”, cit., pág. 109, quien también considera, en definitiva, que la negativa injustificada del sujeto afectado a la medida de extracción de material biológico de su cuerpo podría dar lugar a un delito de desobediencia, sin perjuicio de la valoración probatoria de su conducta como un contraindicio de limitada eficacia probatoria o como un mero refuerzo indiciario de segundo grado.

que la negativa del “detenido” a someterse a las pruebas se sanciona como delito de desobediencia y, por otra parte, los procesos de filiación en los que la negativa injustificada y obstruccionista del demandado a someterse a la prueba biológica se considera como un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas, permite la declaración de paternidad.

El análisis de estos supuestos resulta de gran interés por cuanto ofrecen soluciones diferentes a conductas que, en último término, pueden ser sustancialmente idénticas. Por ejemplo: negarse a una toma de muestras de saliva o a una extracción sanguínea permitiría, en unos casos, determinar o descartar la paternidad y, en otros, contribuir a determinar o descartar la conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o con una tasa de alcoholemia superior a la penalmente establecida.

2. Consideración especial sobre la obligación de sometimiento a la prueba de alcoholemia: la STC 161/1997, de 2 de octubre.

El estudio de esta materia debe partir de la obligatoriedad del sometimiento a las pruebas para la detección de posibles intoxicaciones por alcohol, sustancias estupefacientes y similares, establecida en el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial, para todos los conductores de vehículos y de bicicletas⁷⁵⁶. Pruebas a cuya verificación, sin embargo, nadie puede ser compelido con *vis física* (STC 107/1985, de 7 de octubre, f.j.3), sin perjuicio, naturalmente, de soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivar, así como de las presunciones que en ellas se puedan fundar (ATC 16 de febrero de 1983, núm. 62/1983, f.j.2).

Con todo, el vigente artículo 383 CP – en la redacción dada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, que modificó el Código Penal en materia de seguridad vial – castiga con las penas de prisión de 6 meses a 1 año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 año y hasta 4 años al conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare no ya a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia, sino también para la detección de la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ Precepto desarrollado en el artículo 21 del Reglamento General de la Circulación, aprobado por RD 1428/2003, de 21 de noviembre, que, tras reiterar el apartado 2 del citado artículo 12 LTSV, dispone que los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podrán someter a dichas pruebas:

- a) A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.
- b) A quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas.
- c) A los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este Reglamento.
- d) A los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad.

⁷⁵⁷ Repárese en que, a diferencia del anterior artículo 380 CP, no se hace referencia a la comprobación del hecho punible, la conducción de un vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, tipificada en el anterior artículo 379 CP, sino simplemente a la

A diferencia del actual artículo 383 CP que establece directamente las penas a imponer en caso de comisión, el anterior artículo 380 CP se remitía al delito de desobediencia⁷⁵⁸, regulado en el artículo 556 CP, que castigaba ésta con la pena de prisión de 6 meses a 1 año. No se imponía, pues, otra pena que la de prisión, a diferencia del vigente artículo 383 CP que, como hemos expuesto, también impone la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores⁷⁵⁹, aunque eso sí,

negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas “a que se refieren los artículos anteriores”, inciso que no resulta baladí, pues, precisamente en el mismo se apoyan las resoluciones que siguen manteniendo la interdependencia del vigente artículo 383 CP con el nuevo 379.2 CP. Se configura así como un delito autónomo contra la seguridad vial, eliminando su “innecesario calificativo de delito de desobediencia”, según la propia Exposición de Motivos de la Ley, e incluyendo como sanción la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Modificaciones que han desembocado en una auténtica batalla jurisprudencial sobre si el bien jurídico protegido por dicho precepto sigue siendo el mismo o, por el contrario, ha pasado a ser fundamentalmente la protección de la seguridad del tráfico, circunstancia que impediría, a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior, la compatibilidad de ambos delitos, vulnerando el principio de “non bis in idem”. Sirva como ejemplo de ambas posturas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales de Barcelona, sec. 5ª, y Valencia, sec. 2ª, con poco margen de diferencia, en fecha 15 y 20 de octubre de 2009, respectivamente. Polémica que se extiende entre distintas secciones de una misma Audiencia, como pone de relieve la SAP Madrid, sec. 7ª, de 3 de marzo de 2010 (f.j.3), pese a haber adoptado la Junta de Magistrados de dicha Audiencia un acuerdo sobre este particular a favor de la compatibilidad de ambos delitos. Polémica que persiste en la actualidad y así es fácil encontrar resoluciones que consideran que entre ambos preceptos se da un concurso de normas y castigan únicamente por el artículo 383 CP que describe un tipo más complejo, absorbe la conducta descrita en el artículo 379 CP y prevé una pena más grave (entre otras, SAP La Coruña, sec. 1ª, de 30 de noviembre de 2012; SAP Valencia, sec. 5ª, de 12 de septiembre de 2012; SAP Zamora, sec. 1ª, de 29 de febrero de 2012; SAP Baleares, sec. 2ª, de 2 de febrero de 2012) y sentencias que consideran que estamos ante un concurso real de delitos y castigan ambos (por citar algunas, SAP Pontevedra, sec. 4ª, de 23 de octubre de 2012; SAP Tarragona, sec. 2ª, de 31 de mayo de 2012; SAP Sevilla, sec. 7ª, de 24 de mayo de 2012; SAP Guipúzcoa, sec. 1ª, de 10 de febrero de 2012).

⁷⁵⁸ Como señalaban Carlos GANZENMÜLLER, José Francisco ESCUDERO MORATALLA y Joaquín FRIGOLA VALLINA: “El nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, considerado como desobediencia grave a la autoridad”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1799, 15 de junio de 1997, pág. 6, se trataba de la tipificación expresa de una forma de desobediencia a la autoridad que el Código Penal presuponía y estimaba en todo caso delito, excluyendo la posibilidad de su incriminación como falta. Pablo José CUESTA PASTOR: “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre (La constitucionalidad del artículo 380 del Código Penal. Criminalización de la negativa al test de alcoholemia)”, *Revista General del Derecho*, número 642, marzo 1998, pág. 1933, advertía de las repercusiones que conllevaba para la sistemática y la dogmática del Código Penal la ubicación de este delito de desobediencia en sede de los delitos contra la seguridad del tráfico. Para Miguel Ángel IGLESIAS RÍO y Carlos LOZANO GARCÍA: “El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia (art. 380 CP). (A propósito de las SSTC 161/1997, de 2 de octubre, y 234/1997, de 18 de diciembre)”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1845, 15 de mayo de 1999, págs. 37-40, el artículo 380 CP constituía una extralimitación del *ius puniendi* mediante la creación de un delito cuya conducta incriminada es de naturaleza tan sólo administrativa sacralizando de este modo el principio de autoridad y una rígida obligación de obediencia debida a la norma, lo cual supone una superación excesiva de los principios de subsidiariedad y del carácter fragmentario del Derecho Penal. Ciertamente, dicha conducta está calificada como infracción muy grave (art. 65.5d LTSV) y sancionada con multa de hasta 500 € y pérdida de 6 puntos del permiso de conducción.

⁷⁵⁹ Con ello se trata de solucionar el problema práctico que se planteaba cuando habiéndose negado el sujeto afectado a la práctica de la prueba de alcoholemia únicamente resultaba condenado por este delito y no por el de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas al no resultar acreditada tal influencia, lo que comportaba únicamente la pena de prisión, pero no la privación del derecho a conducir.

igual que ocurre ahora, con pena de mayor gravedad que la prevista para el delito principal (actualmente, prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses y trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 y hasta 4 años y, anteriormente, arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años)⁷⁶⁰.

⁷⁶⁰ Significativa desproporción que para el Tribunal Constitucional no constituía un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable” entre el desvalor de la conducta y la sanción que comportase una lesión de la libertad desde la perspectiva de los artículos 17.1 y 25.1 CE (STC 161/1997, f.j.13). Para llegar a esta conclusión el Tribunal Constitucional partía de que el juicio de proporcionalidad de la pena es competencia exclusiva del legislador (STC 65/1986, f.j.3) y afirmaba que “la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado. La relación valorativa entre precepto y sanción sólo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona (SSTC 66/1985, f.j.1º; 65/1986, f.j.2º; 160/1987, f.j.6ºb; 111/1993, f.j.9º; 50/1995, f.j.7º)” (STC 55/1996, f.j.9º); es decir, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de las normas a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (STC 55/1996, f.j.9º)” (STC 161/1997, f.j.12).

Por el contrario, IGLESIAS RÍO y LOZANO GARCÍA: “El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia (art. 380 CP)”, cit., págs. 42-43, consideraban que el artículo 380 vulneraba el principio constitucional de proporcionalidad en un doble sentido: infringía el principio de proporcionalidad en sentido estricto con respecto a la pena y quebraba el principio de proporcionalidad con respecto al bien jurídico, pues no cabía elevar la negativa a la categoría de delito. Para HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 445, la única justificación imaginable para esta desproporción vendría dada por razones de política criminal, de tal modo que de lo que se trataría sería de conseguir a toda costa que el conductor se sometiera al test alcoholométrico ante la amenaza de esa pena mayor en caso contrario. Justificación que consideraba insuficiente resultando desproporcionado castigar con mayor gravedad la conducta instrumental que el propio delito principal, máxime cuando el examen de alcoholemia no puede verificar el cumplimiento del tipo penal del artículo 379 puesto que no basta la simple acreditación de la presencia de esas sustancias, sino que además la conducción se vea efectivamente influenciada por ellas. En efecto, la prueba de alcoholemia no resulta imprescindible para poder condenar por el delito del artículo 379 CP (“ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba imprescindible para su existencia”, así, por todas, STC 319/2006, de 15 de noviembre, f.j.2), pudiéndose deducir la influencia de las bebidas alcohólicas de otros síntomas tales como el olor a alcohol notorio, los ojos brillantes, las pupilas dilatadas, la expresión verbal repetitiva, el habla pastosa y embrollada y la deambulación oscilantes (así, por citar sólo unos ejemplos, SAP Asturias, sec. 3ª, 5 de noviembre de 2009, f.j.2; SAP Madrid, sec. 6ª, de 19 de junio de 2009, f.j.2; SAP Huelva, sec. 3ª, de 29 de abril de 2008, f.j.2 o SAP Huesca, sec. 1ª, 16 de octubre de 2007, f.j.1), siendo, éste último, el indicio más relevante, como pone de relieve la SAP Barcelona, sec. 5ª, de 14 de enero de 2010, cuando dispone, en su fundamento jurídico 1º, que síntomas tales como el olor a alcohol, el habla pastosa, la cara brillante y sudorosa, el aspecto cansado, los ojos vidriosos y enrojecidos o la actitud agresiva no bastan por sí solos, dado su carácter inespecífico, para considerar probado que el conductor que los presenta tenía sus capacidades psicofísicas disminuidas como consecuencia de una previa ingesta alcohólica hasta el punto de no poder conducir en condiciones de seguridad (a diferencia de lo que sucede cuando los síntomas apreciados por los testigos son claros e inequívocos como es el caso de la deambulación vacilante o la pérdida de la verticalidad). CUESTA PASTOR: “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre”, cit., pág. 1939, atendida la sanción desde el punto de vista de la proporcionalidad de los sacrificios en referencia al derecho a la libertad personal, defendía la inconstitucionalidad del artículo 380 CP a la vista del bien jurídico protegido en el mismo: el respeto al principio de autoridad como medio para tutelar indirectamente la seguridad del tráfico que es, en último término, el bien jurídico que el legislador trata de proteger. En definitiva, argumentos todos ellos que ya se encontraban contenidos en el voto particular a la

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este particular con ocasión del planteamiento de diversas cuestiones de constitucionalidad relativas al anterior artículo 380 CP, concretamente, en la sentencia 161/1997, de 2 de octubre⁷⁶¹.

En dicha resolución enjuició el citado artículo desde la perspectiva de los artículos 1.1, 9.3, 17.3 y 24.2 de la Constitución⁷⁶², si bien aquí nos interesa analizar únicamente la conformidad del precepto con los derechos a no declarar, a no confesarse culpable y, más en general, con el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia contemplados en los artículos 17 y 24.2 CE.

La sentencia entronca el derecho del detenido a no declarar y los derechos de todos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables con una de las manifestaciones de la presunción de inocencia, según la cual, corresponde a la acusación la carga de la prueba, sin que pueda hacerse recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación. Sin embargo, la amplitud de tal garantía se matiza respecto al procedimiento sancionador en el sentido de entender referidas las garantías frente a la autoincriminación solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y únicamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio.

Así, para el Tribunal Constitucional, la garantía frente a la autoincriminación “no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la „identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia“. [...] Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad

STC 161/1997 formulado por el magistrado don Pablo García Manzano, al que se adhirió el magistrado don Vicente Gimeno Sendra.

⁷⁶¹ Dictada por el Pleno del Tribunal, en resolución de la cuestión de constitucionalidad 4198/1996 planteada por el Juzgado de lo Penal núm.1 de Palma de Mallorca, siendo ponente el magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer. Contiene votos particulares de los magistrados don Enrique Ruiz Vadillo, al que se adhiere el magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral, y don Pablo García Manzano, al que se adhiere el magistrado don Vicente Gimeno Sendra.

⁷⁶² Posteriormente, en la sentencia 234/1997, de 18 de diciembre, el Tribunal Constitucional analizó el artículo 380 CP desde la perspectiva de los artículos 14, 17.1, 18.1 y 25.1 CE, imputados por primera vez al precepto. Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal, en resolución de varias cuestiones de constitucionalidad planteadas por diversos órganos jurisdiccionales contra el artículo 380 CP, siendo ponente el magistrado don Julio Diego González Campos. Contiene los mismos votos particulares de los magistrados don Enrique Ruiz Vadillo, al que se adhiere el magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral, y don Pablo García Manzano, al que se adhiere el magistrado don Vicente Gimeno Sendra.

de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente inculpativos a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente inculpativo” (f.j.6)⁷⁶³.

A esta legitimación genérica (léase, justificación teleológica) se añade otra más específica relativa “a la función de supervisión de la Administración de que las actividades peligrosas lícitas se desarrollen en el marco de riesgo permitido por el ordenamiento. Desde la óptica del ciudadano y como contrapartida de la propia permisión del riesgo circulatorio, ésta se traduce en un correlativo *deber de soportar* estas actuaciones de indagación y control, y *de colaborar* con su práctica, dentro naturalmente del espacio ya reseñado que demarcan sus garantías procedimentales esenciales” (f.j.7, la cursiva es nuestra)⁷⁶⁴.

A continuación, recordando la doctrina contenida en el fundamento jurídico 3º de la STC 107/1985, de 7 de octubre, afirma que “las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, añadiendo a renglón seguido:

“Tampoco menoscaban „per se“ el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba. Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que

⁷⁶³ En su voto particular, el magistrado don Enrique RUIZ VADILLO discrepaba de este planteamiento por entender que precisamente la presunción de inocencia libera al acusado de probar su propia inocencia y, por tanto, le permite mantener una posición de pasividad que excluye toda idea de colaboración coercitiva. En definitiva, resume su discrepancia con la sentencia en el derecho a no autoacusarse, a no colaborar con la acusación en la localización y efectividad de las pruebas acusatorias. COMAS DE ARGEMIR CENDRA: “La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia”, cit., pág. 82, considera que el ámbito de las garantías frente a la autoincriminación debe referirse también a las propuestas por la acusación o a las acordadas de oficio por el juez instructor, porque las garantías y derechos establecidos en el artículo 24.2 CE no se restringen al ámbito de sus propias pruebas, sino a todas las que se practiquen en el procedimiento, en virtud del principio de contradicción y del principio del derecho a la defensa.

⁷⁶⁴ “La obligación de someterse a las pruebas de detección de alcohol u otras sustancias estupefacientes, a pesar de las dudas que pudiera suscitar el tenor literal del art. 380 CP, tiene como objetivo, pues, el de comprobar si los conductores cumplen las normas de policía establecidas para garantizar la seguridad del tráfico. Dicho sometimiento no sólo no supone una autoincriminación en relación con un delito contra la seguridad en el tráfico, por lo ya expuesto, sino que constituye hoy en el nuevo Código Penal el mandato típico de un delito específico de desobediencia...” (f.j.7).

sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa...” (f.j.7)⁷⁶⁵

En conclusión, para el Tribunal Constitucional no existe el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por contra, la obligación de soportarlas, aunque no quepa su imposición coactiva⁷⁶⁶.

La negativa del afectado, aparte de sus consecuencias administrativas⁷⁶⁷, constituirá el supuesto de hecho del delito tipificado actualmente en el artículo 383 del Código Penal, que no deja de ser, como decía el Tribunal Constitucional, respecto al anterior artículo 380 CP, en su auto de fecha 28 de junio de 2000, núm. 165/2000, un delito específico de desobediencia en el que se incurre por el simple hecho de negarse a someterse a estas pruebas, se hayan o no ingerido las sustancias que a través de las mismas pretende detectarse, por lo que el negarse a su práctica lesionaría el bien jurídico protegido por el delito⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ Para COMAS DE ARGEMIR CENDRA: “La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia”, cit., pág. 102, negar valor incriminatorio a esta prueba es una falacia “porque doctrinal y jurisprudencialmente forma parte de los actos de investigación, cuyo resultado positivo, junto a la declaración testifical de los agentes que la han practicado, constituye prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia y, en consecuencia para poder condenar.”

⁷⁶⁶ Sigue siendo válida, por tanto, la conclusión que daba LORENTE HURTADO: “La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 65, tras analizar las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en 1985. En palabras de GANZENMÜLLER, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA: El nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, considerado como desobediencia grave a la autoridad”, cit., pág. 14, la obligatoriedad de someterse a las pruebas constituye una “coacción jurídica” no susceptible de “coacción física”.

⁷⁶⁷ El Reglamento General de la Circulación prevé las consecuencias de la negativa del sometido a examen: detención e inmovilización del vehículo. Así, entre las diligencias a practicar por el agente de la autoridad, si el resultado de la segunda prueba practicada o el de los análisis efectuados a instancia del interesado, fuera positivo, o cuando el que condujere un vehículo de motor presentara síntomas evidentes de hacerlo bajo la influencia de bebidas alcohólicas o apareciera presuntamente implicado en una conducta delictiva, el art. 24 contempla la posibilidad de “conducir al sometido a examen, o al que se negare a someterse a las pruebas de detección alcohólica, en los supuestos en que los hechos revistan caracteres delictivos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al Juzgado correspondiente a los efectos que procedan”, y el art. 25 prevé la inmediata inmovilización del vehículo si las pruebas y análisis diesen resultado positivo, mediante su precinto u otro procedimiento efectivo que impida su circulación, a no ser que pueda hacerse cargo de su conducción otra persona debidamente habilitada, y “en los casos de negativa a efectuar las pruebas de detección alcohólica”. Según Agustín PÉREZ-CRUZ MARTÍN: “La prueba de alcoholemia en el nuevo Reglamento General de Circulación”, *La Ley*, 1992-3, pág. 1072, el art. 24 RGC ha sustituido la expresión *retener*, que empleaba el derogado art. 5 OM de 29 de julio de 1981, por la de *conducir* “con la única finalidad de evitar la utilización de la situación de privación de libertad, procesalmente previsto – cual es la de la detención policial – con el claro propósito tanto de hacer inviable la prestación estatal de la asistencia letrada como de imposibilitar el ejercicio del derecho de *habeas corpus*”. Se priva así al “conducido”, mediante un simple cambio semántico, de los derechos constitucionales que asisten a todo “detenido”. Para SERRANO HOYO: “La nueva regulación de las pruebas de alcoholemia. Su valor probatorio en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 866, dicha “conducción” comporta una privación provisional de libertad. Supone una situación distinta a la del conductor privado brevemente de su libertad ambulatoria que ha sido requerido por el agente de tráfico para la realización de un test alcoholométrico. Constituye, pues, una detención en el sentido constitucional del concepto.

⁷⁶⁸ Este parece ser el criterio que mantiene el Tribunal Constitucional, pues en su sentencia 1/2009, de 12 de enero, si bien no abordaba directamente la cuestión de la relación entre los actuales artículos 379.2 y 383 CP, aunque ya estaban vigentes y se refería a los anteriores artículos 379 y 380 por ser los de

Cuestión distinta es, como advertía dicho tribunal, determinar si este tipo de delitos debe ser aplicado cuando existen indicios de conducción bajo dichos efectos o como medida de policía general. Cuestión ésta de legalidad ordinaria que desembocó en el planteamiento de dos líneas interpretativas del anterior artículo 380 CP, paralelas a la interpretación del artículo 379 CP, tal como sintetizaba, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sec. 2ª, de 10 de enero de 2000, en su fundamento jurídico 1º:

a) formal, consistente en su aplicación cuando se constata simplemente la negativa a realizar alguna de las pruebas y,

b) material, según la cual no basta la mera negativa a la práctica de tales pruebas sino que es necesario acreditar, mediante signos externos, la influencia que el alcohol y las drogas tienen en la conducción al igual que sucede con el art. 379 CP⁷⁶⁹.

aplicación al caso analizado, afirmaba que la disimilitud de conductas típicas excluía la vulneración del principio “non bis in idem” (f.j.6).

⁷⁶⁹ Daniel VARONA GÓMEZ: “La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (Artículo 380 del nuevo Código Penal): Interpretación y límites”, *Actualidad Penal*, 1996-2º semestre, ref. LII, págs. 970-974, defendía la interpretación material del artículo 380 CP en base a los siguientes argumentos: la gravedad de la pena prevista, su vinculación con el bien jurídico de la seguridad del tráfico como demuestra su ubicación sistemática y su especialidad respecto al régimen general de los delitos y faltas de desobediencia y, finalmente, la doctrina constitucional sobre el delito de conducción bajo la influencia de drogas y bebidas alcohólicas a la luz del principio de *ultima ratio*. Siguiendo a este autor, IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., págs. 56-57.

A este respecto y con la finalidad de deslindar las sanciones penales y administrativas, la STS de 9 de diciembre de 1999, núm. 3/1999, estableció: “La simple lectura del Código Penal permite constatar la directa relación del mismo con el precedente, en cuanto habla de „someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior”, es decir, los casos de conducción de vehículo a motor o de ciclomotor „bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”; debiendo significarse al respecto que, para la comisión del delito previsto en el art. 379 del Código Penal, no basta con conducir con una determinada tasa de alcoholemia, sino que es menester que el conductor lo haga „bajo la influencia” del alcohol, o de cualquiera otra de las sustancias legalmente previstas en el citado artículo, ya que el mismo no es una norma penal en blanco y, por tanto, debe entenderse que el solo dato del nivel de alcoholemia, sin otras connotaciones, solamente es suficiente, en principio, para motivar una sanción administrativa. No basta, pues, para que deba entenderse cometido el delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379 del Código Penal, que el conductor del vehículo rebase las tasas establecidas (v. art. 20.1 del Reglamento General de Circulación), sino que es preciso – como se desprende del tenor literal del precepto – que conduzca „bajo la influencia” del alcohol, o de las otras sustancias legalmente previstas, en su caso, de modo que lo haga con indudable alteración de sus facultades psíquicas y físicas, en relación con sus niveles de percepción y de reacción. De ahí la relevancia que, junto al resultado de las pruebas de alcoholemia, deba reconocerse a otros elementos de prueba, tales como el testimonio de las personas que hayan observado la forma de conducir o de comportarse el conductor de que se trate, particularmente el de los agentes de la Autoridad que hayan practicado la correspondiente prueba. Para que exista el delito de conducción de vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas es menester que la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico, etc.). La dependencia del artículo 380 respecto al 379 del Código Penal permite establecer, en orden a fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa, los siguientes criterios orientativos:

a) La negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos previstos en los números 1 y 2 del art. 21 del Reglamento General de Circulación, debe incardinarse dentro del tipo penal del art. 380 del Código Penal.

b) Dicha negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto del Reglamento de Circulación, precisa la siguiente distinción:

Sin embargo, como ya hemos apuntado, la reforma operada en el actual artículo 383 CP convierte a éste en un delito autónomo contra la seguridad vial, planteándose desde entonces de nuevo la polémica sobre su interpretación. Así, la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Girona, en sentencia de fecha 4 de febrero de 2010, establece que lo que el actual artículo 383 CP sanciona ahora “no es negarse a llevar a cabo unas pruebas destinadas a la comprobación de la preexistencia del delito, sino la negativa pura y simple a someterse a dichas pruebas, con independencia de cuál sea el objeto de las mismas” (f.j.3). Por tanto, negativas que antes resultaban atípicas, como la que se realizaba en un control rutinario de alcoholemia sin que los agentes hubieran detectado previamente indicio alguno de una posible influencia del alcohol en la conducción o cuando por la evidencia del estado de embriaguez del conductor resultaba innecesaria, ahora serían punibles (así también, SAP Las Palmas, sec. 6ª, 13 de noviembre de 2009, f.j.4).

De forma aún más contundente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, de 14 de enero de 2010, considera superada la doctrina establecida por la citada STS de 9 de diciembre de 1999 y concluye:

“Actualmente el 383 no castiga ya ningún delito de desobediencia, desapareciendo toda mención a la misma, y no se trata ya de comprobar si un conductor maneja el vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, sino si lo hace con unas tasas de alcohol superiores a las permitidas por el 379, de tal modo que aunque no presente síntoma alguno de embriaguez, la negativa a realizar la prueba entendemos que sería en todo caso constitutiva de delito.” (f.j.2)

Por el contrario, la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, en sentencia de fecha 4 de diciembre de 2009, mantiene una interpretación no formal cuando absuelve del delito del artículo 383 CP al recurrente pese a haberse negado a realizar la prueba del etilómetro porque, pese a ello, se le había condenado por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas dada su evidencia (“la alcoholemia del acusado era tal que no

b.1) Si los agentes que pretenden llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber así al requerido, la negativa de éste debe incardinarse también en el delito de desobediencia del citado artículo 380 del Código Penal.

b.2) Cuando no se advierten tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa (art.65.5.2.b) y 67.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial” (f.j.2).

Así pues, la diferencia entre el ilícito administrativo y el penal, cuando se trata de conducción bajo ingesta alcohólica, radica en el carácter meramente formal de la norma administrativa de superar una determinada tasa, mientras que el ilícito penal supera esa mera transgresión formal exigiendo la acreditación de un peligro real para la seguridad del tráfico, esto es, la influencia en las facultades psicofísicas necesarias para la conducción poniendo en peligro los bienes jurídicos protegidos en la norma (así, STS de 15 de septiembre de 2006, núm. 867/2006, f.j.2). Interpretación material del artículo 380 CP que ya postulaban IGLESIAS RÍO y LOZANO GARCÍA: “El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia (art. 380 CP)”, cit., pág. 43, concluyendo que admitir la validez axiológica del citado artículo supondría asumir implícitamente un precepto de naturaleza procesal inquisitorial. M. Carmen GUERRERO PICÓ: “Reconocimiento jurisprudencial de la constitucionalidad de la obligación de sometimiento *a priori* de la prueba de alcoholemia”, en *El principio constitucional de intervención indiciaria*, cit., págs. 87-88, advertía que la interpretación material podía haberse concebido sobre la idea equivocada de que una restricción preventiva es, por el mero hecho de serlo, inconstitucional cuando, en realidad, el Tribunal Constitucional admitía los controles preventivos de alcoholemia incluso sin previa existencia de indicios de infracción.

estaba en condiciones de conducir”), por lo que tendiendo el citado precepto a la comprobación de la tasa de alcoholemia, la prueba resultaba superflua.

También para la Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, en sentencia de 16 de octubre de 2009, conserva plena vigencia la doctrina instaurada por el Tribunal Supremo, pese a no constituir jurisprudencia propiamente dicha, considerando que el actual artículo 383 CP no se desliga ni mucho menos del 379.2 tras su nueva redacción, sino que se remite al mismo aún de forma indirecta, haciéndole dependiente del mismo para la tipicidad de la conducta obstativa (f.j.2).

En cualquier caso y por lo que a nuestros efectos importa, lo que resulta relevante es que se encuentra expresamente tipificado como delito la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y que estas últimas, tras la modificación de la regla 7ª del artículo 796.1. LECrim, operada por la D.F. 1ª de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, consistirán en una intervención corporal, concretamente, la toma de una inicial muestra de saliva a fin de practicar un indiciario test salival, “*al que obligatoriamente deberá someterse el conductor*”, quien, cuando presente signos de haber consumido las sustancias referidas o el test arroje un resultado positivo, “*estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente*”, que será analizada en los laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.

Con independencia de la incorrección de establecer la obligatoriedad del sometimiento a las pruebas de detección de la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en la LECrim aprovechando la reforma del Código Penal, sin hacer referencia alguna a la misma en su Exposición de Motivos y omitir cualquier modificación de la LTSV y del RGC, como sería lógico, dado su ámbito, lo cierto es que, a diferencia, de lo que ocurre con las medidas de investigación corporal que puedan ser acordadas en el seno de un proceso penal, en el caso de las pruebas de alcoholemia y de presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizadas por agentes de la Policía Judicial de tráfico con formación específica y sujeción a lo previsto en las normas de seguridad vial, se establece expresamente la obligatoriedad de su sometimiento y se tipifica su negativa como delito. Circunstancias que acercan la naturaleza jurídica de tales pruebas a las obligaciones procesales⁷⁷⁰.

Sin embargo, como advierte LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, la auténtica obligación procesal vendrá constituida por el sometimiento a un análisis de sangre o de

⁷⁷⁰ La interpretación material que sostiene el Tribunal Supremo impide considerar la negativa como un indicio de culpabilidad respecto de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, como ya advirtiera LORENTE HURTADO: “La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 65. Así también, GANZENMÜLLER, ESCUDERO MORATALLA y FRIGOLA VALLINA: “El nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, considerado como desobediencia grave a la autoridad”, cit., pág. 7. Lo contrario resultaría, en palabras de HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 450, atentatorio contra el principio *non bis in idem* y contra la igualdad de armas en el proceso penal. Por ello, postula como posible solución, la configuración de la obligación de sometimiento a la prueba de alcoholemia como una carga.

orina, u otro análogo, impuesto por el Juez a fin de contrastar un anterior resultado positivo del método de aire espirado⁷⁷¹.

Obligación que, como ya apuntamos al tratar de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, supone, a nuestro entender, una vulneración del derecho a no autoincriminarse, entendido en sentido amplio, como derecho a no tener que colaborar en modo alguno, ni activa, ni pasivamente, en la investigación penal, no aportando ninguna prueba ni evidencia ni elemento alguno que el sujeto pueda considerar autoincriminatorio.

Y sanción que constituye, en definitiva, una compulsión sobre el sujeto igualmente contraria a su derecho a no autoincriminarse, pues no cabe desconocer que la compulsión se produce también mediante una coacción jurídica, no necesariamente mediante una amenaza o violencia física. Coacción jurídica que existe cuando, como en el caso que nos ocupa, se castiga la negativa a colaborar o a aportar determinados elementos materiales con una pena mayor que el delito que, en definitiva, se trata de acreditar.

3. Consideración especial sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación: la STC 7/1994, de 17 de enero

El estudio de esta materia debe tomar como punto de partida el principio de libre investigación de la paternidad (y de la maternidad) establecido en el artículo 39.2 CE y actualmente en el apartado 2 del artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁷². La proclamación de dicho principio comporta la atribución formal de la filiación con arreglo a la realidad biológica y el consiguiente desplazamiento del principio de verdad formal por el de verdad material o principio de veracidad⁷⁷³.

⁷⁷¹ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, cit., pág. 163, si bien pone de relieve la imposibilidad de hacer cumplir tal obligación procesal mediante vis física, dada la falta de previsión legislativa expresa en este sentido. Recuérdese, en cualquier caso, que tales análisis, ordenados por la autoridad judicial, a diferencia de las pruebas practicadas mediante etilómetros, sí constituyen auténticas medidas de intervención corporal. Así también, GÓMEZ AMIGO: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 112. Con todo, cabe destacar, en este punto, que la citada reforma del apartado 7 del artículo 796.1 LECrim, a diferencia del artículo 12.2 LTSV y del artículo 22 RGC, no prevé la realización de tales pruebas de contraste por orden de la autoridad judicial, sino, únicamente, a solicitud del conductor, requiriéndose, en tales casos, al personal sanitario que las realice para que remita el resultado al Juzgado de Guardia por el medio más rápido posible y, en todo caso, antes del día y hora señalado para comparecer ante dicho Juzgado.

⁷⁷² El citado precepto de la LEC 1/2000 reproduce el apartado 1 del artículo 127 del Código Civil (en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modificaron determinados artículos en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio) por ella misma derogado cuando 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.

⁷⁷³ POMARES GARCÍA: “Las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad en los procesos de filiación. Estudio especial de la negativa a someterse a su práctica”, cit., pág. 1076. Asimismo, como advierte M.^a Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA: “El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (I)”, cit., págs. 75-77, el reconocimiento de la posible y libre investigación de la paternidad esboza el derecho de todo sujeto a saber quiénes son sus progenitores biológicos y, en suma, su herencia genética, como derecho de la personalidad. En consecuencia, la investigación de la paternidad va más allá de la simple determinación del *status filii*.

La sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero⁷⁷⁴, es, sin duda, la resolución que ha analizado con mayor detalle el problema de la obligatoriedad de la prueba biológica en los procesos de filiación, aunque incurra en cierta ambigüedad en su conclusión⁷⁷⁵. Resolvió el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 30 de abril de 1992, revocatoria de la sentencia de segunda instancia, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, que había declarado la paternidad del demandado.

El demandado se había negado tanto en primera como en segunda instancia a someterse a la prueba porque consideraba, entre otras razones, que la misma vulneraba sus derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE). El Tribunal Constitucional rechazó tales argumentos y afirmó que no se infringe el derecho a la integridad física “cuando se trata de realizar una prueba prevista por la ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el seno de un proceso”, ni el derecho a la intimidad “cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación” (f.j.2).

Posteriormente, la sentencia 95/1999, de 31 de mayo, reiterando tal doctrina constitucional, dispuso:

“Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el art. 127 del Código Civil, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del art. 39.2 C.E., según el cual „La ley posibilitará la investigación de la paternidad“, autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen „la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación“ (art. 39.2 C.E.), y la obligación de los padres de „prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio“ (art. 39.3 C.E.). Por ello, cuando sean consideradas indispensables

Sobre el denominado principio de veracidad, RIVERO HERNÁNDEZ: “La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación”, cit., págs. 105-113. LLEDÓ YAGÜE: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, cit., pág. 203, utiliza la expresión verdad genética.

⁷⁷⁴ Dictada por la Sala Primera del Tribunal en resolución del recurso de amparo 1407/1992, siendo ponente el magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Contiene un voto particular del magistrado don Pedro Cruz Villalón.

⁷⁷⁵ Con anterioridad el Tribunal Constitucional se había pronunciado sobre este punto en distintas ocasiones: autos 1296/1988, de 12 de diciembre; 103/1990, de 9 de marzo y 221/1990, de 15 de marzo. Con posterioridad, en los autos 276/1996, de 2 de octubre; 245/2000, de 26 de octubre y 371/2003, de 21 de noviembre y, fundamentalmente, en la sentencia 95/1999, de 31 de mayo.

por la autoridad judicial, no entrañen grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 C.E.) y a la intimidad (art. 18.1 C.E.) del afectado (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.º)” (f.j.2)

Así pues, según el Tribunal Constitucional, la resolución judicial que, en un proceso de filiación, dispone una prueba biológica de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, si reúne los requisitos jurisprudencialmente exigidos al interpretar los artículos 18.1 y 15 CE.

Con todo, la cuestión jurídica más relevante a nuestros efectos estriba en la valoración de la negativa del demandado a someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación decretada por los órganos jurisdiccionales.

La sentencia de 17 de enero de 1994, tras establecer los requisitos que debe reunir la resolución judicial que acuerda un reconocimiento hematológico de alguna de las partes para que no vulnere los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad (f.j.3), admitir los supuestos en que el afectado podría legítimamente negarse a someterse a la prueba biológica (f.j.4) y recordar las precauciones que las leyes establecen “para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torticeras” en la admisión de la demanda y la admisión de la prueba biológica (f.j.4), afirma que “una vez decidido por el Juzgado que es preciso realizarla porque no pueda obtenerse la evidencia de la paternidad a través de otros medios probatorios, *el afectado está obligado a posibilitar su práctica*. No sólo por deberes elementales de buena fe y de lealtad procesal, y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE); sino por el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE).” (f.j.4; la cursiva es nuestra)

En la misma línea, la citada STC 95/1999, de 31 de mayo, estableció:

“Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 C.E., *las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial*”⁷⁷⁶, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.), conlleva que

⁷⁷⁶ Subrayamos este último inciso porque, como ha venido a recalcar la STC 177/2007, de 23 de julio, sólo podrá hablarse de negativa injustificada a someterse a la práctica de la prueba biológica en caso que dicha prueba haya sido efectivamente acordada por el órgano judicial en el proceso de filiación. Sólo entonces cabrá colegir las consecuencias previstas por la ley (art. 767.4 LEC) a tal injustificada negativa, sin que sea suficiente, como ocurrió en el caso analizado por la citada sentencia, que el demandado, al contestar la demanda, haya mostrado su postura contraria a la admisión y práctica de dicha prueba (f.j.5) que no llegó a ser acordada realmente por el juzgado.

dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 C.E., por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 C.E. (STC 7/1994, fundamento jurídico 6.º y las resoluciones en ella citadas).” (f.j.2)

Establecida la obligatoriedad, la cuestión estriba en determinar las consecuencias concretas, en el terreno probatorio, de la negativa a someterse a la prueba biológica⁷⁷⁷. Para ello habrá que tener en cuenta el peso específico de la prueba⁷⁷⁸ en el caso concreto y las consecuencias de la regla de la carga de la prueba⁷⁷⁹ – *ex art. 1214 CC*, en la

⁷⁷⁷ Para el Tribunal Constitucional la negativa del demandado a someterse a la prueba sólo sería legítima “si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye (STC 37/1989, fundamento jurídico 8º.3) o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud” (f.j.4). Según RIVERO HERNÁNDEZ: “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”, cit., pág. 377, indicios serios son aquellos que permiten columbrar como verosímil o posible la paternidad que se imputa. Postura del Tribunal Constitucional que apenas difiere, según dicho autor, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo “donde requería, para poder deducir la paternidad del demandado, la posibilidad de la fecundación (por él) de la mujer, o la existencia de relaciones sexuales muy verosímiles, más su negativa obstruccionista a la prueba biológica”. La posibilidad de fecundación de la mujer se convertía así en presupuesto ineludible para la declaración de paternidad y filtro de demandas frívolas o malévolas. Excepciones de interpretación estricta, como se desprende del ATC 276/1996, en el que el Tribunal rechazaba los argumentos esgrimidos por los recurrentes para justificar su negativa a la prueba, fundamentalmente la creencia en la falta de legitimación del demandante, por no tener cabida en la doctrina contenida en la STC 7/1994 (f.j.3). En cambio, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ: “Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales”, *Poder Judicial*, número 25, marzo 1992, CGPJ, pág. 75, y “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”, cit., pág. 373, no excluye otras causas graves y razonables, como la motivación religiosa seria y fundada, o la lesión o grave riesgo igualmente grave de derechos y libertades fundamentales cuya vulneración pueda hacer ilícita una prueba. Sin embargo, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ: “La prueba pericial biológica en los procesos de filiación. Doctrina jurisprudencial”, cit., pág. 957, con cita de abundante jurisprudencia, señala que motivos como los religiosos o de conciencia, los basados en la desconfianza respecto de la objetividad, imparcialidad y rigor científico del laboratorio o personal sanitario encargado de realizar la prueba biológica, o los que se amparan en la imposibilidad física o material de acudir a su práctica, han sido descartados en diversas ocasiones. CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., pág. 84, afirma que la negativa puede basarse en la ignorancia de las consecuencias futuras de facilitar la muestra biológica y, en ese caso, la negativa puede ser una negativa *razonable* de la que no sea lícito deducir consecuencias desfavorables para el imputado o el demandado. Cita, además, como otras posibilidades de negativa razonable la no concurrencia del presupuesto de legalidad o la ausencia de proporcionalidad de la medida.

⁷⁷⁸ “Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial” (STC 7/1994, f.j.6).

⁷⁷⁹ “En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a

actualidad derogado y sustituido por el artículo 217 LEC – que en este ámbito devienen formalistas con infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero es en el fundamento jurídico séptimo donde se plantea el tema de la posible imposición coactiva de las pruebas biológicas:

“La tutela judicial constitucionalmente garantizada viene calificada por su efectividad, y esta característica, aunque no imponga necesariamente el éxito de la pretensión ejercitada – como se ha afirmado en doctrina de este Tribunal tan abundante que excusa su cita –, en lo referente a la actividad probatoria, sí exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión; que son accesibles, en las condiciones antes examinadas, y cuya necesidad había sido reconocida por el propio Tribunal sentenciador en su resolución ahora impugnada.

Sin desconocer la conveniencia – apreciada por los Tribunales de las distintas instancias – de una intervención legislativa específica que despeje las dudas al respecto, la legislación vigente, tanto penal como procesal, proporciona al Juez los medios suficientes para actuar con esa diligencia que le exige el mandato constitucional, y, por todo lo dicho, resulta imperativa su utilización⁷⁸⁰. Ello porque afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y – legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa⁷⁸¹ – fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial, que se ampara en la aplicación de reglas formales (las que distribuyen la carga de la prueba ex art. 1214 CC), que en un contexto como el presente devienen formalistas provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el mencionado art. 24 CE. Lo anterior aparte, en este caso la infracción constitucional se ve agravada desde el

quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación”. Seguidamente, con cita de las SSTC 227/1991, 98/1987 y 14/1992, recuerda la doctrina constitucional sobre las fuentes de prueba que se encuentran en poder de una de las partes del litigio y sobre la prueba imposible o diabólica, para afirmar que, al acatar los órganos judiciales la negativa del afectado a la realización de la prueba y aceptar su falta de colaboración, “se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE [STC 227/1991, fundamento jurídico 3, 14/1992, fundamento jurídico 2, y 26/1993, fundamento jurídico 4] colocándola en situación de indefensión” (STC 7/1994, f.j.6).

⁷⁸⁰ Para Federico SAINZ DE ROBLES: “La investigación de la paternidad en el proceso civil (En torno a la sentencia 7/1994, de 17 de enero)”, *Tapia*, núm. 75, marzo-abril 1994, pág. 4, los medios suficientes son medios indirectos: “no pasan de ser una compulsión con la intimidación de un mal para quien no cumple el mandato judicial”. Para LLEDÓ YAGÜE: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, cit., pág. 208, esta remisión se refiere al delito de desobediencia a la autoridad judicial y a la detención o conducción por la fuerza pública.

⁷⁸¹ Para SAINZ DE ROBLES: “La investigación de la paternidad en el proceso civil”, cit., pág. 4, esas actividades adicionales, en rigor, no existen, salvo las citadas compulsiones indirectas.

momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el art. 39.1 CE, desconociéndose a su vez el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad, lo que *exige una interpretación de los correspondientes preceptos procesales finalista y adecuada para hacer posible la práctica de la prueba cuya obligatoriedad no es constitucionalmente cuestionable.*” (la cursiva es nuestra)

La sentencia, amparándose en el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, anula el fallo del Tribunal Supremo y estima correcta la valoración efectuada por la Audiencia Provincial de Madrid⁷⁸², “considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un *indicio*, tanto más consistente cuanto más reiterado, que *en conjunción con las restantes pruebas* aportadas por la demandante – que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto – contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en derecho – la prueba de presunciones *ex art. 1253 CC* – la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado, dando, en el presente caso, adecuada respuesta con las técnicas probatorias existentes en nuestro Derecho, a los problemas ocasionados por la conducta obstruccionista del demandado” (f.j.8; la cursiva es nuestra).

⁷⁸² El magistrado don Pedro CRUZ VILLALÓN, en su voto particular, discrepa del alcance del otorgamiento de amparo. Considera que la sentencia hubiera debido anular las tres resoluciones judiciales dictadas por los tribunales ordinarios, las cuales difieren únicamente en su distinta valoración del material probatorio, dado que el Tribunal Constitucional “no puede hacer distinciones entre resoluciones que infringirían de forma directa e inequívoca el derecho fundamental a la tutela judicial, llegando a una conclusión, y aquellas otras que, no obstante haber causado, con su pasividad, la misma infracción, habrían, sin embargo, reaccionado correctamente llegando a conclusiones distintas”. De este modo, “la sentencia, más allá de sus afirmaciones en sentido contrario, está otorgando inevitablemente su preferencia por la valoración del material probatorio disponible efectuada en una resolución respecto de las efectuadas por las otras”. RIVERO HERNÁNDEZ: “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”, cit., pág. 384, califica de incoherente la solución de la sentencia y entiende que hubiera bastado anular la sentencia del Tribunal Supremo por ser ésta la resolución judicial lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la demandante. Para SAINZ DE ROBLES: “La investigación de la paternidad en el proceso civil”, cit., pág. 6, “lo que la sentencia TC *ha hecho*, al margen de lo que *ha dicho*, es realizar por su cuenta una *nueva valoración* de las pruebas practicadas en las dos instancias, incluidas las consecuencias de la ausencia de práctica de la prueba biológica. [...] Y lo que *ha hecho*, finalmente, *es dar a la negativa el valor de la ficta confessio...*” (en el original la cursiva va en negrita). Así también, LLEDÓ YAGÜE: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, cit., pág. 210, y OCAÑA RODRÍGUEZ: “La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-94 sobre filiación, desde una perspectiva procesal”, cit., pág. 120. Para EGUSQUIZA BALMASEDA: “El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (II)”, cit., pág. 68, se trata de una solución próxima a la consecuencia de la *ficta confessio*. Según BUJOSA VADELL: “El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, cit., págs. 198-199, “...con ello el Tribunal Constitucional contradice toda su argumentación anterior relativa a la existencia de una verdadera obligación, condona el mismo una conducta procesal carente de justificación, es decir, la negativa al sometimiento a la prueba biológica, al igual que habían hecho los órganos judiciales inferiores, y entra en la valoración de la misma, valoración con el resto de indicios serios que hubiera correspondido, es cierto, a la jurisdicción ordinaria”. En definitiva, el fallo de la sentencia plantea una vez más la problemática derivada de la relación y delimitación de funciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Sobre este particular, Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ: “El alcance del fallo en el recurso de amparo (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994), *Revista General del Derecho*, número 598-599, julio-agosto 1994, págs. 7871-7902.

Por tanto, la negativa a la práctica de la prueba biológica no es suficiente por sí sola⁷⁸³ sino que ha de concurrir con otras pruebas⁷⁸⁴ o indicios serios⁷⁸⁵ que han de ser valorados conjuntamente⁷⁸⁶. Realmente es muy difícil pensar un supuesto en que la negativa a la prueba biológica sea la única prueba dada la naturaleza de las relaciones afectivas, duraderas en el tiempo y exteriorizadas frente a terceros⁷⁸⁷. Únicamente cabría plantearse la hipótesis de una sola relación sexual desconocida a terceros, pero aún así nos quedaría la prueba de confesión aunque se negase también a practicarla el demandado y el resto de indicios endoprocesales que pudieran desprenderse de la propia demanda y actos consiguientes⁷⁸⁸.

⁷⁸³ Para RIVERO HERNÁNDEZ: “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”, cit., pág. 353, la mera negativa a la prueba biológica es suficiente para poder deducir la paternidad del demandado que se niega, sin justa causa, a someterse a ella: “...basta la simple negativa irrazonable a la prueba biológica, valorada en un contexto fáctico idóneo, para deducir paternidad por el mero juego de la aludida presunción de hecho, sin apenas aditamentos, presupuestos o exigencias complementarias, salvo las mínimas para defender al interesado frente a demandas frívolas o malévolas”.

⁷⁸⁴ LLEDÓ YAGÜE: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, cit., pág. 210. Así, por ejemplo, la STS de 3 de octubre de 1998, núm. 884/1998, dispone: “...si bien es cierto que la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir „ficta confessio”, no puede, por sí sola, ser determinante de una declaración de paternidad, este no es el supuesto litigioso aquí contemplado, ya que la sentencia aquí recurrida [...] declara probado el hecho [...] de la existencia de unas prolongadas relaciones amorosas o sentimentales entre la actora y el demandado, el cual, además, a lo largo de la tramitación del proceso en sus dos instancias (pues en la segunda también fue acordada), ha mantenido una pertinaz, injustificada y reprobable negativa (resistencia pasiva) a someterse a la prueba biológica, ante lo cual es aplicable la reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, con arreglo a la cual, como ya antes se dijo, la negativa a someterse a la prueba biológica constituye un muy valioso indicio probatorio cuando, como en el presente caso acontece, concurren otras pruebas directas que evidencian la existencia de las relaciones sentimentales o amorosas entre los litigantes, y la probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos, que puedan ser las determinantes de la paternidad reclamada” (f.j.5).

⁷⁸⁵ Así, BUJOSA VADELL: “El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, cit., pág. 195, sin que sean necesarias otras pruebas absolutamente definidas como exigía la jurisprudencia anterior. Dichos indicios son precisamente los que legitiman la exigencia del sometimiento a la prueba biológica por el órgano jurisdiccional.

⁷⁸⁶ Así, como concluye la STC 95/1999, de 31 de mayo, “...cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el art. 135, in fine, del Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. (AATC 103/1990, 221/1990)” (f.j.2).

⁷⁸⁷ Sin embargo, no cabe obviar que es un hecho notorio que las relaciones sexuales han cambiado como advierte la STS de 25 de junio de 2004, núm. 601/2004, en su fundamento jurídico 1: “...si efectivamente no se demostró que entre los litigantes hubieran mediado relaciones de noviazgo, entendidas en el sentido tradicional, ha de tenerse en cuenta que ello no hace inevitable necesariamente que no hubieran mantenido relaciones sexuales, al predominar en estos tiempos las relaciones entre los jóvenes como de amigos sin proyección alguna hacia una futura unión matrimonial y así son frecuentes, por ser hecho notorio, que dichas relaciones en muchos casos no sean constantes y tengan lugar al margen de toda relación permanencial o cohabitación estabilizada.”

⁷⁸⁸ En este sentido, vid. Luis MUÑOZ SABATÉ: *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 3ª ed., Barcelona, 1993.

Para RIVERO HERNÁNDEZ a partir de esta sentencia es indudable la obligación de sometimiento a la práctica de la prueba biológica⁷⁸⁹. Para VARELA AGRELO la citada sentencia abandona la postura anterior y permite defender la tesis de la imposición coactiva de las intervenciones corporales aunque realmente no llegue a decir lo que hay que hacer ante la negativa de quien tenga que soportar la prueba⁷⁹⁰.

Por el contrario, para LLEDÓ YAGÜE, pese a reconocer que de la sentencia se colige la posibilidad de imposición coactiva, no cabe un ejercicio coactivo y/o coercible porque ello contravendría el respeto a la dignidad y personalidad del encausado, así como sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la libertad personal y a la privacidad. Implicaría, además, el desconocimiento de un derecho a la autodeterminación informativa y a la intimidad genética como derecho fundamental del ciudadano⁷⁹¹.

RIVERO HERNÁNDEZ afirma, aunque a disgusto, que no se trata de una mera carga sino de una verdadera obligación jurídica del demandado, imponible coercitivamente en caso de negativa abierta y directa⁷⁹².

⁷⁸⁹ RIVERO HERNÁNDEZ: “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”, cit., pág. 379, entiende que “para el Tribunal Constitucional esta prueba es obligatoria para el demandado desde el momento en que deviene firme la resolución judicial que la declara pertinente y acuerda su práctica: no sólo porque no es inconstitucional el obligar al demandado a someterse a ella (aspecto negativo), sino porque puede serle impuesta *velis nolis* y realizada contra su voluntad (aspecto positivo), de la misma forma que, aun siendo la libertad personal uno de los derechos fundamentales más valiosos, puede ser privado de ella y detenido un ciudadano para el que un Juez dicta un auto de prisión”.

⁷⁹⁰ VARELA AGRELO: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, cit., pág. 26. De igual modo, MENDIZÁBAL ALLENDE: “Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad”, cit., pág. 27, se muestra partidario de la imposición coactiva: “Una vez admitida y declarada pertinente la prueba biológica, su práctica ha de llevarse a efecto, con o sin el consentimiento de quien ha de sufrirla, coactivamente si necesario fuere...” Para CHOCLÁN MONTALVO: “Pericia genética y proceso penal”, cit., pág. 81, la citada resolución da pie “para considerar adecuada a la Constitución la imposición obligatoria – por la fuerza – de la investigación de la paternidad a través de la prueba biológica.”

⁷⁹¹ LLEDÓ YAGÜE: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, cit., págs. 208-209. OCAÑA RODRÍGUEZ: “La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-94 sobre filiación, desde una perspectiva procesal”, cit., pág. 131, coincide en que la citada resolución ha definido una obligación coercible y forzosa, entre otras razones, porque “los razonamientos y exigencias del TC [...] *sólo tienen sentido y pueden ser operativos en tanto en cuanto se entienda que la prueba biológica a la que se está refiriendo es físicamente coercible* y que ha de practicarse (por iniciativa incluso del Juez), *en período para mejor proveer*” (sic). Sin embargo, también considera que una extracción coactiva de sangre, aunque estuviese autorizada por ley orgánica, no sería conforme a la Constitución por ser contraria dicha medida a la dignidad de la persona (pág. 138).

⁷⁹² RIVERO HERNÁNDEZ: “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”, cit., pág. 380, para quien la posibilidad de defender la tesis de la carga se debe a la incoherencia formal de la propia sentencia que tras justificar la obligación de someterse a la práctica de la prueba biológica (fundamentos jurídicos 2 a 7) no impone la misma al demandado (fundamento jurídico 8 y parte dispositiva). En contra, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág., 411, nota 611, entiende que pese a la insistencia del Tribunal Constitucional en hablar de “obligación”, en realidad, se trata de una carga procesal por cuanto resuelve la cuestión sin imponer coactivamente la medida. También en este sentido, BUJOSA VADELL: “El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, cit., págs. 191-194. Tampoco para GARCIANDÍA GONZÁLEZ: “La prueba pericial biológica en los

Sin embargo, la tesis de la imposición coactiva no se ha utilizado en la práctica⁷⁹³ convirtiendo la cuestión en un problema de valoración de la prueba, o, si se prefiere, de valoración de una determinada actitud procesal frente a la práctica de la prueba (así, ATC 276/1996, de 2 de octubre).

En definitiva, pues, la negativa injustificada del demandado a la práctica de la prueba biológica debidamente acordada por el tribunal constituye un indicio que permitirá declarar la filiación reclamada siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios, tal como ha venido a consagrar legislativamente la LEC en su artículo 767.4 sintetizando la jurisprudencia de los tribunales, caracterizándose, sin embargo, las sentencias más recientes por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta obstruccionista del demandado.

Así, sin ánimo exhaustivo, de “valioso indicio” (SSTS de 28 de marzo de 1994, núm. 265/1994, f.j.2; 20 de diciembre de 1994, núm. 1148/1994, f.j.5; 14 de junio de 1996, f.j.1; 17 de octubre de 1996, núm. 819/1996, f.j.2; 3 de noviembre de 1997, núm. 946/1997, f.j.4; 22 de junio de 1998, núm. 596/1998, f.j.3; 3 de octubre de 1998, núm. 884/1998, f.j.4; 11 de mayo de 1999, núm. 406/1999, f.j.2; 2 de octubre de 2000, núm. 863/2000, f.j.5; 26 de septiembre de 2000, núm. 881/2000, f.j.4) hemos evolucionado a “indicio especialmente valioso” (SSTS de 28 de marzo de 2000, núm. 302/2000, f.j.3; 26 de septiembre de 2000, núm. 881/2000, f.j.5; 27 de diciembre de 2001, núm. 1260/2001, f.j.1; 17 de julio de 2002, núm. 734/2002, f.j.1; 19 de diciembre de 2002, núm. 1243/2002, f.j.1; 16 de junio de 2004, núm. 535/2004 f.j.2; 7 de julio de 2004, núm. 650/2004, f.j.5; 15 de julio de 2004, núm. 789/2004, f.j.1; 16 de julio de 2004, núm. 729/2004, f.j.4; 1 de septiembre de 2004, núm. 855/2004, f.j.5) pasando por “indicio muy cualificado” (SSTS de 10 de octubre de 1996, núm. 817/1996, f.j.2; 28 de febrero de 1997, núm. 143/1997, f.j.3; 26 de junio de 1999, núm. 569/1999, f.j.1; 24 de mayo de 2001, núm. 508/2001, f.j.1; 25 de junio de 2004, núm. 601/2004, f.j.1; 7 de diciembre de 2005, núm. 931/2005, f.j.5; 27 de diciembre de 2007, núm. 177/2007, f.j.3) o “poderoso indicio” (STS 29 de marzo de 2000, núm. 303/2000, f.j.2), entre otros calificativos tendentes a destacar su “alto valor probatorio” (STS 22 de mayo de 2000, núm. 516/2000, f.j.2).

Especial valor que, sin embargo, no puede llegar al extremo pretendido por la STS de 20 de septiembre de 2002, núm. 856/2002, que vino a declarar la paternidad del demandado basándose única y exclusivamente – dada la endeblez del resto de pruebas –

procesos de filiación. Doctrina jurisprudencial”, cit., pág. 958, el sometimiento a la prueba biológica constituye un deber u obligación para la parte porque no existe en nuestra legislación procesal un mandato normativo directo que exija a su destinatario concurrir al acto de reconocimiento ni la previsión de una consecuencia inmediata ante su actitud renuente. Es más, para LLEDÓ YAGÜE: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, cit., pág. 211, se trata de una facultad *intuitu personae*, no de una carga procesal.

⁷⁹³ En efecto, según BUJOSA VADELL: “El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, cit., págs. 194-195: “Por la falta de claridad en este aspecto y por las consecuencias a las que [...] finalmente llega el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia posterior, tanto la del Tribunal Supremo como la menor obvian la posibilidad de que exista una verdadera obligación procesal y valoran la prueba como si de una mera carga se tratase”. Para este autor el problema se resuelve, en último término, como un problema en la carga de probar.

en la negativa de éste a someterse a la prueba biológica. Precisamente por ello, la misma fue anulada por la STC 29/2005, de 14 de febrero, por prescindir del resto de material probatorio obrante en autos sin valorarlo en conjunción con dicha negativa, separándose así de manera ocasional y aislada de una consolidada línea jurisprudencial según la cual, como hemos expuesto, la negativa a someterse a la práctica biológica de paternidad o maternidad no es base suficiente para suponer una *ficta confessio*, aunque representa o puede representar un indicio valioso que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no sean suficientes para estimar probada una paternidad o maternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta.

Con todo, el Tribunal Supremo ha continuado dotando de especial valor o calidad indiciaria la negativa injustificada a la prueba biológica (SSTS de 27 de octubre de 2005, núm. 814/2005; 17 de noviembre de 2005, núm. 896/2005; 22 de noviembre de 2005, núm. 889/2005; 2 de febrero de 2006, núm. 27/2006) reduciendo al papel de meros coadyuvantes, en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas, acreditado por la experiencia, al resto de indicios (así, SSTS de 7 de diciembre de 2005, núm. 931/2005, f.j.11, y 27 de febrero de 2007, núm. 177/2007, f.j.8).

En cualquier caso, a modo de conclusión y por lo que aquí importa, conviene destacar que la vinculación del afectado a la prueba biológica no constituye propiamente un deber, según la jurisprudencia de los tribunales, sino una carga procesal⁷⁹⁴, puesto que su incumplimiento, como recuerdan las SSTS de 7 de diciembre de 2005, núm. 931/2005 (f.j.3), y 27 de febrero de 2007, núm. 177/2007 (f.j.5), no da lugar a su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina, caso de ser injustificada, las consecuencias de la falta de prueba siempre que concurren los requisitos exigidos para ello.

4. Opinión personal

De lo expuesto, y de cuanto se ha ido desgranando a lo largo de la exposición, se desprende que rechazamos categóricamente la configuración de las investigaciones corporales como obligación procesal que el sujeto afectado esté obligado a tener que soportar y, menos aún, que puedan serle impuestas coactivamente⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ Así, entre otras, SSTS de 26 de julio de 1999, núm. 684/1999 (f.j.3); 29 de marzo de 2000, núm. 303/2000 (f.j.2); 3 de noviembre de 2001, núm. 1000/2001 (f.j.2); 11 de marzo de 2003, núm. 253/2003 (f.j.1); 24 de junio de 2004, núm. 582/2004 (f.j.2); 14 de julio de 2004, núm. 740/2004 (f.j.7); 2 de febrero de 2006, núm. 27/2006 (f.j.6).

⁷⁹⁵ Una obligación procesal, a diferencia de la carga procesal, se caracteriza porque su inobservancia lleva aparejada el constreñimiento o la sanción de quien ha incumplido y en la materia que nos ocupa, salvo lo expuesto en cuanto a la denominada prueba de alcoholemia, aparte de no estar prevista legalmente tal posibilidad, no cabe ni uno ni otra, procediéndose, en último término, a su valoración como un indicio. Por tanto, resulta bastante difícil sostener que estamos ante una auténtica obligación procesal si no concurren sus notas características y, en último término, se acude a la solución propia de las cargas procesales. Sólo en el caso de la prueba de alcoholemia podría defenderse su configuración como obligación procesal, puesto que aunque ésta pueda no satisfacer íntegramente el principio de legalidad al no estar reguladas dichas pruebas por ley orgánica, cuando menos la obligatoriedad de las mismas sí está prevista legalmente y su negativa tipificada como delito.

Conceptuar la medida como una obligación susceptible de ser impuesta por la fuerza vulnera el derecho a no autoincriminarse. Derecho que no puede quedar reducido, a nuestro entender, como realiza la actual jurisprudencia, a su aspecto meramente declarativo (*nemo tenetur se ipsum accusare*), sino que ha de extenderse a su vertiente contributiva (*nemo tenetur se ipsum procedere*). El imputado tiene derecho a no colaborar en la investigación en su perjuicio y a no ser fuente de prueba sin su consentimiento.

Forma parte de la naturaleza humana que quien se ve inmerso en un proceso penal (o administrativo sancionador) y se sabe culpable intente, salvo excepciones (confesión de los hechos), evitar su condena no contribuyendo ni coadyuvando en modo alguno en la investigación. A nadie sorprende que un imputado se niegue a declarar o que si lo hace exponga una versión de los hechos irracional, absurda o, simplemente, falsa. Así se admite, salvo contadas excepciones doctrinales, el derecho del imputado a mentir.

Incluso se sostiene su derecho a no colaborar activamente en la investigación, pero no, en cambio, a no colaborar pasivamente. Sin embargo, una tal obligación de tolerar pasivamente conduce en la práctica al mismo resultado no querido por el imputado. Si no tiene obligación de dar una muestra de sangre, por poner un ejemplo, pero sí tiene obligación de soportar que se la extraigan, para el imputado, obviamente, a efectos prácticos, es lo mismo. Se elude así su derecho a no colaborar.

No cabe argüir, a nuestro entender, que ello supone dejar en manos del imputado la práctica de determinados medios de investigación, como hace el Tribunal Constitucional en su sentencia 161/1997, puesto que ello ocurre también con otros medios de investigación distintos a las investigaciones corporales que no pueden llevarse a cabo sin la colaboración del sujeto afectado, como por ejemplo, un reconocimiento en rueda, una prueba caligráfica o un informe pericial de voz. Nadie defiende en estos casos su imposición coactiva, sencillamente porque es imposible llevarlas a la práctica sin su colaboración. Intentarlo por la fuerza, aparte de absurdo, como en el caso de un reconocimiento en rueda, podría llegar a constituir un trato degradante.

Es cierto que en el caso de las investigaciones corporales sí cabe teóricamente su imposición coactiva y que de hecho así está previsto en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán, pero no lo es menos que tampoco se lleva a cabo “en todo caso”. En efecto, ante una negativa recalcitrante del sujeto afectado, se deja sin efecto la medida, porque ello podría constituir un trato inhumano o degradante o, cuando menos, vulnerar su dignidad humana. Por ello, incluso los autores que defienden la imposición coactiva de la medida ponen límites a la misma, lo que, en la práctica, se traduce en que, ciertamente, no se lleve a cabo en todos los casos y en todo caso.

La imposición coactiva de la medida de investigación corporal no soluciona, pues, el problema de la resolución judicial que no se ejecuta en la práctica por falta de colaboración del sujeto pasivo⁷⁹⁶. Cuestión ésta que, insistimos, no se da únicamente en

⁷⁹⁶ Recuérdese que, como se ha apuntado anteriormente, siempre será necesaria una mínima participación por parte del sujeto afectado por la medida, siquiera sea en las actividades preparatorias o de acompañamiento necesarias para la ejecución de la medida acordada.

el caso de las investigaciones corporales, sino en todos aquellos requerimientos al imputado de carácter personalísimo que sólo él puede hacer voluntariamente.

La diferencia con otros requerimientos no personalísimos que no precisan el consentimiento del imputado, como pueda ser un registro domiciliario, estriba en que estos no requieren siquiera su colaboración pasiva y los derechos fundamentales afectados por la medida son distintos. En el caso de las investigaciones corporales, como hemos tenido ocasión de exponer detalladamente en el capítulo correspondiente, resultan afectados, no solo como venimos diciendo el derecho a no autoincriminarse, sino que también pueden resultar afectados, en su caso, el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad del individuo e, instrumentalmente, su derecho a la libertad. Pero es, fundamentalmente, su dignidad como *minimum invulnerable* el obstáculo principal a la ejecución forzosa de la medida.

Ello es así por cuanto, pese a la afectación de tales derechos, los mismos no resultarían vulnerados si la medida se llevase a cabo con arreglo a la *lex artis* por el personal idóneo en cada caso y durante el tiempo imprescindible, ocasionando las mínimas molestias al sujeto afectado que soporta voluntariamente la misma y sin obtener más información que la necesaria al objeto de la investigación. El problema surge en los casos de negativa rotunda y pertinaz del sujeto a colaborar pasivamente, a “tolerar” siquiera las imprescindibles actividades preliminares y preparatorias. En esos casos, la utilización de la fuerza necesaria para poder inspeccionar su cuerpo, registrar sus cavidades naturales, extraerle unos centímetros cúbicos de sangre o tomarle unas muestras de saliva, por poner unos ejemplos, comportará la vulneración de tales derechos y de su dignidad, lo que desembocará en la nulidad del acto así realizado.

Defender la posibilidad de imposición coactiva de la medida con los límites expuestos plantea, pues, problemas prácticos de difícil solución: ¿Quién decide y en base a qué criterios cuál es la fuerza aplicable en caso de negativa del sujeto a tolerar la ejecución de la medida? ¿Cuál es la “fuerza mínima necesaria” a emplear, como dicen algunas resoluciones? ¿Hasta dónde puede llegar la compulsión? Siendo cierto que, en último término, serán los tribunales quienes decidan (*ex post*) si la fuerza empleada fue necesaria o excesiva, no lo es menos que no cabe establecer criterio alguno con carácter general (*ex ante*) que permita encontrar una solución para soslayar el problema apriorísticamente.

Por ello, a nuestro entender, no estando prevista legalmente la obligación de someterse a la práctica de las medidas de investigación corporal, ni sancionada expresamente la negativa injustificada a la misma, resulta mucho más respetuosa con los derechos fundamentales del sujeto la consideración de su negativa como una carga procesal⁷⁹⁷.

⁷⁹⁷ Insiste, precisamente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN”, cit., págs. 230-231, para quien el sometimiento a la intervención corporal constituye una carga procesal, en que el primer paso para resolver esta cuestión es que exista una autorización legislativa clara y expresa con rango de ley orgánica. ROMEO CASABONA: “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del Derecho español”, cit., pág. 441, considera que, aunque, ciertamente, la ley podría establecer la imposición obligatoria de las pruebas de ADN y de las intervenciones corporales en general, debería excluir los exámenes coactivos, sin perjuicio de los efectos jurídicos que puedan derivarse de la decisión del interesado de negarse a su sometimiento sin justificación aparente.

Ello ha de ser así porque su negativa, en cuanto derivada de su derecho a no colaborar, no puede ser objeto de sanción penal ni valorarse siquiera como un indicio y, mucho menos, siempre y en todo caso de culpabilidad. Al igual que ocurre cuando el imputado no declara o no contesta a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan, de su no colaboración no debería derivarse perjuicio alguno, pues, en definitiva, está ejerciendo un derecho reconocido constitucionalmente y del ejercicio de un derecho fundamental no puede derivarse efecto negativo alguno, ni siquiera, a nuestro entender, mediante el recurso de la valoración de tal conducta procesal como un dato o elemento de hecho más.

En efecto, téngase en cuenta que el fundamento de la regla de apreciación probatoria que permite valorar la conducta de las partes como elemento de convicción judicial no es otro que el deber de colaboración de éstas en la práctica de las pruebas, el principio de facilidad probatoria y, en último término, el principio de buena fe procesal. Principios que encuentran su ámbito de aplicación en el proceso civil, pero, obviamente, si, como venimos defendiendo, no existe tal deber de colaboración en el proceso penal, no cabe tampoco valorar su falta.

Ni siquiera cabe, a nuestro entender, como apuntamos en su momento al tratar los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, valorar tal conducta cuando existan otros elementos de prueba inculpativos y el imputado se hubiera negado injustificadamente a la práctica de la medida de investigación corporal sin aportar ninguna explicación racional y lógica de su actuar, a juicio del tribunal.

Con todo, no siendo ésta, ciertamente, la posición mantenida por los tribunales, como hemos expuesto en el apartado primero de este capítulo, los cuales en la práctica extraerán consecuencias de su negativa, debería, cuando menos, advertirse al imputado de tal circunstancia en el momento de ser requerido para llevar a cabo la diligencia acordada a fin de no causarle indefensión alguna y que sea consciente de las consecuencias que su conducta procesal puede acarrearle.

Desde luego, jamás podrá fundarse exclusivamente o esencialmente una condena en la negativa del imputado a la ejecución de la medida de investigación corporal acordada por más injustificada o carente de explicación que la misma pueda parecer al tribunal, del mismo modo que no cabrá atribuirle la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial – salvo que de *lege ferenda* así se establezca – por cuanto, insistimos, el imputado ejerce su derecho de defensa y de tal ejercicio, en sí mismo considerado, no puede derivar perjuicio alguno respecto a su presunción de inocencia. Otra cosa es que dicho ejercicio y la estrategia de defensa empleada no aporte alternativa alguna o contraindicio adverso a los indicios existentes en su contra, pero ésta es cuestión que al imputado, asistido de su letrado defensor, corresponde valorar.

VIII. EFICACIA PROBATORIA DE LAS INVESTIGACIONES CORPORALES

1. Eficacia probatoria de las investigaciones corporales practicadas como diligencias sumariales

Los actos de investigación realizados en la fase de instrucción – incluidos, por tanto, aquellos que recaen sobre el cuerpo humano – no constituyen pruebas⁷⁹⁸.

Como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 de febrero, con cita de la 92/2006, de 27 de marzo, “las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim) que no constituyen en sí mismos pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador” (f.j.5)⁷⁹⁹.

Únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral con plena vigencia de los principios de contradicción, inmediación, publicidad, oralidad e igualdad de armas procesales, puesto que, como sigue diciendo el Tribunal Constitucional, el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes⁸⁰⁰.

Ello es consecuencia del artículo 741 LECrim y de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 31/1981, de 28 de julio⁸⁰¹, según la cual,

⁷⁹⁸ Por todos, Francisco RAMOS MÉNDEZ: *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*, Barcelona, 2011, pág. 167, advirtiendo asimismo de los peligros que para la presunción de inocencia supone lo contrario.

⁷⁹⁹ Así también, con cita de la jurisprudencia constitucional, entre otras muchas, SSTS de 22 de mayo de 2009, núm. 480/2009 (f.j.5c); 22 de septiembre de 2010, núm. 788/2010 (f.j.4); 21 de julio de 2011, núm. 877/2011 (f.j.1) y 20 de septiembre de 2012, núm. 685/2012 (f.j.3).

⁸⁰⁰ Así, entre otras muchas, SSTC 137/1988, de 7 de julio (f.j.2); 201/1989, de 30 de noviembre (f.j.3); 217/1989, de 21 de diciembre (f.j.2); 161/1990, de 19 de octubre (f.j.2); 118/1991, de 23 de mayo (f.j.2); 140/1991, de 20 de junio (f.j.2); 10/1992, de 16 de enero (f.j.2); 82/1992, de 28 de mayo (f.j.2); 103/1995, de 3 de julio (f.j.4); 40/1997, de 27 de febrero (f.j.2); 86/1999, de 10 de mayo (f.j.3); 141/2001, de 18 de junio (f.j.4); 2/2002, de 14 de enero (f.j.6); 57/2002, de 11 de marzo (f.j.3); 94/2002, de 22 de abril (f.j.3); 155/2002, de 22 de julio (f.j.10); 188/2002, de 14 de octubre (f.j.2); 38/2003, de 27 de febrero (f.j.6); 1/2006, de 16 de enero (f.j.4); 345/2006, de 11 de diciembre (f.j.3); 68/2010, de 18 de octubre (f.j.5).

⁸⁰¹ Sentencia ampliamente comentada por VÁZQUEZ SOTELO en su monografía *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, cit., págs. 356-358 y, más recientemente, en el artículo “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, publicado en la obra colectiva *Investigación y prueba en el proceso penal*, (Dir. Nicolás González-Cuellar Serrano), Madrid, 2006, págs. 36-49, para quien su significación auténtica puede resumirse en las siguientes afirmaciones: “a) Gracias a esa STC. puede decirse que el derecho proclamado en el art. 24,2, ha alcanzado „vigencia constitucional”, habiendo dejado de ser un principio o una norma asentada sólo en el Texto fundamental, para convertirse en una norma vinculante, operativa, esto es, con vigencia práctica” y “b) En el plano técnico del proceso, la STC.

para desvirtuar la presunción de inocencia⁸⁰² es precisa una mínima actividad probatoria de cargo realizada el acto del juicio oral⁸⁰³ con todas las garantías procesales necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y de la cual quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos⁸⁰⁴.

de 28 de julio de 1981 ha supuesto el hundimiento de los viejos dogmas sobre los que férreamente se venía apoyando la Jurisprudencia, construida fundamentalmente sobre estos pilares:

1. El dogma de la „íntima convicción“ del Tribunal en la apreciación („en conciencia“) de las pruebas, proclamado en el artículo 741 LECrim. e interpretado por la Jurisprudencia como atribución al Tribunal de la más absoluta e irrefrenable soberanía en tal „apreciación“ (en la cual han de comprenderse tanto la valoración como la interpretación) de los resultados probatorios, y como un „convencimiento íntimo o psicológico“, sin que debiera estar necesariamente respaldado por pruebas objetivas recibidas en el juicio y documentadas en el proceso.

2. El dogma de la „inmotivación“ de esa apreciación probatoria, de modo que el TS. llegó incluso a „desaconsejar“ a los Tribunales que en la plasmación de sus sentencias explicasen, justificasen o motivasen, por qué habían llegado a aquéllas conclusiones. Con ello el principio fundamental de la libre valoración de la prueba, propio del enjuiciamiento criminal moderno, podía (e incluso debía) reducirse a una especie de „operación secreta“ realizada por el Tribunal.

3. El dogma de la „inatacabilidad“ de la narración fáctica realizada por el Tribunal en el primer resultando de su sentencia, como consecuencia del libérrimo e inmotivado ejercicio de su soberanía en la apreciación de las pruebas, a través de las cuales se construye la premisa fáctica de la sentencia.

Los pilares dogmáticos eran estos tres. Y sus soportes legales estaban en los arts. 741, respecto de la apreciación en conciencia de las pruebas, 142, respecto al esquema legal para redactar las sentencias, y 849,2.º, respecto al estrechísimo margen para la fiscalización o inspección por el TS. de la eventual existencia de un error de hecho padecido por el Tribunal de instancia en la apreciación de la prueba, demostrado mediante un „documento auténtico“ (de extraña existencia procesal) y de la inexistencia de otras pruebas en contrario de dicho documento, para que así quede demostrada la „equivocación evidente“ del Tribunal”.

⁸⁰² Conforme reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 CE se asienta sobre dos ideas esenciales: en primer lugar, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 CE y, en segundo lugar, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, debiendo ser la prueba practicada suficiente para generar en el tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (SSTC 161/1990, de 19 de octubre, f.j.2; 32/1995, de 6 de febrero, f.j.4; 173/1997, de 14 de octubre, f.j.2 A). En definitiva, la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías (así, por todas, STC 157/1998, de 13 de julio, f.j.2). Según DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 27, la presunción de inocencia, tal y como ha resultado interpretada por el Tribunal Constitucional, presupone e implica a la vez la vigencia de la oralidad, intermediación y contradicción probatoria. La necesidad de que las pruebas hayan sido practicadas con todas las garantías constitucionales y procesales para destruir la presunción de inocencia implica, según Manuel MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento el proceso penal*, Barcelona, 1999, págs. 86-88, una triple exigencia: 1) Que las pruebas hayan sido obtenidas con respeto absoluto de los derechos y libertades fundamentales de las personas; 2) Que las pruebas hayan sido practicadas con observancia de las garantías procesales de contradicción, intermediación, publicidad y oralidad; 3) Que se hayan respetado las normas procesales que disciplinan la actividad probatoria siempre que cumplan una función de garantía para el imputado.

⁸⁰³ Según Ignacio BORRAJO INIESTA: “Presunción de inocencia. Investigación y prueba”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. IX: La prueba en el proceso penal II, 1996, CGPJ, Madrid, pág. 19, la exigencia de que las pruebas de cargo se practiquen en el juicio no nace del derecho a la presunción de inocencia por sí solo considerado, sino por influjo de otros principios y derechos constitucionales íntimamente asociados a aquél.

⁸⁰⁴ Con posterioridad, entre otras muchas, SSTC 64/1986, de 21 de mayo (f.j.4); 82/1988, de 28 de abril (f.j.2); 98/1990, de 24 de mayo (f.j.2); 138/1992, de 13 de octubre (f.j.1); 79/1994, de 14 de mayo (f.j.3);

La convicción del juez o tribunal que ha de dictar sentencia ha de alcanzarse, pues, en contacto directo con la práctica en el juicio oral de los medios de prueba propuestos por las partes a tal fin⁸⁰⁵.

Sin embargo, por excepción, se admite la eficacia probatoria de diligencias instructoras, no producidas en el juicio oral, siempre que se hayan practicado con arreglo a las normas procesales y garantías constitucionales y sean efectivamente reproducidas en el juicio en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción⁸⁰⁶.

Posibilidad que se fundamenta en la circunstancia de que estando sujeto el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando la correspondiente documentación del acto de investigación realizado con observancia de las garantías necesarias para la defensa⁸⁰⁷ (entre otras, SSTC 137/1988, de 7 de julio, f.j.2; 217/1989, de 21 de diciembre, f.j.2; 10/1992, de 16 de enero, f.j.2)⁸⁰⁸.

Así, con carácter excepcional, se concede eficacia probatoria a dichas diligencias instructoras cuando resulta imposible o muy difícil su reproducción en juicio siempre que el acto de investigación se haya practicado conforme las formalidades procesales,

153/1997, de 29 de septiembre (f.j.3); 49/1998, de 2 de marzo (f.j.2) o, más recientemente, 133/2011, de 18 de julio (f.j.5).

⁸⁰⁵ Convicción sobre la culpabilidad del acusado que el tribunal ha de alcanzar, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas de cargo válidas y suficientes. Máxima de justicia que establecía expresamente el Anteproyecto de LECrim de 2011 (art. 32.2) y que, como decía su Exposición de Motivos, está en la esencia del recto entendimiento del derecho a la presunción de inocencia. En parecidos términos, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 establece, en la regulación del derecho a la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, que “toda persona debe ser considerada y tratada como inocente hasta que sea condenada en sentencia firme debidamente motivada, dictada por el Tribunal competente, en un proceso con todas las garantías en el que haya quedado probada su culpabilidad más allá de cualquier duda razonable”.

⁸⁰⁶ Entre otras muchas, a partir de la sentencia 80/1986, de 17 de junio (f.j.1), SSTC 137/1988, de 7 de julio (f.j.3); 161/1990, de 19 de octubre (f.j.2); 10/1992, de 16 de enero (f.j.2); 303/1993, de 25 de octubre (f.j.3); 51/1995, de 23 de febrero (f.j.2 c); 153/1997, de 29 de septiembre (f.j.5); 187/2003, de 27 de octubre (f.j.3); 1/2006, de 16 de enero (f.j.4).

⁸⁰⁷ Para Manuel ORTELLS RAMOS: “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim”, *Revista de Derecho Procesal*, 1982, núm. 1, pág. 384, la excepción se fundamenta, básicamente, “en la necesidad de evitar que, por imposibilidad de practicar un medio de prueba en el juicio oral, se pierdan para el proceso los resultados de éste, en perjuicio de la finalidad procesal de descubrimiento de la verdad y del interés de las partes en que puedan apreciarse los datos que favorecen sus posiciones respectivas.”

⁸⁰⁸ Para el Tribunal Constitucional, no admitir la prueba preconstituida con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del *ius puniendi* del Estado del azar o de la malquerencia de las partes, pudiendo dejar sin efecto lo actuado en el sumario, y añade: “Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías.” (SSTC 41/1991, de 25 de febrero, f.j.2; 323/1993, de 8 de noviembre, f.j.2; 344/2006, de 11 de diciembre, f.j.4; 56/2010, de 4 de octubre, f.j.3).

con intervención de la autoridad judicial o, por razones de urgencia, de la policía judicial⁸⁰⁹, y con posibilidad de contradicción, esto es, cuando reúnan los requisitos exigidos de la mal llamada *prueba sumarial preconstituida y anticipada*⁸¹⁰.

Se trata, en definitiva, de situaciones reconducidas a la función de aseguramiento de la prueba⁸¹¹, las cuales para convertirse en actos de prueba deben cumplir todo un conjunto de requisitos y de garantías sintetizados por la STC 200/1996, de 3 de diciembre⁸¹²:

“Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que, como regla general, la única prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia es la efectuada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e intermediación (SSTC 31/1981, 201/1989, 161/1990 y 283/1994, entre otras muchas).

Ahora bien, dicha regla general es susceptible de sufrir determinadas restricciones en los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con estricta observancia de los siguientes requisitos: a) Material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del

⁸⁰⁹ La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al valor probatorio otorgado al atestado puede verse en DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., págs. 217-221. Así, ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., págs. 174 y 188, respecto a las diligencias intervenidas por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial.

⁸¹⁰ En efecto, téngase en cuenta que, como expusimos en el capítulo segundo, la doctrina no sólo no es unánime respecto al concepto de prueba anticipada, sino que incluso discrepa sobre la utilización del término prueba preconstituida en el proceso penal. Conceptos que, para más inri, el Tribunal Constitucional maneja indistintamente y así, unas veces habla de “prueba sumarial anticipada y preconstituida”, como en las sentencias 150/1989 (f.j.2A), 40/1997 (f.j.2), 141/2001 (f.j.4), 94/2002 (f.j.3) y 148/2005 (f.j.2); otras, de “prueba sumarial preconstituida y anticipada”, como en las sentencias 303/1993 (f.j.3) y 200/1996 (f.j.2); en ocasiones, de “prueba anticipada y preconstituida”, como, por ejemplo, en las sentencias 118/1991 (f.j.2), 140/1991 (f.j.2), 10/1992 (f.j.4), 82/1992 (f.j.2) o, a la inversa, de “prueba preconstituida y anticipada”, como en las sentencias 51/1995 (f.j.2), 34/1996 (f.j.3), 123/1997 (f.j.6) y 49/1998 (f.j.2) o, alternativamente, de “prueba anticipada o preconstituida”, como en las sentencias 217/1989 (f.j.2), 124/1990 (f.j.2), 323/1993 (f.j.2) y 259/2005 (f.j.6) o, a la inversa, de “prueba preconstituida o anticipada”, como en las sentencias 153/1997 (f.j.5), 69/2001 (f.j.6), 219/2006 (f.j.7) y 197/2009 (f.j.9) e, incluso, alternando ambas fórmulas en la misma resolución como es el caso de las sentencias 32/1995 (f.j.4), 92/2006 (f.j.2) y 29/2008 (f.j.5).

⁸¹¹ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 188. Para GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 417-418, el aseguramiento de la prueba es una actividad del Juez de Instrucción que comprende dos cometidos concretos, a saber, la práctica de la prueba que da lugar a un supuesto de prueba instructora anticipada y la guarda o custodia de las fuentes de prueba a través de actos de prueba preconstituida. Ambos actos de prueba sumarial tendrían como presupuesto común la irrepitibilidad del hecho sobre el que recaen y se diferenciarían tanto por el medio de prueba utilizado (testifical y pericial, en la prueba anticipada, y documental pública, en la prueba preconstituida) como por la autoridad interviniente (el Juez de Instrucción siempre, en la prueba anticipada, y el Juez, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, por razones de urgencia, en la prueba preconstituida).

⁸¹² Con posterioridad, reiteran dichos requisitos para la validez probatoria de las diligencias sumariales, entre otras, las SSTC 40/1997, de 27 de febrero (f.j.2); 153/1997, de 29 de septiembre (f.j.5); 49/1998, de 2 de marzo (f.j.2); 115/1998, de 1 de junio (f.j.2); 97/1999, de 31 de mayo (f.j.5); 141/2001, de 18 de junio (f.j.4); 2/2002, de 14 de enero (f.j.7); 12/2002, de 28 de enero (f.j.4); 94/2002, de 22 de abril (f.j.3); 155/2002, de 22 de julio (f.j.10); 80/2003, de 28 de abril (f.j.5); 174/2003, de 29 de septiembre (f.j.3); 187/2003, de 27 de octubre (f.j.3); 280/2005, de 7 de noviembre (f.j.2); 344/2006, de 11 de diciembre (f.j.4c); 29/2008, de 20 de febrero (f.j.5a); 68/2010, de 18 de octubre (f.j.5a).

juicio oral (SSTC 137/1988, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994, 36/1995 y 51/1995); b) Subjetivo: que sean intervenidos por la única Autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de Instrucción (STC 303/1993), todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial a efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (SSTC 107/1983, 201/1989, 138/1992 y 303/1993, entre otras); c) Objetivo: cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea posible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible (STC 303/1993) y d) Formal: como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la *cross examination* (diferenciándose así de los correlativos actos investigatorios en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de Instrucción), así como, de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la „lectura de documentos“, la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 25/1988, 60/1988, 51/1990 y 140/1991, entre otras muchas)” (f.j.2).

Añádase a ello que tratándose de informes periciales elaborados por organismos oficiales, en atención a la especial cualificación profesional de quienes los emiten – por lo general, funcionarios públicos que ofrecen garantías de especialidad, objetividad, imparcialidad e independencia y que además disponen de los medios técnicos más modernos para desarrollar sus trabajos –, como ocurrirá en el caso de los análisis de ADN practicados tras una injerencia corporal o de los informes elaborados sobre sustancias estupefacientes obtenidas tras un registro o intervención corporal⁸¹³, se ha llegado a admitir su valor como prueba preconstituida, salvo que hayan sido impugnados expresamente en su momento procesal oportuno (normalmente, en los escritos de conclusiones) o se solicite la comparecencia del perito para someterlo a contradicción, sin necesidad siquiera de que comparezcan sus autores a ratificarlos en el juicio oral⁸¹⁴.

⁸¹³ Téngase en cuenta, en este sentido, que, actualmente, en el ámbito del procedimiento abreviado, el artículo 788.2 LECrim ya atribuye el carácter de “prueba documental” a los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas. Con todo, debe añadirse que según el Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2005, las previsiones del citado artículo son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo, sin que resulten extensibles a otros procesos o pruebas.

⁸¹⁴ En este orden de cosas, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 2011, núm. 53/2011, resume los distintos supuestos en orden a la pericial y su posible eficacia e impugnación:

“-Periciales documentadas con privilegio legal.

En el caso del procedimiento abreviado, se opera una identificación *ope legis* entre los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de las sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas, y la prueba documental (art. 788.2 LECrim). La mera impugnación formal no impide su valoración, previa su introducción como prueba documental, sin necesidad de ratificación (Pleno no jurisdiccional de 25.5.2005).

-Pericias preconstituidas, según denominación del Tribunal Constitucional que remite al art. 726 para su valoración (ATC. 26.9.2005 con cita AATC. 164/95 de 5.6 y 393/90 y SSTC. 24/91 y 143/2005),

y que comprende pautas de asistencia, informes forenses, tasaciones practicadas por perito judicial, actas policiales, entendiendo por tales aquellas actuaciones policiales objetivas e irrepetibles (STC. 303/93, recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia). No precisan ratificación si no son impugnados materialmente, no bastando la mera impugnación formal.

-Periciales documentadas con privilegio jurisprudencial consolidado.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 21.5.99, punto 2, afirmó la innecesariedad de ratificación del dictamen de los peritos integrados en organismos públicos, salvo que la parte a quien perjudique impugne el dictamen o interese su presencia para someterlos a contradicción en el plenario y lo hiciera en momento procesal oportuno.

Es el caso de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios oficiales del Estado, basados en conocimientos especializados, que no precisan de ratificación para ser valorados, salvo en caso de impugnación tempestiva y con contenido material (SS. 21.1.2005 en relación con informes lofoscópicos y de 27.11.2000 en cuanto a informes de Gabinete de Balística). Como justificación, se invoca la condición de funcionarios públicos de quienes los elaboran, la consiguiente presunción de imparcialidad, su especialización técnica, y adscripción a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios en las modernas técnicas de análisis y la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la denominada "prueba preconstituida" (SSTS. 1.12.95, 6.6.96, 10.6.99, 28.6.2000, 16.4.2001, 31.1.2002, 25.1.2005, 31.1.2008, 1.6.2009).

-Otras pericias, documentadas o no, sometidas a la necesidad de ratificación en el juicio oral.

En cuanto a las exigencias del contenido de la impugnación, habrá que distinguir:

-Periciales del art. 788.2 LECrim. Tesis estricta.

-No basta la mera impugnación por la Defensa: "La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por centros oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788.2 LECr. Las previsiones del art. 788.2 de la LECr son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo" (Pleno de 25.5.2005).

Es posible no obstante, la impugnación solicitando la defensa otros informes de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitando la comparecencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe. En todo caso, deberá especificarse el órgano o laboratorio que interese practique la nueva pericia, pues en caso de solicitar simplemente "otra analítica por otro órgano" se entenderá que no hay verdadera impugnación (STS. 17.2.2009), si bien la limitada competencia para realizar, con carácter oficial, análisis de drogas, de acuerdo con los Tratados internacionales, no impide a la parte solicitar otra analítica, designando el Laboratorio correspondiente y asumiendo los gastos que la nueva analítica conlleve (SSTS. 15.1.2002, 21.7.2004y 22.3.2006).

-Debe precisarse el extremo impugnado y la razón de la impugnación (STS. 29.6.2009), si se refiere a la competencia profesional del perito, a la necesidad de aclaraciones sobre la naturaleza de la droga, su peso o pureza, a la cadena de custodia, al método empleado, etc. y los motivos específicos por los que cuestionan tales extremos.

Así en STS. 3.2.2009 hemos dicho que la previsión legal del art. 788.2 LECrim. tiene su explicación en las particularidades de esta clase de prueba generalmente consistente en la aplicación de procedimiento químicos o protocolos estandarizados, lo que unido a las garantías que ofrecen los organismos oficiales que los realizan, aporta las necesarias dosis de seguridad acerca de los resultados. Y añade que no impide que la defensa pueda proponer la práctica de cuantas pruebas considere procedentes a la defensa de sus tesis, orientadas a completar, a precisar o a contradecir los resultados de tales análisis, especialmente en los casos de mayor complejidad o que presenten características extraordinarias, aunque su admisión quede condicionada a las reglas generales de pertinencia o necesidad. Tampoco impide que la defensa censure a través de sus argumentaciones y planteamientos determinados aspectos del análisis que pudieran ser considerados por el tribunal en el momento de valorar las pruebas disponibles. En consecuencia, mientras que en el ámbito de la pericial, la impugnación de la prueba excluye la tácita aceptación de su resultado haciendo necesaria la comparecencia del perito como presupuesto condicionante de su misma validez probatoria, en el de la documental la validez y eficacia de la prueba directamente resulta de su propia naturaleza, lo que no obsta la posibilidad de contraprobar como se estime oportuno mediante proposiciones probatorias dirigidas a demostrar su falta de validez o a

Excepciones de distinto orden y naturaleza que suelen enmarcarse por la jurisprudencia dentro de ese omnicompreensivo concepto de prueba preconstituida y/o anticipada⁸¹⁵, aunque, ciertamente, alguna sentencia haya realizado mayores esfuerzos conceptuales por distinguir los distintos supuestos que se incluyen en el mismo⁸¹⁶.

evidenciar su falta de credibilidad ya en el campo de la valoración de las pruebas contradictorias (STS. 866/2009 de 27.9).

-Informes remitidos por Centros oficiales en general y "pericias preconstituidas", tesis laxa aplicable a toda prueba pericial.

Basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento pierda su eficacia probatoria y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal (STS. 584/2003 de 16.4), por lo que "no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su impugnación del análisis efectuado" y que "el acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con la aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia". (SSTS. 1148/2003 de 5.11, 1520/2003 de 17.11, 1511/2000 de 7.3).

La diferencia esencial respecto de otras pericias radica en que la emitida por Centros oficiales no precisa, en caso de ausencia absoluta de impugnación, ratificación (entre otras muchas SSTS. 23.10.2003, 5.11.2003, 16.1.2004, 22.5.2009)." (f.j.5)

⁸¹⁵ Un auténtico cajón de sastre en el que se intentan amparar, como bien advierte GUZMÁN FLUJA: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, cit., pág. 15, gracias a las garantías de contradicción y defensa que hoy en día rodean la fase de instrucción, las prácticas de producción de prueba fuera del juicio oral.

⁸¹⁶ En este sentido, es de destacar la STS de 28 de julio de 2009, núm. 850/2009, con cita de las anteriores sentencias de 24 de febrero de 2009, núm. 192/2009, y 10 de marzo de 2009, núm. 96/2009, cuyo fundamento jurídico 1.3 reproducimos por su indudable interés, aunque no se comparta la utilización, como ya expusimos en su momento, del concepto de prueba preconstituida en el proceso penal:

"En nuestras recientes Sentencias de 24 de febrero de 2009 y 10 de marzo de 2009, diferenciábamos los diversos supuestos en que actúa la citada excepción especificando los requisitos de las diligencias para su asunción en cada uno de esos supuestos.

a) La denominada „prueba preconstituída“ -que no constituye verdadera prueba- que se refiere a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible.

b) La llamada prueba anticipada en sentido propio. Se admite en el procedimiento ordinario por el art. 657 punto tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen „desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión“. Norma que en el Procedimiento Abreviado tiene su correspondencia en los arts. 781-1 punto tercero, y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar „la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral“. En todos estos supuestos la excepcionalidad radica en la anticipación de la práctica probatoria a un momento anterior al comienzo de la vista del Juicio Oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, sometida a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1 de la LECr).

c) La denominada prueba preconstituida, apostillada de „impropia“ para diferenciarla de la anterior y que se refiere a las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se rigen en el procedimiento abreviado, por el art. 777 de la LECr, disponiendo que „cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes“. Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la inmediación, el precepto

Como ya expusimos al estudiar su naturaleza jurídica, los actos de investigación corporal han de practicarse durante la fase de instrucción por cuanto se trata de diligencias esenciales para poder determinar los hechos punibles y su autor, en su caso, así como para poder fundamentar, posteriormente, la acusación o la defensa.

Siendo, en la mayoría de los casos, tales actos de imposible o muy difícil “reproducción” (con todas las prevenciones que este término merece, asimismo expuestas en su momento) en el juicio oral, su práctica debe estar rodeada de las mayores garantías posibles, a fin de que sus resultados, en su caso, puedan introducirse en el juicio y ser valorados por el tribunal sentenciador conforme a los principios que rigen el mismo.

En este sentido, una vez introducidos en el juicio oral a través de los correspondientes medios de prueba, concurriendo los requisitos expuestos conforme a la jurisprudencia citada, dichos actos sumariales se convertirán, ciertamente, en pruebas valorables por el tribunal sentenciador. Pruebas que serán consideradas por los tribunales, como prueba preconstituida y/o anticipada.

2. Eficacia probatoria de las investigaciones corporales practicadas como diligencias preprocesales

Del mismo modo, como excepción a la regla general según la cual las diligencias preprocesales realizadas por la Policía Judicial carecen, en principio, de

garantiza al menos una cierta intermediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente „en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o bien -previendo quizá la secular falta de medios- por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes”. En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: a) En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: „la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península”; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio „para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo”; que se le examine „a presencia del procesado” y de su Abogado defensor -a salvo el supuesto del art. 449 - y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de intermediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y d) que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.

d) Y, finalmente, los casos en que no siendo posible como en los anteriores prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, la imposibilidad, a diferencia de ellos, se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito dispone el art. 730 de la LECr que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no puedan ser reproducidas en el Juicio Oral.”

valor probatorio alguno⁸¹⁷, se admite la eficacia probatoria de las diligencias policiales⁸¹⁸ en determinadas circunstancias⁸¹⁹.

En principio, conforme al artículo 297 LECrim, los atestados tienen valor únicamente de denuncias para los efectos legales⁸²⁰, por lo que en sí mismos considerados se erigen en objeto de prueba (y no en medio de prueba). Sin embargo, la jurisprudencia, en una impropia labor legislativa, como advierte GARCÍA MUÑOZ, ha sobrepasado en exceso esta regla en diferentes grados de intensidad convirtiendo las actividades policiales preprocesales prácticamente en prueba⁸²¹.

Así, para empezar, no todos no todos los elementos que integran el atestado tienen el mismo valor⁸²². En efecto, los datos objetivos y verificables del atestado tales

⁸¹⁷ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., págs. 162-164. HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 104-110.

⁸¹⁸ Concepto amplio en el que deben incluirse, según RIFÁ SOLER: “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba”, cit., pág. 160, las diligencias de prevención, investigación y constatación de los hechos delictivos, pero también de infracciones administrativas de las que posteriormente la Administración pueda deducir el tanto de culpa a los tribunales penales si revisten caracteres delictivos.

⁸¹⁹ ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., págs. 188-190. Frente a la interpretación amplia del art. 730 LECrim según la cual sería susceptible de lectura no sólo la documentación de aquellos actos de investigación practicados por el Juez de instrucción, sino también cualesquiera otros realizados antes de la incoación del correspondiente procedimiento por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal, MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., pág. 346, defiende la postura restrictiva concluyendo que “ni los actos de investigación practicados por la Policía, con anterioridad al inicio de la fase de investigación judicial o incluso aquellos practicados una vez incoado el oportuno sumario o Diligencias Previas por delegación o mandato expreso del Juez de Instrucción, ni los que pueda haber realizado el Ministerio Fiscal, en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 5.º E.O.M.F. y 785 bis LECrim, podrán ser utilizados como material probatorio valorable por el Tribunal sentenciador por la vía del artículo 730 LECrim”.

⁸²⁰ Pese a ello, José María ROCA MARTÍNEZ: “Eficacia probatoria del atestado policial en el proceso penal”, *Revista General de Derecho*, números 598-599, julio-agosto 1994, pág. 8158, advierte que el atestado es “algo más”, toda vez que no se limita a poner en conocimiento de la autoridad judicial unos hechos presuntamente delictivos, sino que transmite el resultado de una investigación.

⁸²¹ Pedro Luis GARCÍA MUÑOZ: “La actividad policial con incidencia probatoria”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2010, págs. 228-233.

⁸²² La STC 173/1997, de 14 de octubre, resume la doctrina constitucional sobre el valor probatorio del atestado policial en los siguientes puntos: “1º) Sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo (SSTC 100/1985, 101/1985, 145/1985, 173/1985, 49/1986, 145/1987, 5/1989, 182/1989, 24/1991, 138/1992, 303/1993, 51/1995 y 157/1995). En consecuencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia la sentencia condenatoria que se dicte sobre la única base del atestado policial no ratificado (SSTC 173/1985, 49/1986, 182/1989 y 303/1993). 2º) No obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes (SSTC 107/1983, 201/1989, 132/1992, 303/1993 y 157/1995). Asimismo, cuando los atestados contienen determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes policiales – por ejemplo, el test alcoholométrico –, y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria, a título de prueba pericial preconstituida, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado (SSTC

como la aprehensión de los delincuentes sorprendidos *in fraganti*, la constancia del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los vestigios o huellas, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto, los planos o croquis sobre el terreno, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, tienen virtualidad probatoria cuando, además, sean irrepetibles.⁸²³

La objetividad e irrepetibilidad de los datos contenidos en el atestado constituyen, pues, los dos requisitos⁸²⁴ exigidos por la jurisprudencia para otorgar valor probatorio a los mismos en juicio introduciéndolos en el plenario como prueba documental que puede ser leída a fin de posibilitar su contradicción por las partes (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, f.j.5b; 173/1997, de 14 de octubre, f.j.2b; 33/2000, de 14 de febrero, f.j.5; 188/2002, de 14 de octubre, f.j.2), sin perjuicio de haberla garantizado a priori en la fase de instrucción⁸²⁵.

Esta excepción, referida a supuestos configurados por la jurisprudencia como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles⁸²⁶, no alcanza, sin embargo, a los actos de naturaleza personal⁸²⁷.

100/1985, 145/1985 y 5/1989). Por lo mismo, las pericias técnicas que se adjuntan al atestado – como puede ser el certificado del Médico Forense – no pierden por ello su propio carácter y constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez probatoria si son incorporadas debidamente al proceso (para el certificado forense, STC 24/1991). 3º) Por último, en cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial, cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral sus declaraciones tienen la consideración de prueba testifical (STC 217/1989). Sólo en los casos antes citados – verbigracia, croquis, planos, test alcoholométrico, certificados médicos, etc. – el atestado policial puede tener la consideración de documental, siempre y cuando, como hemos subrayado, se incorpore al proceso respetando, en la medida de lo posible, los principios de inmediación, oralidad y contradicción” (f.j.2 B).

⁸²³ La STC 303/1993, de 25 de octubre, exige además para que los actos de investigación policiales posean naturaleza de actos de prueba que la Policía Judicial haya intervenido en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad (f.j.4). En consecuencia, como establece la STS de 23 de noviembre de 2001, núm. 2184/2001, los requisitos de “estricta urgencia y necesidad” no constituyen presupuestos de legalidad o de constitucionalidad de las diligencias de investigación o de prevención de los hechos delictivos, sino un presupuesto indispensable para la excepcional utilización del acta policial como prueba de cargo (f.j.4), sin necesidad de comparecencia de los agentes policiales.

⁸²⁴ HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 107-108, señala como requisitos inexcusables para que las diligencias policiales puedan participar de la naturaleza de prueba preconstituida y alcanzar valor probatorio: a) Urgencia y necesidad de la intervención policial; b) Irrepetibilidad de dicha actuación; c) Observancia de las garantías necesarias en su realización; d) Reproducción fiel y objetiva de la realidad externa en el acta, sin incorporar elementos narrativos que no resulten de la percepción inmediata del agente de policía que comporten valoraciones subjetivas; e) Incorporación del atestado al proceso respetando los principios de inmediación y contradicción.

⁸²⁵ En este sentido, RUIZ VADILLO: “La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales”, cit., págs. 57 y 62.

⁸²⁶ Para RIFÁ SOLER: “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba”, cit., pág. 164, con esta jurisprudencia se pretende salvar como prueba determinados elementos contenidos en el atestado ante la ausencia en el juicio oral de los agentes intervinientes en las diligencias.

⁸²⁷ En efecto, cuando de actos de naturaleza personal se trata, se exige la ratificación del atestado, ya sean manifestaciones de los agentes (STC 303/1993, f.j.5), ya sean declaraciones prestadas por los testigos o

Ciertamente, las declaraciones prestadas en sede policial únicamente tienen valor de denuncia al formar parte del atestado debiendo ser introducidos los hechos afirmados en el mismo, tanto por los propios funcionarios, como por los imputados o testigos, en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, f.j.2; 303/1993, de 25 de octubre, f.j.4; 79/1994, de 14 de marzo, f.j.3; 22/2000, de 14 de febrero, f.j.5; 188/2002, de 14 de octubre, f.j.2).

A los efectos del derecho a la presunción de inocencia, como establece la STC 51/1995, de 23 de febrero (f.j.2), las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo. No basta con su reproducción en el juicio oral para que se conviertan en prueba (STC 68/2010, de 18 de octubre, f.j.6), es preciso que tales declaraciones sean reiteradas y ratificadas ante el órgano judicial por los propios particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios de policía mediante su testimonio en el acto del juicio oral⁸²⁸ (SSTC 206/2003, de 1 de diciembre, f.j.2d y 342/2001, de 7 de marzo, f.j.1). Ello es así por cuanto las mismas han sido prestadas en fase preprocesal, sin intervención de la autoridad judicial.

En cambio, las declaraciones testificales obrantes en el sumario, excepcionalmente, sí podrán tener entrada en el juicio oral mediante su lectura (vía art. 714 LECrim), cuando no haya sido posible lograr la comparecencia del testigo o haya sido imposible su localización por desconocimiento de su paradero, agotadas las gestiones, incluidas las policiales, para averiguar tal paradero, siempre que aquéllas hubiesen sido prestadas en el sumario de manera inobjetable, con resultados concluyentes y con acatamiento a las normas que las regulan, sin merma alguna de los derechos fundamentales, especialmente, del derecho de defensa⁸²⁹.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2010, núm. 290/2010, tal como hiciera años antes el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 173/1997, de

coimputados ante la policía (STC 51/1995, f.j.5). Así, ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 190, admite la lectura únicamente en los casos no percibidos directamente por el confirmante y de carácter técnico y objetivo, siendo necesaria la asistencia personal en los demás supuestos. Cf. ROCA MARTÍNEZ: “Eficacia probatoria del atestado policial en el proceso penal”, cit., págs. 8165-8168.

⁸²⁸ Sobre la estimación como prueba de cargo de la declaración autoinculpatoria prestada en sede policial – previa información de derechos y con asistencia letrada – posteriormente desmentida ante el juez de instrucción y ante el tribunal, pero confirmada por los agentes intervinientes, vid. Montserrat de HOYOS SANCHO: “Acerca del valor procesal de las declaraciones del imputado ante la Policía Judicial y la conformación de la „mínima actividad probatoria de cargo”. Reflexiones con motivo de la publicación de la STS, Sala de lo Penal, núm. 1215/2006, de 4 de diciembre”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 21, mayo 2007, págs. 35-57.

⁸²⁹ Así, STS de 18 de marzo de 2010, núm. 308/2010 (f.j.2), con cita de la STEDH de 19 de febrero de 1991, caso *Isgró c. Italia*, o STS de 17 de diciembre de 2008, núm. 882/2008 (f.j.2), con cita también de las SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski c. Países Bajos*; 27 de septiembre de 1990, caso *Windisch c. Austria*; 19 de diciembre de 1990, caso *Delta c. Francia*; 26 de abril de 1991, caso *Asch c. Austria*; 28 de agosto de 1992, caso *Artner c. Austria*; 20 de septiembre de 1993, caso *Saïdi c. Francia*, que exigen la intervención de la defensa del acusado en la práctica de las declaraciones testificales realizadas durante la instrucción en ejercicio de su derecho a la contradicción para poder elevar tales diligencias a la categoría de prueba.

14 de octubre (f.j.2b), resume la doctrina constitucional sobre el valor probatorio del atestado judicial en los siguientes puntos:

“1) Solo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de Policía firmantes del mismo (SSTC. 100/85, 101/85, 173/85, 49/86, 145/87, 5/89, 182/89, 24/91, 138/92, 303/93, 51/95 y 157/95). En consecuencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia la sentencia condenatoria que se dicte sobre la única base del atestado policial no ratificado (SSTC. 173/85, 182/89, 303/93).

2) No obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser planos, croquis, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de las pruebas preconstituidas o anticipadas, pueden ser utilizadas como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes (SSTC. 132/92, 157/95). Asimismo cuando los atestados contienen determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes policiales -por ejemplo, el test alcoholímetro- y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria, a título de prueba pericial preconstituida, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado (SSTC. 100/85, 145/85 y 5/89).

3) Por último, en cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, las declaraciones tienen la consideración de prueba testifical (STC. 217/89, SSTS. 2.4.96, 2.12.98, 10.10.2005, 27.9.2006), bien entendido que estas declaraciones en el plenario de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio al estar prestadas con las garantías procesales propias del acto constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia (STS. 284/96 de 2.4).

Solo en los casos antes citados -planos, croquis, fotografías, etc.-, el atestado policial puede tener la consideración de prueba documental, siempre y cuando, como hemos subrayado, se incorpore al proceso respetando en la medida de lo posible los principios de inmediación, oralidad y contradicción (STC. 173/97 de 14.10).” (f.j.10)

Por último, adviértase que la lectura no debe ser una mera formalidad, una simple fórmula retórica y de estilo (STC 92/2006, de 27 de marzo, f.j.2). No puede omitirse mediante el recurso de dar por reproducidos los documentos⁸³⁰ ni ser

⁸³⁰ Así la STC 161/1990, de 19 de octubre, establece que la fórmula impresa “dada por leída y reproducida la documental” se trata de una “expresión de uso forense que equivale a tener por hecho lo que no se ha realizado, es decir, considerar suplido lo no efectuado” (f.j.5). Tampoco satisface el principio de contradicción el hecho de que la defensa haya hecho consignar en el acta del juicio las preguntas que hubiera formulado al testigo en caso de haber comparecido aunque ello evidencie que conocía el contenido y términos del reconocimiento, no reproducido en juicio: “En consecuencia, no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya hecho alguna alusión

examinados de oficio por el tribunal vía art. 726 LECrim, sino que debe hacerse en condiciones que permitan a las partes la contradicción (STC 49/1998, de 2 de marzo, f.j.4)⁸³¹.

Debe rechazarse, pues, la viciosa fórmula de “por reproducida”, pues no sólo imposibilita la contradicción, sino también la publicidad, sustrayéndola al control del público y de las partes, impidiéndoles conocer las razones en que se funda el enjuiciamiento (STS de 22 de mayo de 2009, núm. 480/2009, f.j.68). Por eso dicha fórmula se consideró atentatoria a los principios de un juicio justo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 6 de diciembre de 1988, caso Barberà, Messegué y Jabardo c. España) e, igualmente, ha sido considerada improcedente tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

La doctrina expuesta será, pues, aplicable a las investigaciones corporales preprocesales realizadas por la Policía Judicial cuando concurren en ellas los requisitos exigidos por la jurisprudencia para alcanzar valor probatorio en el juicio oral, esto es, haberse producido por razones de “estricta urgencia y necesidad”.

En efecto, actuaciones policiales tales como los cacheos o registros corporales, debidamente plasmados en el atestado, tendrán valor probatorio mediante su práctica en el juicio oral, a través del testimonio de los agentes o, en los supuestos que resultara imposible su práctica en el juicio, previa su introducción en sede sumarial, a través de su lectura al amparo del artículo 730 LECrim⁸³². En cambio, las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal carecen de valor probatorio dado su carácter preprocesal y la falta de naturaleza jurisdiccional del ministerio público, sin que quepa su lectura por la vía del artículo 730 LECrim⁸³³.

a su contenido, si la reproducción mediante su lectura no queda reflejada en el acta del juicio, único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente” (STC 32/1995, de 6 de febrero, f.j.6). Tampoco en los casos en que se haya pedido o incluso se haya admitido si la actuación no queda reflejada en el acta (STC 161/1990, f.j.3).

⁸³¹ Para GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 422, “la finalidad de dicha lectura consiste, de un lado, en posibilitar la contradicción por las propias partes en orden a evidenciar ante el tribunal la mendacidad o veracidad de la declaración del interviniente en la prueba confrontada con la que en su día prestó en la instrucción y, de otro, impedir que, a través del principio de examen de oficio de la prueba documental, consagrado, como se ha dicho en el art. 726, pueda introducirse, en calidad de prueba, todos los actos de investigación realizados en la fase instructora y que naturalmente, al quedar plasmados en las oportunas actas, también son documentos públicos”.

⁸³² DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 206.

⁸³³ Así, DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 198. MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., pág. 346. Para HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 110, los actos de investigación realizados por el Ministerio Fiscal carecen de valor probatorio alguno dada la falta de naturaleza jurisdiccional del Ministerio Público y el carácter preprocesal de sus diligencias sin que resulte posible su lectura en el juicio oral.

3. En particular, el valor probatorio de los métodos alcoholométricos

En principio, los métodos alcoholométricos, incardinados en el atestado, tienen el valor procesal de una denuncia. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reivindicado al máximo el valor probatorio del atestado policial cuando éste contiene el resultado de la denominada prueba de alcoholemia⁸³⁴, hasta el punto de considerarla como prueba pericial preconstituida.

Así, la STC 100/1985, de 3 de octubre, tras reiterar la doctrina, establecida a partir de la citada sentencia 31/1981, de 28 de julio, según la cual el atestado policial tiene valor de denuncia y no de prueba, exigiendo para que se convierta en auténtico elemento probatorio en el proceso su reiteración y ratificación ante el órgano judicial mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmantes del atestado, matiza tal conclusión en aquellos casos en que en el atestado y en las diligencias policiales no se producen simples declaraciones de los inculpados o de los testigos, sino que se practica – preconstituyéndola – una prueba a la que puede asignarse „lato sensu“ un carácter pericial, cuando concurre, además, la circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior:

“En este caso, aun dejando en claro que el atestado debe ser en el correspondiente juicio ratificado por los agentes que lo hayan levantado, hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de la denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las necesarias garantías” (f.j.1).

Conceptuación de la prueba de alcoholemia como prueba preconstituida que DÍAZ CABIALE no considera acertado por cuanto si se requiere la presencia de los agentes para ratificar el atestado, la verdadera prueba consistirá en su deposición⁸³⁵.

Sobre la peculiaridad del atestado que incluye la denominada prueba de impregnación alcohólica se pronuncia nuevamente la STC 145/1985, de 28 de octubre, en los siguientes términos:

⁸³⁴ La expresión “prueba de alcoholemia” se utiliza en sentido vulgar, no jurídico procesal, dado su uso común, puesto que, en puridad, se trata de un acto de investigación cuyo valor probatorio dependerá de su utilización en el proceso. Así, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 424. En definitiva, no son auténticas pruebas. En este sentido, Concepción CARMONA SALGADO y Jesús MARTÍNEZ RUIZ: “De nuevo sobre la „inconstitucionalidad“ del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997 de 2 de octubre”, *La Ley*, 1984-4, ref. D-215, pág. 1523.

⁸³⁵ DÍAZ CABIALE: “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, cit., pág. 183. Tras destacar la falta de presencia judicial y ausencia de contradicción en la realización de estas “pruebas”, señala que no cabe su acceso al juicio oral mediante la lectura de dichas actuaciones por la vía de los artículos 730 y 714 LECrim dado su tenor literal. Tampoco cabría su examen de oficio por el Tribunal ex artículo 726 LECrim, ya que no es prueba documental. En cambio, PÉREZ MARÍN: “Métodos alcoholométricos: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., págs. 837-840, sin desconocer su valor legal como simple denuncia, considera el atestado policial un documento de gran importancia al reflejar hechos que no persisten hasta la celebración del plenario pudiendo ser examinado por el juez para ayudar al esclarecimiento de los hechos, según lo dispuesto en el art. 726 LECrim. Con todo, afirma que no es una prueba preconstituida ni puede ser considerada como prueba indiciaria.

“De un lado, contiene el resultado de un test practicado con ayuda de instrumental técnico especializado al que puede atribuirse el carácter de prueba pericial „lato sensu“ y, aun cuando no constituya el único medio posible de investigación del supuesto delictivo, su carácter objetivo le proporciona una especial relevancia. De otro, resulta prácticamente imposible reproducir durante el juicio oral la prueba realizada mediante los aparatos oficialmente autorizados, por referirse a una situación que no persiste hasta la celebración de la vista de la causa” (f.j.4)

Se contienen aquí los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia para otorgar valor probatorio a los datos contenidos en el atestado: objetividad e irrepetibilidad⁸³⁶.

La incorporación de dicho atestado al proceso debe respetar, en la medida de lo posible, los principios de inmediación, contradicción y oralidad, garantizando al acusado su derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías⁸³⁷. Ello implica, en primer lugar, en garantía del derecho de defensa⁸³⁸, que el interesado tenga conocimiento de cuanto pueda contribuir a que la prueba se verifique con las máximas garantías debiendo ser informado de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece respecto a la repetición de la prueba y la realización de un análisis clínico en un centro sanitario⁸³⁹ – inexcusable deber de información⁸⁴⁰ que corresponde a los agentes

⁸³⁶ Así, ASECIO MELLADO: “Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 993.

⁸³⁷ Como afirma ASECIO MELLADO: “Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 994, “las tales garantías, que pueden ser reconducidas a dos, pretenden, esencialmente, salvaguardar el derecho de defensa facilitando, en primer lugar, que le sea suministrada al sujeto toda la información posible acerca de sus posibilidades de actuación en el acto mismo de la práctica de la „prueba“ y, en segundo lugar, permitiéndole en el acto del juicio, la contrastación y verificación del resultado del test”.

⁸³⁸ Destaca GARCÍA ARÁN: “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol. Ejercicio del derecho constitucional a la defensa”, cit., pág. 58, como, de este modo, el derecho a la defensa se reconoce desde que se inician las diligencias policiales destinadas a comprobar si es o no posible la imputación del delito, incluso antes de que ésta se produzca, aunque la violación de tal derecho se concrete cuando el órgano jurisdiccional falla basándose en las pruebas incorrectamente obtenidas.

⁸³⁹ Para ASECIO MELLADO: “Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 994, la omisión de tal información configurará la „prueba“ obtenida en una „prueba prohibida“ por vulneración del derecho fundamental de defensa. Igual conclusión sostiene HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 434, extendiendo el deber de información a todos los derechos que asisten al afectado durante y después de la práctica de la diligencia, así como a las consecuencias de la negativa al sometimiento. Téngase en cuenta, sin embargo, que la ausencia de la prueba de extracción de sangre no constituirá en todo caso un supuesto de indefensión material con relevancia constitucional si existen otras pruebas que acrediten los hechos. Así, el ATC 2/1999, de 13 de enero, que reitera la doctrina constitucional sobre lo que constituye la esencia de la *indefensión* “entendida como limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que la actuación judicial impide a una parte, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa privándole de las facultades de alegar y, en su caso de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en aplicación del indispensable principio de contradicción (SSTC 89/1986, 112/1987, 114/1988, 6/1990, 1/1995, 106/1993 y 366/1993, entre otras). Ha señalado también que para que la indefensión tenga alcance constitucional no basta que se haya cometido una irregularidad procesal, sino que es necesario que ésta tenga una significación material, de manera tal que produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, toda vez que el recurso de amparo no es

encargados de la vigilancia del tráfico (ATC 682/1986, de 30 de julio, f.j.2) –. Y, en segundo lugar, que no basta la simple lectura o reproducción en el juicio oral sino que es preciso que test sea avalado o complementado en el curso del proceso para convertirse en prueba de cargo⁸⁴¹. Se trata de una labor de verificación o complementación del resultado del test que permite la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado⁸⁴².

Doctrina constante y uniforme reiterada posteriormente en sentencias 148/1985, de 30 de octubre, (f.j.2); 145/1987, de 23 de septiembre, (f.j.2); 22/1988, de 18 de febrero, (f.j.2); 89/1988, de 9 de mayo, (f.j.1); 5/1989, de 19 de enero, (f.j.2); 3/1990, de 15 de enero, (f.j.1); 222/1991, de 25 de noviembre, (f.j.2); 24/1992, de 14 de febrero, (f.j.2) y 111/1999, de 14 de junio, (f.j.5)⁸⁴³.

Sintetizando la doctrina jurisprudencial sobre el valor probatorio de la prueba alcoholométrica, el auto del Tribunal Constitucional de fecha 13 de enero de 1999, núm. 2/1999, establece que su eficacia está supeditada “por una parte a que se haya practicado con las necesarias garantías formales al objeto de preservar el derecho de defensa – lo que conlleva la posibilidad de un segundo examen alcoholométrico y, en su

una vía orientada a corregir cualquier infracción procedimental sino exclusivamente aquellas que produzcan, efectivamente, la lesión de un derecho fundamental: en este sentido, SSTC 98/1987, 102/1987, 147/1987, 155/1988, 101/1990, 145/1990 y 188/1993, entre otras muchas. De esta jurisprudencia se desprende que es necesario que las situaciones de indefensión se valoren en cada caso concreto” (f.j.3). Así también, la STC 111/1999, de 14 de junio, excluye toda idea de indefensión material por la omisión de la diligencia escrita de ofrecimiento al recurrente del análisis de sangre dado que, en el caso concreto, se realizó un tercer test de alcoholemia ya en el local de atestados con resultado por debajo del máximo permitido administrativamente (f.j.5).

⁸⁴⁰ LORENTE HURTADO: “La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 68, pone de relieve cierta incongruencia entre el deber de informar al sujeto pasivo de sus derechos con el rechazo de la asimilación del sometido a estas pruebas a la situación de detenido a los efectos de las garantías previstas en el art. 17.3 CE.

⁸⁴¹ Los medios para complementar la mencionada prueba pueden ser diversos según la jurisprudencia constitucional. Así, la STC 24/1992, de 14 de febrero, dispone: “...este Tribunal ha admitido la posibilidad de que el resultado del test sea ratificado, no por los agentes que lo verificaron, sino por otros testigos (SSTC 100/1985, 145/1987 y AATC 797/1985, 1421/1987 y 191/1988), por el resultado obtenido con una prueba de extracción de sangre (ATC 304/1985), por la declaración del perjudicado (ATC 305/1985), por las propias circunstancias que rodearon la conducción (ATC 649/1985) y [...] por la propia declaración del acusado (SSTC 145/1987, 89/1988 y AATC 62/1983 y 1079/1987)” (f.j.3). En idénticos términos, ATC 2/1999, de 13 de enero, f.j.2.

⁸⁴² ASECIO MELLADO: “Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 994-995. Así también, GÓMEZ PAVÓN: “La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de alcoholemia”, cit., pág. 1007; PÉREZ MARÍN: “Métodos alcoholométricos: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., pág. 833.

⁸⁴³ La doctrina establecida en las citadas resoluciones lleva a LORENTE HURTADO: “La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 67, a afirmar, si bien se refiere concretamente a las sentencias 100, 145 y 148 de 1985, que “aunque no se lleve a cabo una catalogación doctrinal rigurosa del tipo de prueba que incorpora, la prueba de alcoholemia practicada por la Policía Judicial trasciende, según la doctrina constitucional, del mero carácter de atestado, y cuando se incorpora formalmente al proceso con todas las garantías, mediante su ratificación en el juicio oral, puede constituir un medio de prueba apto para desvirtuar la presunción de inocencia”.

caso, la práctica médica de un análisis de sangre – y , de otro lado, a su incorporación al proceso de manera que sea susceptible de someterse a contradicción en el juicio oral o, por lo menos, que el test haya sido ratificado a presencia judicial durante el curso del procedimiento.” (f.j.2)

En definitiva, para la doctrina constitucional, la denominada prueba de alcoholemia constituye una prueba pericial preconstituida⁸⁴⁴ y cuando los test de alcoholemia no cumplan los requisitos exigidos para convertirse en pruebas preconstituidas, podrán ser considerados, cuando menos, “prueba indiciaria”, según la STC 89/1988, de 9 de mayo, (f.j.1)⁸⁴⁵.

4. Ineficacia de las investigaciones corporales

Los actos de investigación corporal deben respetar los derechos fundamentales y cumplir determinados presupuestos – formales y materiales – y requisitos – extrínsecos, intrínsecos y específicos – en su ordenación y ejecución. La infracción de unos y otros no tiene siempre los mismos efectos en relación con la incorporación al proceso de su resultado y de las pruebas derivadas del mismo⁸⁴⁶.

4. 1. Por violación de derechos fundamentales

La vulneración de derechos fundamentales tendrá como consecuencia la ineficacia absoluta de las pruebas así obtenidas conforme al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que, tras advertir que en todo tipo de

⁸⁴⁴ Así, LORENTE HURTADO: “La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 66; HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., pág. 474. Según GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 421, las denominadas “pruebas alcoholométricas” participan de la naturaleza de prueba instructora preconstituida, pues si bien el Tribunal Constitucional en una primera jurisprudencia les negó cualquier valor probatorio al trasladarles mecánicamente la doctrina del atestado policial y la presunción de inocencia (que configura el atestado como una simple denuncia), posteriormente evolucionó confiriéndoles la naturaleza jurídica de prueba pericial preconstituida. Para SERRANO HOYO: “La nueva regulación de las pruebas de alcoholemia. Su valor probatorio en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 866, su naturaleza es híbrida y goza de los caracteres de prueba pericial lato sensu, preconstituida (no anticipada), documentada (no documental) e indiciaria. En contra de la teoría de la “preconstitución de la prueba”, DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 227.

⁸⁴⁵ En contra, PÉREZ MARÍN: “Métodos alcoholométricos: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., págs. 839-840, no considera razonable aceptar la naturaleza indiciaria estos métodos de investigación porque “tales controles o análisis tampoco vienen siendo considerados pruebas en las que el juez o tribunal pueda basar el razonamiento de su decisión”, sin olvidar que la constatación de un determinado nivel de alcohol en sangre no supone por sí mismo más que una infracción de una norma reglamentaria.

⁸⁴⁶ Como advierte Francisco Javier VIEIRA MORANTE: “Tratamiento de la prueba ilícita”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XV: Constitución y garantías penales, 2003, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, pág. 242, en el ámbito del proceso penal no existe una regulación normativa completa de la invalidez de la pruebas o, en general, de los actos de investigación, lo que ha comportado una considerable inseguridad en el tratamiento jurisprudencial de la materia, hasta el punto de que, aún hoy, no están definitivamente fijados los contornos en los que debería desenvolverse el tratamiento de la denominada prueba ilícita, tal como demuestran los distintos criterios utilizados al respecto por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo para fijar su alcance anulatorio.

procedimientos deberán respetarse las reglas de la buena fe, añade: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”⁸⁴⁷.

La exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución⁸⁴⁸, según la sentencia del Tribunal

⁸⁴⁷ La Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 viene a matizar esta disposición cuando dispone que “no surtirán efecto en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas en cuya práctica se lesionen los mismos”, admitiendo a continuación una serie de excepciones en las que tales pruebas, en principio de valoración prohibida, podrán ser utilizadas y valoradas, a saber, las que sin estar conectadas con un acto de tortura, sean: a) favorables al acusado; o, b) consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al uso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso; o, c) consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas (art. 13).

⁸⁴⁸ Fundamento constitucional que distingue la construcción originaria de la regla de exclusión de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico del modelo norteamericano, donde la *exclusionary rule* es un remedio de creación judicial con el propósito de evitar (*deterrent effect*) conductas policiales ilícitas o contrarias a los derechos procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta (derecho a no sufrir registros y confiscaciones irrazonables), Quinta (derecho a no declarar contra sí mismo), Sexta (derecho a estar asistido de letrado) y Decimocuarta (derecho al debido proceso) de la *Bill of Rights*, aunque, ciertamente, el Tribunal Constitucional tomara también en consideración tal efecto disuasorio como fundamento de la “necesidad institucional” de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales. En este sentido, Andrés DE LA OLIVA SANTOS: “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Tribunales de Justicia*, núm.8-9, agosto-septiembre 2003, págs. 4-6. Efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal que el Tribunal Supremo señala como finalidad de la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo en el ámbito del proceso penal, junto con la de otorgar, el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, en el ámbito de los procesos jurisdiccionales. Así, entre otras, sentencia de 17 de febrero de 1999, núm. 290/1999 (f.j.2) o auto de 26 de enero de 2006, núm. 378/2006 (f.j.2). En cualquier caso, lo que desde luego no tiene nuestra regla de exclusión es una finalidad prioritariamente preventiva, vinculada a la protección de determinados derechos procesales constitucionales, a diferencia de la norteamericana. Sin embargo, lo cierto es, como advierte Manuel MIRANDA ESTRAMPES: “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, *Jueces para la democracia*, núm. 47, julio 2003, págs. 53-54, que tal configuración inicial se ha ido perdiendo debido a la progresiva importación de las excepciones que el Tribunal Supremo norteamericano ha introducido en su *exclusionary rule* limitando su ámbito de aplicación. Sobre el origen, fundamento, evolución y estado actual de la regla de exclusión (*exclusionary rule*) elaborada por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, vid. Carlos FIDALGO GALLARDO: “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”, *Tribunales de Justicia*, núm. 5, mayo 2003, págs. 21-35, quien descubre la debilidad de su fundamento constitucional, de su eficacia práctica, de su razón de ser y hasta de su bondad intrínseca, dados sus nocivos efectos secundarios. Pérdida de eficacia de la “*exclusionary rule*” que ya puso de relieve el caso *Hudson vs. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006) cuando advirtió que los efectos disuasorios de la regla ya se consiguen a través de las normas internas de disciplina de las fuerzas policiales – cuya profesionalización convierte en obsoletas las preocupaciones expresadas en el pasado sobre su modo de actuar – y a la posibilidad de actuar civilmente contra los agentes que hayan obtenido los medios de prueba ilícitamente. Así, Teresa ARMENTA DEU: “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, *Revista Ius et Praxis*, núm. 2, 2007, págs. 373-374. Tendencia restrictiva que, según dicha autora, en su monografía: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, 2ª ed., Madrid, 2011, págs. 29-34 y 178-184, se ha mantenido en la posterior sentencia *Herring vs. USA*, calificada como “sentencia de muerte de la *Exclusionary Rule*”. En definitiva, según ARMENTA DEU, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana tiende a la práctica eliminación de la regla de exclusión, relegando su aplicación a supuestos cada vez más excepcionales y sustituyendo su marco de

Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre⁸⁴⁹, anterior a la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, y precedente inmediato del citado precepto⁸⁵⁰, dada la posición preferente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento y su condición de inviolables⁸⁵¹. Su recepción procesal vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías y entrañaría una inaceptable desigualdad entre las partes⁸⁵². En definitiva, la exclusión de

protección por la adopción de remedios civiles (indemnizaciones) de dudosa eficacia. Tendencia que sólo se explica atendiendo al origen y fundamento de dicha regla en los Estados Unidos.

⁸⁴⁹ Sobre esta sentencia, vid. ASECIO MELLADO: “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional (S.T.C. 114/84, de 29 de noviembre)”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, núm. 1, enero-abril, 1985, págs. 289-296; Blanca PASTOR BORGONÓN: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. A propósito de la sentencia n.º 114/1984, de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984”, *Justicia*, número 2, 1986, págs. 337-368; DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., págs. 114-118; José Luis GONZÁLEZ MONTES: “Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita”, *Derechos y Libertades*, núm. 2, marzo 1994, págs. 67-79.

⁸⁵⁰ Sobre la génesis de este precepto, vid. DE LA OLIVA SANTOS: “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., págs. 1-3.

⁸⁵¹ Según la citada STC 114/1984: “Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de „inviolables” (art.10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. [...] Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto – público o, en su caso, privado – violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas las contravenciones de los mismos derechos fundamentales [...] En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía – por el ordenamiento en su conjunto – de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso” (f.j.4). Planteamiento que no comparte en absoluto DE LA OLIVA SANTOS: “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., págs. 4-6, para quien los derechos fundamentales y libertades públicas no poseen una fuerza tal que deba determinar la exclusión de instrumentos probatorios, de modo que la ineficacia de los instrumentos probatorios obtenidos con violación de tales derechos no sería una exigencia constitucional, sino una opción legislativa legítima y, como tal, defendible.

⁸⁵² Según la citada sentencia: “...constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las „garantías” propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro” (f.j.5). Derecho a un proceso con todas las garantías que, a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, se constituirá en canon de validez de las pruebas. Hasta esta sentencia, el derecho fundamental que se entendía vulnerado era la presunción de inocencia. Cuestión que, como advierte GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 491, no es baladí, pues tratándose la presunción de inocencia de un vicio “in iudicando”, el restablecimiento de este derecho lo efectuará el propio Tribunal Constitucional mediante la anulación de la sentencia de instancia, mientras que, encerrando el derecho a un proceso con todas las garantías un vicio “in procedendo”, su restablecimiento no comportará una sentencia absolutoria del condenado, sino la nulidad del juicio oral y la retroacción de las actuaciones.

las pruebas ilícitas se configura como una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales⁸⁵³.

Establecida la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, a partir de la citada sentencia, el Tribunal Constitucional ha declarado, en reiterada jurisprudencia, que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales⁸⁵⁴. En este orden de cosas, la STC 81/1998, de 2 de abril, con cita de la anterior, afirma:

“...aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso.” (f.j.2)

Para el Tribunal Constitucional, la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración puede lesionar no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas.

Ello permite sostener la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías si se han valorado pruebas ilícitas o derivadas⁸⁵⁵ y, a la vez, la no infracción del derecho a la presunción de inocencia si la condena se ha basado en otras pruebas de cargo válidas e independientes (STC 81/1998, f.j.3)⁸⁵⁶. Sin embargo, no debe olvidarse

⁸⁵³ Un estudio de las distintas posturas sobre la admisibilidad y apreciabilidad de la prueba ilícita puede verse en la obra de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., págs. 85-114, para quien la prueba ilícitamente obtenida ha de ser radicalmente rechazada.

⁸⁵⁴ Así, entre otras, SSTC 107/1985, de 7 de octubre (f.j.2); 64/1986, de 21 de mayo (f.j.2); 85/1994, de 14 de marzo (f.j.4); 86/1995, de 6 de junio (f.j.2); 181/1995, de 11 de diciembre (f.j.6); 49/1996, de 26 de marzo (f.j.2); 127/1996, de 9 de julio (f.j.3); 81/1998, de 2 de abril (f.j.2); 49/1999, de 5 de abril (f.j.12); 8/2000, de 17 de enero (f.j.2); 50/2000, de 28 de febrero (f.j.2); 69/2001, de 17 de marzo (f.j.24); 111/2011, de 4 de julio (f.j.4); 126/2011, de 18 de julio (f.j.9).

⁸⁵⁵ La valoración de tales pruebas tiene siempre relevancia constitucional, con independencia del resultado del proceso. Para DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 37-38, con esta premisa, la STC 81/1998, puede considerarse revolucionaria: “Por primera vez mantiene que los derechos fundamentales procesales existen respecto de actos procesales concretos con independencia de su influencia en el resultado del proceso. Desaparece así uno de los elementos que conforman la existencia del derecho fundamental procesal: la trascendencia de la actuación en el proceso.” Planteamiento que consideran desacertado tanto en el plano práctico como en el teórico (vid. págs. 39-64).

⁸⁵⁶ Evidentemente, si no llegan a valorarse tales pruebas, no habrá vulneración de tal derecho. Así, por ejemplo, la STC 384/1993, de 21 de diciembre, no consideró vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo por cuanto las resoluciones recurridas basaron su fallo condenatorio en una prueba indiciaria independiente de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso, la cual no fue en ningún momento valorada como prueba sobre la que asentar el fallo condenatorio, por lo que ni siquiera se consideró infringido el derecho a un proceso con todas las garantías (f.j.4 y 5).

que, como hemos visto anteriormente, la exigencia de que las pruebas de cargo hayan sido practicadas con todas las garantías constitucionales y procesales forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia, lo que permite afirmar que la prohibición de valoración de las pruebas ilícitas deriva, en definitiva, de este derecho fundamental⁸⁵⁷.

Ello es así en la mayoría de los casos y por lo que respecta al proceso penal, puesto que, como advierten DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, no cabrá aducir la presunción de inocencia como derecho fundamental que prohíbe emplear pruebas ilícitas cuando no estemos en presencia de un proceso penal, entrando en juego entonces el derecho a un proceso con todas las garantías⁸⁵⁸.

4. 1. 1. Consecuencias procesales de la prueba ilícita

En principio, el ámbito de aplicación del artículo 11.1 LOPJ se limita a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la sección 1ª del capítulo II del Título I de la Constitución⁸⁵⁹, entre los cuales se encuentran los derechos

⁸⁵⁷ Así, GONZÁLEZ MONTES: “Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita”, cit., pág. 75; MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 85. Para Ángel JUANES PECES: “La prueba prohibida. Análisis de la sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 353, 30 de julio de 1998, pág. 2, el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 81/1998, de forma novedosa, analiza si en los casos de prueba prohibida el derecho vulnerado es el de “un proceso justo, o el de la presunción de inocencia” y, establecida la diferencia entre ambos, la consecuencia es que “la determinación de si la prueba practicada es o no válida desde la perspectiva constitucional ha de hacerse a la luz del derecho a un proceso con todas las garantías, y no, como hasta ahora, en razón al derecho a la presunción de inocencia, derecho este que entrará en juego *a posteriori*...”. Así también, Julio MUERZA ESPARZA: “Sobre el efecto reflejo de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. ¿Una nueva interpretación? (Comentario a la STC 81/1998, de 2 de abril [RTC 1998, 81])”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1998, vol. IV: Índices y Estudios, pág. 517. Sin embargo, en realidad, este planteamiento no supone ninguna novedad puesto que la consideración de la infracción del derecho a la presunción de inocencia siempre ha sido consecuencia de la previa apreciación de la infracción de garantías procesales (art. 24.2 CE) por recepción y/o valoración de pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales. Así, ya en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, o en la STC 86/1995, de 6 de junio (f.j.2). Para Juan José LÓPEZ ORTEGA: “Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional (A propósito de la STC 81/1998)”, *Derecho y proceso penal*, núm. 1, 1999, pág. 140, las nuevas perspectivas que incorpora la citada sentencia al examen del alcance derivado de la prueba ilícita son complementarias de las establecidas de forma progresiva desde la STC 114/1984 y no constituyen una ruptura con la doctrina constitucional anterior. Para José Antonio DÍAZ CABIALE y Ricardo MARTÍN MORALES: “La teoría de la conexión de antijuricidad”, *Jueces para la democracia*, núm. 43, marzo 2002, pág. 40, sin embargo, la STC 81/1998, al alterar la naturaleza de la garantía constitucional de exclusión de la prueba ilícita también pretende modificar su tradicional anclaje constitucional, la presunción de inocencia.

⁸⁵⁸ DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., pág. 30, para quienes igualmente sucederá en el caso del proceso penal cuando sea la acusación la que pretenda evitar que la defensa aporte pruebas que lesionaron un derecho fundamental.

⁸⁵⁹ En consecuencia, quedan excluidos de su ámbito de aplicación todos aquellos supuestos en que la fuente de prueba se ha obtenido o el medio de prueba se ha practicado vulnerando la legalidad ordinaria o con infracción de normas procesales, pero sin violar derechos fundamentales. Así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 339; PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996, págs. 366-367. En contra,

principalmente afectados por las investigaciones corporales, salvo el derecho a la salud, cuya afectación resultaría vinculada, en la mayoría de ocasiones, al derecho a la integridad física⁸⁶⁰.

La regla de exclusión implica no solo una prohibición de admisión de la prueba ilícita, sino también una prohibición de valoración de la misma⁸⁶¹.

Desde un punto de vista teórico, no cabe duda que la prohibición de admisión de la prueba ilícita constituye la mejor forma de garantizar su ineficacia. Sin embargo, el problema práctico estriba en la falta de un adecuado mecanismo procesal de control de la licitud en el trámite de admisión de pruebas⁸⁶².

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., págs. 142-144; DE LA OLIVA SANTOS: “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pág. 8. Por otra parte, José Antonio DÍAZ CABIALE y Ricardo MARTÍN MORALES: “¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?”, *La Ley*, núm. 4445, 24 de diciembre de 1997, págs. 1-4, sostienen la posibilidad de extender el ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ a los derechos de la sección 2ª. Así también, Manuel MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., 2004, pág. 68. Vid. también sobre la posibilidad de proyectar la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida más allá de la fundamentalidad, DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 203-208. Totalmente contrario a estas concepciones amplias se muestra Nicolás MARTÍ SÁNCHEZ: “La llamada ‘prueba ilícita’ y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal*, núm. 7, febrero 1998, págs. 141-162, para quien el elemento clave del artículo 11.1 LOPJ es el término “violentando”, de modo que solo los derechos fundamentales inherentes o consustanciales al ser humano en su condición de tal son susceptibles de ser violentados de manera directa, mientras que aquellos otros proclamados derechos “fundamentales” de la persona, pero no intrínsecamente, sino en cuanto que ésta es sujeto de una comunidad, podrán en su caso ser violados, pero no violentados, tal como exige el tenor literal del citado precepto.

⁸⁶⁰ En todo caso, debe tenerse en cuenta, que no sólo se produce una lesión del derecho a la presunción de inocencia de un sujeto por el hecho de que se obtengan ilícitamente pruebas con infracción de sus derechos fundamentales sustantivos, sino que también es ilícita la prueba obtenida con infracción de los derechos fundamentales sustantivos de un tercero si su destino es enervar la presunción de inocencia de aquél (STC 239/1999, de 20 de diciembre, f.j.3). Señala PASTOR BORGONÓN: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pág. 364, que el carácter nulo de un acto procesal puede ser puesto de manifiesto siempre por las partes, independientemente de que las normas infringidas traten de proteger sus derechos o los de otra persona. La conexión entre la prueba ilícita y la presunción de inocencia permite afirmar, como sostiene MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 85, nota 151, y pág. 125, con cita de la STC 290/1994, de 27 de octubre, que incluso cuando la persona condenada no es titular del derecho fundamental violado puede alegar la ilicitud de la prueba por la vía de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando los resultados obtenidos con aquella hayan servido de fundamento para su condena.

⁸⁶¹ Así, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 150-151; PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pág. 315; MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 92; Carlos RAMOS RUBIO: “La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia”, *Manuales de Formación Continuada*, vol. 12: La prueba en el proceso penal, 2000, CGPJ, Madrid, pág. 31. Para DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 120, este primer apartado establece una prohibición de admisión.

⁸⁶² Sobre este particular, vid. GONZÁLEZ MONTES: “Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita”, cit., págs. 76-79, y MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 95-98.

Por otra parte, respecto a la prohibición de valoración se defiende mayoritariamente una eficacia limitada (*in bonam partem* o *in utilibus*) de la prueba ilícitamente obtenida si sus resultados son favorables para el imputado⁸⁶³.

Pese a la inicial concepción restrictiva del Tribunal Constitucional, la regla de exclusión debe aplicarse no solo cuando la vulneración de tales derechos y libertades fundamentales se cometa al obtener las pruebas⁸⁶⁴, sino también a la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él⁸⁶⁵.

⁸⁶³ Así, HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 145-146, siempre que la ilegalidad no haya sido provocada o producida de propósito por el propio imputado o acusado. Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO: “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. IX: La prueba en el proceso penal II, 1996, CGPJ, Madrid, pág. 158, quien propugna la aplicación del principio de ponderación de intereses y circunstancias en juego en términos similares al estado de necesidad como causa de justificación. También MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 101-102, defiende una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculcado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso. Para DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 197-202, no se trata de una excepción a la garantía constitucional de la exclusión de las pruebas ilícitas, sino de delimitar su contenido atendiendo a su propia naturaleza, la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales del imputado. Por el contrario, para ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 87, la inutilizabilidad lo es tanto en contra del acusado como a su favor.

⁸⁶⁴ Como advierte José María PLANCHAT TERUEL: “Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2010, pág. 96, si la mención a obtención de pruebas se interpretase literalmente, deberían dejarse fuera las diligencias de investigación que carecen de tal condición, las diligencias sumariales, circunstancia que obviamente entrañaría un contrasentido.

⁸⁶⁵ Como consecuencia de su concepción restrictiva, plasmada en la sentencia 64/1986, de 21 de mayo, el Tribunal Constitucional reconducía los problemas de la vulneración de los derechos y libertades fundamentales producidos en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él a la regla de interdicción de indefensión, esto es, al régimen de la nulidad procesal (artículos 238 y siguientes de la LOPJ), con la consecuencia de que en tales casos la prueba nula, a diferencia de la ilícita, no produciría efectos reflejos. Frente a tal concepción restrictiva que limita el ámbito de aplicación del artículo 11.1 LOPJ a las violaciones producidas durante la labor de búsqueda y recogida de fuentes de prueba, ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 82, defiende una interpretación amplia del término obtención “como toda labor tendente a allegar un resultado probatorio al proceso”. Así, según este autor, por obtención de la prueba cabría entender no solo la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba, sino también la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos inadmisibles en tanto que violan derechos fundamentales, “actuación ésta que implica tanto la aplicación a la fuente de un método ilícito, como la extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial”. Coincide con este autor, FERNÁNDEZ ENTRALGO: “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegalmente obtenida”, cit., pág. 169, para quien la actividad de obtención comprende tanto la etapa preprocesal como la procesal propiamente dicha, sin que existan razones suficientes para restringirla a la proposición, admisión y práctica de los medios de prueba a través de los cuales se introducen en el proceso las fuentes conseguidas con anterioridad. De igual modo, en contra de la interpretación restrictiva, MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 66, para quien “el artículo 11.1 L.O.P.J. tendrá aplicación no sólo cuando la infracción de derechos fundamentales se produzca durante la actividad de búsqueda y recogida de fuentes de prueba sino, también, durante la incorporación al proceso de las fuentes de prueba y durante la práctica en él de los medios de prueba debidamente propuestos y admitidos, con independencia de la naturaleza (*procesal* o *no*) del derecho fundamental violado”.

En todo caso, la prueba obtenida o introducida en el proceso penal⁸⁶⁶ violentando derechos fundamentales carece de eficacia⁸⁶⁷. Se trata, pues, de una prueba ilícita, aunque la terminología utilizada no es unívoca⁸⁶⁸, ni existe tampoco unanimidad en la doctrina respecto a qué deba entenderse por tal⁸⁶⁹.

⁸⁶⁶ La problemática de las pruebas obtenidas ilícitamente se ha desarrollado especialmente en el proceso penal, aunque resulta también aplicable en el proceso civil. En este sentido, PASTOR BORGONÓN: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pág. 347; RUIZ VADILLO: “La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales”, cit., pág. 83; PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 283-367. Por contra, cuestiona la aplicabilidad del art.11.1 LOPJ al proceso civil, MUÑOZ SABATÉ: *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, cit., pág. 79. En cambio, como hemos apuntado, para DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., pág. 19, la vigencia de esta garantía constitucional no solo se extiende al proceso penal, sino a cualquier orden jurisdiccional.

⁸⁶⁷ BAYARRI GARCÍA: “La prueba ilícita y sus efectos”, cit., pág. 424, afirma que la prueba obtenida o introducida en el procedimiento penal vulnerando derechos fundamentales es nula de pleno derecho. Sin embargo, el art. 11.1 LOPJ no sanciona con la nulidad el acto procesal en virtud del cual se introduce en el proceso el elemento probatorio obtenido con lesión de un derecho fundamental, sino que se limita a privar a dicho acto de eficacia probatoria. La consecuencia es, pues, su ineficacia o inutilizabilidad. En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 92, considera preferible hablar de “inutilizabilità” de la prueba ilícita, como hace la doctrina italiana (art. 191 CPP), que de nulidad. Con todo, para este autor, el art. 11.1 LOPJ no ha zanjado definitivamente el debate acerca de la inutilizabilidad de las pruebas ilícitas en nuestro proceso penal: “Las discrepancias doctrinales surgen en relación a las denominadas pruebas irregulares o ilegales y, por tanto, en orden al carácter o naturaleza de la norma vulnerada” (pág. 55).

⁸⁶⁸ Así, por ejemplo, PASTOR BORGONÓN: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pág. 338, nota 1, utiliza el clásico término de BELING *„prohibiciones probatorias“*, aunque no sea técnicamente perfecto, para incidir “...en las consecuencias procesales de la vulneración de las restricciones que el ordenamiento impone a la conducta de búsqueda y recogida de fuentes de prueba y de incorporación de éstas al proceso...”. Para PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pág. 290, la expresión “prohibiciones probatorias” resulta inadecuada, aunque se trata de un concepto gráfico y expresivo correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos de la prueba ilícita, por lo que, en definitiva, considera ambos términos, válidos y no excluyentes. ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 75, emplea el término *„prueba prohibida“* advirtiendo que “no es plenamente aceptado por la doctrina en atención a razones varias entre las que destaca la de ser tan sólo un nombre gráfico que únicamente sirve para designar todo el conjunto variado de supuestos en que la prueba es inadmisiblesiendo, pues, [...] dicho término un concepto no unívoco en tanto que viene a indicar una multiplicidad de situaciones por otra parte variables en función de los datos antes reseñados de legislación en la que ha de operar, reconocimiento o no expreso de su existencia, escala de valores políticos, sociales, etc...”. HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 132-133, rechaza el concepto de prueba ilícita en el ámbito jurídico por las diferentes implicaciones éticas y morales que el concepto de ilicitud encierra y prefiere el concepto de prueba ilegal como fenómeno que engloba determinadas prohibiciones probatorias, con distintas consecuencias procesales, que “son derivación de la forma en que se encuentran regulados ciertos derechos sustantivos y que se desprenden del espíritu del ordenamiento jurídico en general y determinadas formalidades con un determinado peso específico”: 1) La prueba prohibida o interdicción legal de utilización de ciertos métodos para la consecución de resultados probatorios; 2) La prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales; 3) La prueba irregular, esto es, aquella practicada o asumida con violación o en ausencia de los requisitos procesales exigidos y/o de los principios que rigen la actividad probatoria. Deja fuera del concepto de prueba ilegal las prohibiciones probatorias expresamente recogidas en la ley relativas a la utilización de determinados medios de prueba que la LECrim concretamente establece (art. 672.2 y 813). LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., pág. 83, usa indistintamente los términos mencionados, aunque considera preferible el término “prueba prohibida” por entender que con dichas denominaciones se está haciendo referencia a la existencia de normas jurídicas destinadas a limitar la prueba en el proceso penal. GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 751, denomina “prueba ilícita” a la que

Así pues, la vulneración de derechos fundamentales en la recogida de material probatorio comporta procesalmente la inadmisibilidad de cualquier medio de prueba que trate de incorporar al proceso las fuentes de prueba así obtenidas. Aplicada esta doctrina a las investigaciones corporales, resultará que toda medida que se haya practicado

infringe cualquier ley, incluida la Constitución, mientras que “prueba prohibida” sería la surgida como consecuencia de la violación, en su adopción o en su ejecución, de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales, diferenciándose por sus efectos (nulidad de actuaciones, en el primer caso; prohibición de valoración del resultado probatorio, en el segundo). MORENO CATENA, con CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 387-389, denomina “prueba ilícita” a la obtenida con infracción de la ley procesal, sin que resulte afectado el contenido esencial de un derecho fundamental, caso en el que, según dicho autor, estaríamos ante una “prueba prohibida”, siendo de aplicación los efectos del artículo 11.1 LOPJ. Esta última es la que más comúnmente suele denominarse ilícita, frente a la anterior que se denomina simplemente “irregular” por haber obtenido la fuente de prueba infringiendo la legalidad ordinaria. En cualquier caso, como advierte MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 16, debe tenerse en cuenta que las diferencias terminológicas implican, en ocasiones, verdaderas divergencias conceptuales.

⁸⁶⁹ Se opta aquí por un concepto restrictivo de prueba ilícita, limitado a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales. En este sentido, José María ASECIO MELLADO: “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2”, *Poder Judicial*, núm. 4, diciembre 1986, CGPJ, págs. 37-38; José Luis GONZÁLEZ MONTES: “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (El derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1990-1, pág. 36; TOMÉ GARCÍA, con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, HINOJOSA SEGOVIA y MUERZA ESPARZA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 510; AROZAMENA SIERRA: “Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional”, cit., pág. 41; PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 285-286, “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”, cit., pág. 2, y “El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2010, págs. 56-58; RAMOS RUBIO: “La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia”, cit., pág. 18. PLANCHAT TERUEL: “Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento”, cit., pág. 89.

Por el contrario, para Manuel SERRA DOMÍNGUEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2, dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid, 1981, págs. 84-85, siguiendo a DEVIS ECHANDÍA, son pruebas ilícitas “las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan a la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la Ley amparan”. Distingue, por tanto, los siguientes casos de ilicitud – cuya naturaleza y tratamiento jurídico es diverso – de un medio de prueba: a) Pruebas expresamente prohibidas por la Ley; b) Pruebas realizadas en forma distinta a la regulada por la Ley para eludir las garantías procedimentales, pero también para obtener pruebas preconstituidas; c) Pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas. También MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 25-26, defiende una concepción más amplia de la ilicitud probatoria. Admite que dicha ilicitud puede tener su origen no sólo en la violación de derechos fundamentales, sino también en la infracción de la legalidad procesal ordinaria, aunque limita su inadmisibilidad e ineficacia a los supuestos en que la prueba ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Para este autor, no debe confundirse el concepto de prueba ilícita con las consecuencias jurídico-procesales que se derivan de la misma, para lo cual deberá tenerse en cuenta la causa u origen de la ilicitud. Entre las concepciones amplias cabe citar también a Eduardo de URBANO CASTRILLO: “La prueba ilícita penal y el derecho de defensa”, *La Ley*, núm. 4549, 27 de mayo de 1998, pág. 15, quien incluye en la expresión *prueba ilícita* “todas aquellas diligencias, medios probatorios y pruebas procesales en las que se debata o discutan aspectos constitucionales o infraconstitucionales que puedan determinar la irregularidad o invalidez de un concreto elemento probatorio, con sus correspondientes efectos en el proceso”.

vulnerando un derecho fundamental será nula de pleno derecho⁸⁷⁰, e inadmisibile el medio de prueba que trate de introducir su resultado en el proceso⁸⁷¹.

4. 1. 2. La eficacia refleja de la prueba ilícita

La cuestión que se plantea entonces consiste en determinar el alcance de dicha nulidad, esto es, si arrastra en cadena la invalidez y consiguiente ineficacia jurídica de todas las posteriores diligencias o pruebas que traigan causa de la primera obtenida ilícitamente en tanto logradas a partir del conocimiento derivado de aquélla. En definitiva, si todo elemento probatorio que pretenda deducirse del hecho vulnerador del derecho fundamental se halla incurso en la prohibición de valoración ex artículo 24.2 CE.

Ciertamente, la vulneración del derecho fundamental en la obtención de la prueba provocará la nulidad no solo de esa prueba, sino de las derivadas, siempre que exista una conexión causal entre ellas, esto es, se hallen naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo. Se aplica, así, la doctrina norteamericana⁸⁷²

⁸⁷⁰ La nulidad absoluta de la prueba ilícita comporta su insubsanabilidad. Según PICÓ I JUNOY: “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulador de las pruebas ilícitas”, cit., pág. 2, ello no impide aportar al proceso otro elemento probatorio válidamente obtenido que tenga por objeto acreditar los mismos hechos ni tampoco volver a obtener, con posterioridad, mediante el procedimiento legal previsto, el elemento probatorio logrado inicialmente con infracción de un derecho fundamental si existen las condiciones legales para efectuar válidamente el acto ilícito.

⁸⁷¹ Ahora bien, para determinar si la valoración de ese medio de prueba con origen en un acto de investigación inconstitucional vulnera, a su vez, el derecho a un proceso con todas las garantías resultará necesario considerar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo vulnerado y sus límites constitucionales, entre los cuales, el Tribunal Constitucional sitúa el interés constitucionalmente legítimo en la averiguación y castigo de los delitos graves.

⁸⁷² Se ha acudido en este ámbito a la jurisprudencia norteamericana, entre otras razones, porque el TEDH no se ha ocupado de la admisibilidad de las pruebas en el proceso al considerar esta materia una cuestión de derecho interno. Así, en la STEDH de 12 de julio de 1988 (caso Schenk) afirmaba: “Aunque el Convenio garantiza en su artículo 6º el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno” (ap.46). Sin embargo, en el voto particular discrepante y conjunto de los jueces señores Pettiti, Spielmann, De Meyer y Carrillo Salcedo se advierte que “ningún tribunal puede tener en cuenta, sin que padezca la buena administración de la justicia, una prueba que no sólo se haya conseguido por medios incorrectos, sino, sobre todo, ilegalmente. Si lo hace, el proceso no será justo en el sentido del Convenio”. Por eso ha podido afirmar BAYARRI GARCÍA: “La prueba ilícita y sus efectos”, cit., pág. 437, que “si, aparentemente, la doctrina del TEDH se inclina por la doctrina garantista, un detallado examen acredita que JAMAS (sic) llegó a las cotas de garantías a que llegó la jurisprudencia americana”. Un comentario crítico sobre la citada resolución del TEDH puede verse en MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 56-60.

En esta línea, la STC 81/1998, de 2 de abril, afirmaba, con cita del caso Schenk, que la valoración en juicio de las pruebas obtenidas ilícitamente debía considerarse prohibida por la Constitución en cuanto vulneraba el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y, en definitiva, la idea de “proceso justo” (f.j.2) y, a continuación, con nueva cita de la STEDH de 12 de julio de 1988, añadía que es preciso considerar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales para determinar si el proceso penal en el que se ha valorado una prueba obtenida a partir de una intervención telefónica acordada contraviniendo las exigencias del art. 18.3 CE ha sido o no desde la perspectiva constitucional un “proceso justo” (f.j.2). Téngase en cuenta, sin embargo, el distinto contenido del derecho a un proceso justo en la jurisprudencia del TEDH, más amplio, y en nuestro país, más restringido, dado el distinto desarrollo de los derechos fundamentales en el CEDH y en la CE. Así,

de los efectos reflejos de la prueba ilícita conocida como “doctrina de los frutos del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree doctrine*)⁸⁷³.

Doctrina que tiene particular importancia en materia de investigaciones corporales puesto que, en muchas ocasiones, la medida acordada debe complementarse posteriormente con otros actos de naturaleza pericial. Así ocurre, por ejemplo, con la obtención de muestras corporales para su posterior análisis.

En opinión de un considerable sector doctrinal y de la práctica unanimidad de la doctrina jurisprudencial, la eficacia refleja de la prueba prohibida ha sido acogida en el artículo 11.1 LOPJ al vincular la prueba ilícita a la lograda *indirectamente* con violación de derechos fundamentales⁸⁷⁴.

DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 34-35.

⁸⁷³ Sobre el origen y evolución de esta teoría en la jurisprudencia norteamericana, vid. PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 355-359. También Eloy VELASCO NUÑEZ: “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del ‘fruto del árbol envenenado’: correcciones actuales y tendencias de futuro”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XII: Medidas restrictivas de derechos fundamentales, 1996, CGPJ, Madrid, págs. 427-431. Destaca su creación jurisprudencial: “un remedio judicial, una creación jurídica de los tribunales con una finalidad profiláctica, disuasoria de las artimañas policiales a la hora de obtener las fuentes de prueba, de modo que se consigan siempre dentro de la legalidad, so pena de ser rechazadas y tenidas por inexistentes”. Su fundamento es, pues, el llamado efecto disuasorio (*deterrent effect*), razón por la cual cuando éste no se produce se relativiza o dulcifica el rigor de las reglas de exclusión probatoria. Una formulación, por cierto, no muy ajustada a nuestro sistema jurídico, como advierte GONZÁLEZ MONTES: “Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita”, cit., págs. 72-74, y también PÉREZ MARÍN: “En torno a la prueba ilícita”, *Justicia*, núm. II-IV, 2001, pág. 234. Vid. también sobre el origen y evolución de la doctrina de la Corte Suprema Federal norteamericana en torno a la *illegally obtained evidence*, DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., págs. 105-114 y págs. 122-127, respecto a la *fruit of the poisonous tree doctrine*. También con MARTÍN MORALES en *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 77-79.

⁸⁷⁴ Así, entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., págs. 147-148; ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, cit., pág. 89; Vicente GIMENO SENDRA: “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *La Ley*, núm. 4024, 26 de abril de 1996, pág. 4, “La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1992, pág. 513, y, últimamente, en su *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 753; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 334, nota 59; Carlos CLIMENT DURAN: “Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 5 de noviembre de 1990. Ponente: Excmo. Sr. Don Marino Barbero Santos)”, *Revista General de Derecho*, núm. 559, abril 1991, pág. 2552; DÍAZ CABIALE: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, cit., pág. 122; TOMÉ GARCÍA, con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, HINOJOSA SEGOVIA y MUERZA ESPARZA: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 510. También VELASCO NUÑEZ: “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del ‘fruto del árbol envenenado’: correcciones actuales y tendencias de futuro”, cit., pág. 446, si bien advierte que, a diferencia de la doctrina norteamericana, no se fundamenta en el efecto profiláctico o disuasorio de las conductas irregulares de la policía ni en el principio de integridad judicial, sino en la mera defensa de la Constitución. HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 161-165. También, ETXEBERRIA GURIDI: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., págs. 311-312, y DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES en “La teoría de la conexión de antijuricidad”, cit., pág. 41, y en *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., pág. 71. En contra de la incorporación de esta doctrina en el citado precepto, entre otros, PASTOR BORGONÓN: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas”, cit., pág. 361; la misma autora, con más dudas, en: “La prueba ilegalmente obtenida”, *Cuadernos de Derecho Judicial*,

Así es por cuanto, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia (entre otras SSTs de 4 de marzo de 1997, núm. 448/1997, f.j.2; 26 de junio de 1998, núm. 874/1998, f.j.3; 15 de enero de 1999, núm. 63/1999, f.j.4; 30 de septiembre de 2002, núm. 1556/2002, f.j.1; 26 de noviembre de 2003, núm. 1451/2003, f.j.10), prohibir el uso directo de los medios probatorios obtenidos ilícitamente, mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo e, incluso, una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso.

Con todo, el efecto expansivo previsto en el artículo 11.1 LOPJ tiene sus límites, pues, como se desprende de la propia expresión legal, el “efecto dominó” únicamente se produce en los supuestos de violación de derechos y libertades fundamentales, sin extenderse a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni siquiera por la vía de calificarlas como infracciones indirectas del derecho a un proceso con todas las garantías.

Sin embargo, al margen de estos límites, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han ido paulatinamente restringiendo tal efecto expansivo merced a la admisión de excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita propias del derecho norteamericano⁸⁷⁵: la excepción de la “fuente independiente”, la excepción del

vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, pág. 209; GONZÁLEZ MONTES: “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales”, cit., pág. 40; PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 361-362, y “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”, cit., pág. 4; M.^a Ángele PÉREZ MARÍN: “En torno a la prueba ilícita”, *Justicia*, núm. II-IV, 2001, págs. 253-254, y en *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, cit., págs. 175-176.

Con independencia de si con el término “indirectamente” se incorpora, o no, en nuestro ordenamiento jurídico la doctrina norteamericana de “los frutos del árbol envenenado”, MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 107-110, se muestra partidario de su aplicación en nuestro proceso penal y, consiguientemente, del reconocimiento de efectos reflejos o indirectos a las pruebas ilícitas como consecuencia lógica y necesaria que viene impuesta por su propia inutilizabilidad. En parecidos términos, Juan Luis GÓMEZ COLOMER: “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1998, págs. 162-165, plantea el problema de la delimitación y concreción de los efectos colaterales o indirectos de un acto de investigación o probatorio ilícitamente practicado u obtenido.

Esta doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Constitucional, fundamentalmente en materia de intervenciones telefónicas, desde la sentencia 85/1994, de 14 de marzo (f.j.4), que instauró la eficacia refleja de la prueba prohibida según GIMENO SENDRA: “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, cit., pág. 4, pero ceñida, única y exclusivamente, a la valoración de la prueba derivada de las escuchas telefónicas, según este autor, que analiza, en dicho artículo, las sentencias 86/1995, de 6 de junio (f.j.3); 181/1995, de 11 de diciembre (f.j.4); 49/1996, de 26 de marzo (f.j.3) y 54/1996, de 26 de marzo (f.j.8).

⁸⁷⁵ Un fenómeno que MIRANDA ESTRAMPES: “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, cit., pág. 54, califica de *norteamericanización* de la regla de exclusión. Es más, como advierte dicho autor, dada la vaguedad e imprecisión de su formulación, la teoría de la conexión de la antijuridicidad no actúa como una única excepción al reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilícita, sino que posibilita la entrada en nuestro ordenamiento jurídico de las más variadas excepciones, citando como tales la de la confesión voluntaria del acusado y la denominada como descubrimiento probablemente independiente o prueba hipotéticamente independiente. Así, en “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, cit., págs. 61-64, y en la 2ª edición de su obra *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit.,

“descubrimiento inevitable”, la excepción del “hallazgo casual”, la excepción del “nexo causal atenuado” o la excepción de la “buena fe”, hasta llegar a la elaboración de la doctrina de la “conexión de antijuricidad” y la práctica erradicación de la eficacia refleja⁸⁷⁶.

Y si bien es cierto que la jurisprudencia norteamericana ha ido estableciendo límites a la doctrina de los frutos del árbol envenenado⁸⁷⁷, algunos de ellos propios de su

págs. 133-141. De ahí a que se acabara admitiendo la excepción de la buena fe a la propia regla de exclusión no era más que cuestión de tiempo, como advertían DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., pág. 82, y así finalmente ha sucedido con la STC 22/2003, de 10 de febrero (f.j.9). Las novedades introducidas por esta sentencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no sólo en lo relativo a la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, sino también en materia de inviolabilidad domiciliaria, han sido objeto de estudio, entre otros autores, por Luis GÁLVEZ MUÑOZ: “Tribunal Constitucional, inviolabilidad del domicilio y regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Nuevas reglas sobre viejos temas. A propósito de la STC 22/2003, de 10 de febrero”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 11, octubre 2003, págs. 2567-2597, quien se muestra favorable a la admisión de tal excepción, pese a la parquedad argumentativa del Tribunal Constitucional en este punto que parece considerarla implícita en su jurisprudencia anterior, siendo que la valoración de la buena fe sólo se había tenido en cuenta hasta entonces en el ámbito de las pruebas derivadas o reflejas.

⁸⁷⁶ Así, ARMENTA DEU: *La prueba ilícita*, cit., págs. 121-131. Más sintéticamente, con anterioridad, la misma autora en su artículo: “Prueba ilícita y reforma del Proceso Penal”, *Revista del Poder Judicial*, vol. XIX: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2006, CGPJ, Madrid, págs. 193-197. Excepciones que se extienden a la propia regla de exclusión hasta el punto de comportar su extinción en la práctica. Así, José Manuel ALCAIDE GONZÁLEZ: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción. Jurisprudencia práctica comparada con EEUU*, Málaga, 2013, Editorial Ley 57.

⁸⁷⁷ VELASCO NUÑEZ: “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del ‘fruto del árbol envenenado’: correcciones actuales y tendencias de futuro”, cit., págs. 431-446, señala que la jurisprudencia norteamericana siempre ha relativizado y excepcionado las consecuencias que podían derivarse de la doctrina del “fruto del árbol envenenado”. Un primer límite, dado su origen y fundamento, lo constituyen los supuestos en que la infracción proviene de particulares e, incluso, de policías extranjeros. Un segundo límite (*independent source*), viene dado por la exigencia de causalidad directa entre la prueba ilícita y la obtenida lícitamente a partir de ella. A partir de éste, se han admitido también supuestos de nexo causal atenuado, tacha saneada o fuente cuasi-independiente. Por último, dadas las consecuencias prácticas y económicas de la teoría del fruto del árbol envenenado se ha ido restringiendo su vigencia, limitando su aplicación de forma casuística y estableciendo verdaderas limitaciones con base en los criterios de la buena fe (*good faith*) y del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*). Según DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: “La teoría de la conexión de antijuricidad”, cit., pág. 42, la excepción de la buena fe se aplica a las pruebas ilícitas directas y las excepciones del descubrimiento inevitable, nexo causal atenuado y fuente independiente a las pruebas ilícitas indirectas. Así, PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 356-359, y “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulador de las pruebas ilícitas”, cit., pág. 3; DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 82-84. Limitaciones que no resultan aplicables en su integridad al proceso penal español dado el diferente fundamento del efecto invalidante de la prueba derivada de otra ilícita. En este sentido, en relación a la STC 81/1998, DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: “La teoría de la conexión de antijuricidad”, cit., pág. 42: “...dada la naturaleza de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas en el derecho norteamericano y sus consiguientes excepciones, resulta imposible su importación al nuestro...” Sólo puede admitirse como excepción la de la fuente independiente, ya que es la única hipótesis en la que se produce la ruptura del nexo causal. Así también, en *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 84-88. Así, GARCÍA MORILLO: *El derecho a la libertad personal*, cit., págs. 244-247; VELASCO NUÑEZ: “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del ‘fruto del árbol envenenado’: correcciones actuales y tendencias de futuro”, cit., pág. 451; MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 120, respecto a la limitación del hallazgo inevitable. Contrario a la admisión de límites o excepciones se muestra Fabricio GUARIGLIA: “Las prohibiciones de

particular naturaleza, no lo es menos que constituyen creaciones jurisprudenciales sin base legal real destinadas a evitar los efectos expansivos de la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida en orden a la aplicación del *ius puniendi*⁸⁷⁸.

4. 1. 3. La doctrina de la “conexión de antijuridicidad”

En efecto, si inicialmente se exigía una relación de causalidad⁸⁷⁹ directa e inmediata entre la prueba obtenida ilícitamente y las demás, posteriormente no sólo se exige una relación o conexión causal-natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, sino además una relación jurídica de dependencia, de modo que pese a que las pruebas de cargo se hallen naturalmente enlazadas con la prueba ilícita podrán considerarse válidas y aptas para enervar la presunción de inocencia si son jurídicamente independientes de ella (STC 81/1998, de 2 de abril, f.j.4, con cita de las sentencias 86/1995, de 6 de junio, f.j.4 y 54/1996, de 26 de marzo, f.j.9)⁸⁸⁰.

De este modo el tribunal puede valorar las restantes pruebas de cargo, practicadas con pleno respeto a los derechos fundamentales, con independencia de la prueba inconstitucionalmente obtenida, sin que resulte infringida la presunción de

valoración probatoria en el procedimiento penal”, *Jueces para la democracia*, núm. 26, julio 1996, pág. 80, postulando la necesidad de reafirmar la inadmisibilidad de la valoración judicial de la prueba mediata o inmediatamente adquirida en virtud de una acción estatal irregular.

⁸⁷⁸ Según GUARIGLIA: “Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”, cit., pág. 78, se recurre a argumentos pragmáticos o especulativos, “allí donde el temor a que ciertos hechos queden impunes supera la voluntad de reafirmar la vigencia de las reglas constitucionales y procesales como límite a la persecución penal.” En definitiva, por la “alarma social” que provocan en casos de gravedad delictiva las sentencias absolutorias dictadas como consecuencia de una aplicación rigurosa de la doctrina de la eficacia refleja hasta sus últimas consecuencias, como apunta Inmaculada LÓPEZ-BARAJAS PEREA: “La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 708, 2006, pág. 7.

⁸⁷⁹ Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, cit., pág. 117, “es preciso que entre un acto y el otro exista un relación de causa-efecto, o que al primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que pueda afirmarse clara y rotundamente que el segundo acto es „consecuencia“ del primero”. Para MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 111, existirá la relación de causalidad “cuando las pruebas derivadas, siendo en sí mismas consideradas lícitas, tengan su origen en informaciones o datos obtenidos con la práctica de una prueba ilícita”. Con todo, advierte que deberá examinarse y analizarse con rigurosidad cada caso concreto a fin de constatar la concurrencia o no de dicha relación.

⁸⁸⁰ Para MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 116, “la estimación que la jurisprudencia hace de la excepción de la desconexión causal obedece a una aplicación excesivamente restrictiva de la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita, motivada principalmente por razones de defensa social”. En este sentido, DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, cit., pág. 41, afirman que el recorte del alcance de la garantía de exclusión de la prueba ilícita sería el resultado de una constatada “presión social que exigiría reformular la naturaleza de la garantía para dar cabida a ciertas excepciones.” Para estos autores, la conexión de la antijuridicidad supone una ruptura en toda regla con los propios postulados del Tribunal Constitucional, aunque éste intente presentarla como la culminación del fluir natural de su jurisprudencia. Así también en *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 104-105.

inocencia aunque se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías. Ello es así por cuanto para el Tribunal Constitucional la presunción de inocencia no puede erigirse en canon de validez de las pruebas, sino que ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías⁸⁸¹.

En otros términos, desde la perspectiva constitucional, para que la prohibición de valoración se extienda a las pruebas reflejas ha de existir una *conexión de antijuridicidad* entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas. La existencia de la conexión de antijuridicidad resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna⁸⁸², atendida la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo, así como el resultado inmediato de la infracción, como desde una perspectiva externa⁸⁸³, dadas las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad del derecho⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ En palabras de la STC 81/1998, de 2 de abril: “La presunción de inocencia, por tanto, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías [...] A partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida” (f.j.3).

⁸⁸² Para DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, cit., págs. 46-47, y *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs., 118-119, la denominada “perspectiva interna”, sorprendentemente, sólo se utiliza en un principio para dar cabida a la excepción del descubrimiento inevitable (STC 81/1998, f.j.5 y 94/1999, f.j.6), proyectándose posteriormente a la excepción del nexo causal atenuado, fundamentalmente en el caso de las confesiones derivadas de la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

⁸⁸³ La perspectiva externa implica, como apunta Fermín Javier ECHARRI CASI: “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, 2003, pág. 278, con cita de las SSTC 238/1999, 239/1999 y 299/2000, tener presente la índole del derecho vulnerado, la entidad de la vulneración y la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave, entre otros factores. Perspectiva que Pedro MARTÍN GARCÍA: “La conexión de antijuridicidad: Solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita”, *Revista Jurídica de Catalunya*, número 4, 2003, págs. 96-97, considera inaceptable por cuanto implica una gradación en la lesión y vulneración de los derechos fundamentales inadmisibles jurídico-constitucionalmente que, además, viene a realizarse puntualmente por cada juzgado o tribunal en cada caso concreto, lo que, de hecho, a su juicio, podría comportar una quiebra absoluta e irreversible de la más elemental seguridad jurídica y, en todo caso, un menoscabo real y efectivo del marco de garantías constitucionales de los ciudadanos.

⁸⁸⁴ La STC 166/1999, de 27 de septiembre, resume la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prueba derivada, elaborada en el marco del derecho al secreto de las comunicaciones y aplicada, en principio, respecto de pruebas obtenidas mediante intervenciones telefónicas:

“Aunque del análisis de las intervenciones de las comunicaciones realizadas, a la luz de esta jurisprudencia constitucional, resultara la confirmación de la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, ello no supondría de forma paralela y automática la lesión de la prohibición de valoración de todas las pruebas derivadas de las intervenciones. Pues si bien es cierto que desde la STC 114/1984 se ha venido afirmando por el Tribunal la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales (además SSTC 107/1985, 64/1986, 80/1991), no sólo en lo que atañe a los resultados directos de la intervención, sino a „cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios” (STC 49/1996, fundamento jurídico 3º), aunque derive indirectamente de aquélla (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 5º, 86/1995, fundamento jurídico 3º, 181/1995, fundamento jurídico 4º, 54/1996, fundamento jurídico 8º), no es menos cierto que este Tribunal ha profundizado recientemente en las excepciones, ya admitidas por

A efectos prácticos, como bien dice ECHARRI CASI, lo que se pretende con dicha doctrina es que no entre en juego la teoría de los frutos del árbol envenenado mediante la búsqueda de una desconexión causal entre la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba⁸⁸⁵ o, como afirma el magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ, en su voto particular a la STS de 9 de enero de 2006, núm. 1/2006, la teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del artículo 11.1 LOPJ, una forma de introducir excepciones no previstas legalmente a la regla general legal-constitucional de exclusión que impone el precepto, sin olvidar que, cuando se excluye su aplicación mediante tales interpretaciones, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen⁸⁸⁶.

Más que una reformulación: una perversión de la interdicción proclamada por el artículo 11.1 LOPJ que acaba convirtiéndose, como advierte ASECIO MELLADO, en lo contrario, en un instrumento de otorgamiento de validez a las pruebas originarias, de subsanación indirecta de las pruebas ilícitamente obtenidas. La teoría de la conexión de

la anterior doctrina. Así, de conformidad con la más reciente doctrina constitucional, es lícita la valoración de las pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con „el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo“, puedan considerarse jurídicamente independientes (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4º, 54/1996, fundamento jurídico 6º, 81/1998, fundamento jurídico 4º).

En el desarrollo de estas excepciones, el Tribunal ha precisado las razones que avalan la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras. La razón fundamental reside en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental; por lo tanto, no puede entenderse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 81/1998, fundamento jurídico 4º). En efecto, en la medida en que la información obtenida a través de las intervenciones telefónicas puede ser incorporada al proceso como medio autónomo de prueba, bien por sí mismo -audición de las cintas-, bien a través de su transcripción mecanográfica -como documentación de un acto sumarial previo-, bien a través de las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas (SSTC 121/1998, fundamento jurídico 5º, 151/1998, fundamento jurídico 4º), para que las pruebas derivadas puedan quedar afectadas por la prohibición constitucional de valoración de pruebas ilícitas es preciso que la ilegitimidad de las pruebas originales se transmita a las derivadas (SSTC 81/1998, fundamento jurídico 4º, 121/1998, fundamento jurídico 6º).

Esta transmisión se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuridicidad cuya presencia resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho (SSTC 81/1998, fundamento jurídico 4º, 121/1998, fundamento jurídico 5º, 49/1999, fundamento jurídico 14). De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad (SSTC 81/1998, 121/1998, 151/1998, 49/1999)” (f.j.4).

⁸⁸⁵ ECHARRI CASI: “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, cit., pág. 275.

⁸⁸⁶ Voto particular reiterado, total o parcialmente, en sentencias de 14 de marzo de 2006, núm. 261/2006; 1 de junio de 2007, núm. 477/2007; 28 de junio de 2007, núm. 587/2007; 13 de noviembre de 2007, núm. 926/2007; 26 de noviembre de 2007, núm. 966/2007; 19 de junio de 2008, núm. 370/2008; 29 de septiembre de 2008, núm. 551/2008; 18 de noviembre de 2008, núm. 765/2008; 6 de marzo de 2009, núm. 208/2009; 7 de abril de 2011, núm. 297/2011; 20 de julio de 2012, núm. 654/2012.

antijuridicidad comporta, pues, una anulación de facto del citado precepto y de la propia Constitución⁸⁸⁷.

Doctrina criticada también duramente por el propio Tribunal Supremo quien reprocha al Tribunal Constitucional la utilización de criterios interpretativos sustancialmente contrarios a los utilizados para la hermenéutica del instituto de la prescripción en sus sentencias 63/2005 y 29/2008 en las que ha primado el tenor literal de la norma y su sentido gramatical sobre otras que pudieran extender su interpretación en perjuicio del reo.

Así, afirma el Tribunal Supremo en sentencias de fechas 21 de septiembre de 2009, núm. 927/2009 (f.j.4) y 11 de noviembre de 2010, núm. 1005/2010 (f.j.2), que la denominada conexión-desconexión de antijuridicidad – sin perjuicio de aplicar tal doctrina – se trata de una “categoría conceptual de carácter penal sustantivo que el Tribunal Constitucional ha extrapolado al derecho procesal al efecto de desactivar la interpretación literal de un precepto cuya aplicación favorece al reo, cual es el artículo 11 LOPJ”. De este modo, concluye, se acaba desvirtuando en gran medida el claro tenor literal del citado precepto, en perjuicio del reo⁸⁸⁸.

Desde luego, la doctrina de la conexión de antijuridicidad no parece muy acorde con aquel “principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales”, postulado por el propio Tribunal Constitucional, en la interpretación y aplicación de un precepto que pueda afectar a un derecho fundamental, como consecuencia de la especial relevancia y posición que en nuestro ordenamiento jurídico tienen los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme al cual, entre las diversas soluciones posibles, una vez realizada la interpretación del precepto conforme a los criterios existentes al respecto y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, el órgano judicial ha de optar por la solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado (por todas, STC 5/2002, de 14 de enero, f.j.4).

Puyas al margen, lo cierto es que mediante la aplicación de la doctrina de la conexión de la antijuridicidad el Tribunal Constitucional ha restringido al máximo el reconocimiento de los efectos reflejos de la prueba ilícita⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ José María ASENSIO MELLADO: “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales”, *Jueces para la democracia*, núm. 66, 2009, págs. 85-100.

⁸⁸⁸ Como dice el magistrado RAMOS GANCEDO en su voto particular a la STS de 15 de septiembre de 2010, núm. 768/2010, resulta chocante que la interpretación de una norma que favorece las garantías del imputado en el proceso penal se lleve a cabo con criterios opuestos a la literalidad del precepto valiéndose para ello de construcciones dogmáticas ajenas al ámbito procesal penal: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional complementa de facto el art. 11 LOPJ con injertos normativos que, en la práctica, suponen la imposición de requisitos no exigidos por el legislador que desactivan sustancialmente las garantías del precepto, al mismo tiempo que sortean – más bien contradicen – el sentido usual o común del lenguaje que ha adoptado el legislador. Sin olvidar tampoco la inseguridad jurídica que se genera con la exigencia de ese auténtico enigma indescifrable que es el elemento de la conexión de antijuridicidad, cuyo real contenido y alcance resulta una verdadera incógnita para los juristas que intervienen en el ámbito del proceso penal, por lo que se acaba convirtiendo en gran medida en un peligroso foco de arbitrariedad.”

⁸⁸⁹ Para MIRANDA ESTRAMPES, quien ya advertía en la 1ª edición de su monografía *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 118, que la sentencia 81/1998, de 2 de abril, suponía un duro golpe al pleno reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita que podría conducir incluso a su negación, las sentencias posteriores no han hecho sino confirmar tales presagios hasta el

La delimitación de los elementos a tener en cuenta y el procedimiento a seguir para la determinación de la conexión de antijuridicidad como criterio para apreciar cuándo las pruebas reflejas son constitucionalmente legítimas y pueden ser valoradas por los órganos judiciales fue establecido por primera vez en la STC 81/1998, de 2 de abril⁸⁹⁰. A partir de ella ha sido reiterado y aplicado⁸⁹¹ tanto en supuestos de intervenciones telefónicas, las más de las veces, como en entradas y registros domiciliarios⁸⁹².

punto de que, a su juicio, la teoría de la conexión de la antijuridicidad ha producido, de hecho, la práctica desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro proceso penal. Así, en “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, cit., págs. 59-64, y en la 2ª edición de su monografía, cit., págs. 129-141. En contra, LÓPEZ ORTEGA: “Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional (A propósito de la STC 81/1998)”, cit., pág. 125. También ETXEBERRIA GURIDI: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pág. 312, cita la STC 81/1998 como ejemplo de interpretación extensiva de la teoría de los frutos del árbol envenenado. Anterior a esta resolución, se cita como muestra de la aplicación restrictiva de la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita la STC 86/1995, de 6 de junio. Un juicio crítico de ésta última sentencia puede verse también en Miguel CARMONA RUANO: “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?”, *Jueces para la democracia*, 1996, pág. 97, pues, de su análisis concluye como efectos de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales la posibilidad de práctica de otra prueba en el juicio oral sobre los mismos hechos y la influencia psicológica de la prueba prohibida en el ánimo del tribunal y en la formación de su convicción. Respecto de la STC 81/1998, vid. también JUANES PECES: “La prueba prohibida. Análisis de la sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, cit. Para DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, cit., pág. 41, la principal novedad de la STC 81/1998 es la posibilidad de admitir ciertas excepciones a la exclusión de la prueba ilícita, concretamente, en las denominadas pruebas indirectas o derivadas. En definitiva, como afirman los mismos autores, en *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., pág. 93, el Tribunal Constitucional recorta el alcance de la garantía constitucional de la exclusión de la prueba reduciendo su aplicación en el ámbito de la prueba refleja. Frente a los estragos de la teoría de la conexión de antijuridicidad propugnan el principio de unidad de acto como factor de racionalización de las dinámicas lesivas y de la propia garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida.

⁸⁹⁰ Así MUERZA ESPARZA: “Sobre el efecto reflejo de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. ¿Una nueva interpretación?”, cit., pág. 513.

⁸⁹¹ Así, entre otras, SSTC 121/1998, de 15 de junio (f.j.6); 151/1998, de 13 de julio (f.j.3); 49/1999, de 5 de abril (f.j.14); 94/1999, de 31 de mayo (f.j.6); 139/1999, de 22 de julio (f.j.4); 161/1999, de 27 de septiembre (f.j.4); 166/1999, de 27 de septiembre (f.j.4); 171/1999, de 27 de septiembre (f.j.15); 238/1999, de 20 de diciembre (f.j.2); 239/1999, de 20 de diciembre (f.j.8); 8/2000, de 17 de enero (f.j.2); 50/2000, de 28 de febrero (f.j.4); 126/2000, de 16 de mayo (f.j.10); 136/2000, de 29 de mayo (f.j.6); 299/2000, de 11 de diciembre (f.j.9); 87/2001, de 2 de abril (f.j.4); 138/2001, de 18 de junio (f.j.8); 149/2001, de 27 de junio (f.j.6); 28/2002, de 11 de febrero (f.j.4); 167/2002, de 18 de septiembre (f.j.8); 22/2003, de 10 de febrero (f.j.10); 184/2003, de 23 de octubre (f.j.14); 205/2005, de 18 de julio (f.j.7); 259/2005, de 24 de octubre (f.j.7); 261/2005, de 24 de octubre (f.j.5); 26/2006, de 30 de enero (f.j.11); 136/2006, de 8 de mayo (f.j.7); 281/2006, de 9 de octubre (f.j.2); 49/2007, de 12 de marzo (f.j.2); 70/2007, de 16 de abril (f.j.7); 66/2009, de 9 de marzo (f.j.4); 128/2011, de 18 de julio (f.j.2).

⁸⁹² Con todo, como advertía la STC 8/2000, la citada doctrina ha sido precisada y modalizada en su aplicación a las pruebas obtenidas en registros domiciliarios en virtud de las esenciales necesidades de tutela del derecho a la inviolabilidad del domicilio. La ilicitud del registro impide valorar como prueba de cargo el acta donde se recoge el resultado del mismo y las declaraciones de los agentes que lo efectuaron, así como las declaraciones de los demás testigos que hubieran asistido al registro (STC 94/1999, f.j.8). Sin embargo, “ello no significa que lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio haya de tenerse por inexistente en la realidad, ni tampoco que lo hallado no pueda ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba (STC 161/1999, fundamento jurídico 2.º). En particular, la declaración del acusado, en la medida en que ni es en sí misma

El problema práctico es que, según dicha sentencia, el nexo entre la prueba originaria y la derivada no es, en sí mismo, un hecho, sino un juicio de experiencia⁸⁹³ acerca del grado de conexión determinante de la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde realizar, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios, limitándose el control constitucional a la comprobación de su razonabilidad⁸⁹⁴. Determinadas las pruebas obtenidas con vulneración de derechos

contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria o al derecho al proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, „es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria“ (STC 161/1999, fundamento jurídico 4.º) (STC 8/2000, f.j.3). La confesión voluntaria del inculpado, con todas las garantías, rompe, para el Tribunal Constitucional, la conexión antijurídica con la infracción inicial y puede utilizarse como prueba aunque exista conexión causal o natural con la prueba ilícita. Así, la STC 136/2000, reitera que “la independencia jurídica de esta prueba se sustenta, de un lado, en las propias garantías constitucionales que rodean su práctica – derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a la asistencia letrada – y constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima; de otro lado, en que el respeto de dichas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las declaraciones, de forma que la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan, permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, la conexión causal con el acto ilícito y, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental” (f.j.8). Excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita que se acaba importando al campo de las intervenciones telefónicas. Así, la STC 167/2002, de 18 de septiembre (f.j.8), reconoce la inexistencia de conexión de antijuricidad entre una intervención telefónica ilícita y las declaraciones prestadas con las debidas garantías por los demandantes de amparo ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción. Este planteamiento ha llevado a GOYENA HUERTA: “Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, cit., págs. 5-6, a hablar de la “eficacia sanadora” de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. La distinción entre en plano fáctico y jurídico del resultado de la lesión evidencia las contradicciones internas de la teoría de la conexión de antijuricidad, según DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 127-132. Sobre esta materia puede verse Jaime VEGAS TORRES: “Prueba ilícita en particular (II): La ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. IX: La prueba en el proceso penal II, 1996, CGPJ, Madrid, en particular, págs. 365-366.

⁸⁹³ El juicio de experiencia parte, desde una perspectiva interna, de la índole y características de la vulneración, así como de su resultado, y consiste en determinar si el conocimiento derivado hubiese podido adquirirse por medios distintos y autónomos de los que han causado la vulneración del derecho fundamental. Asimismo, desde una perspectiva externa, la indagación y constatación de la conexión de antijuricidad debe venir ligada a un aspecto complementario, que no es otro que el referido a las circunstancias concretas en las que ha tenido lugar la obtención de la prueba derivada, como son la índole del derecho fundamental vulnerado, la entidad de esa vulneración y la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave en el ánimo de aquellos que han infringido el derecho fundamental sustantivo, entre otros factores a tener en cuenta (STC 81/1998, f.j.4; 94/1999, f.j.6; 239/1999, f.j.8). Una vez más, en contra del criterio del Tribunal Constitucional, DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., pág. 124.

⁸⁹⁴ De este modo, afirman DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 127-132, y en “La teoría de la conexión de antijuricidad”, cit., pág. 47, la teoría de la conexión de la antijuricidad restringe dramáticamente la jurisdicción de Tribunal Constitucional, sobre todo, en lo relativo a la presunción de inocencia. Así pues, según la citada STC 81/1998, el juicio de experiencia corresponde, en principio, a los jueces y tribunales (f.j.5). Sin embargo, como ya advirtiera el Magistrado don Julio González Campos en su voto particular a la STC 49/1999, la expresión “en principio” no significa que, en todo caso, les corresponda ni que, una vez establecido en canon para dicho juicio de experiencia, termine la jurisdicción constitucional. En efecto, en determinadas ocasiones, cuando ha habido un pronunciamiento previo por los tribunales

fundamentales y sus derivadas, igualmente corresponde a los jueces y tribunales ordinarios apreciar si existen otras pruebas de cargo válidamente practicadas (STC 171/1999, de 27 de septiembre, f.j.15).

Así, el Tribunal Constitucional ha mantenido la desconexión de antijuridicidad, por gozar de independencia jurídica, según resume la sentencia 128/2011, de 18 de julio (f.j.2), con cita de la STC 66/2009, de 9 de marzo, a cuyo fundamento jurídico 4º se remite, en supuestos de declaración autoincriminatoria, no solo de acusado en el juicio oral (SSTC 136/2006, de 8 de mayo, f.j.6-7 y 49/2007, de 12 de marzo), sino incluso del imputado en fase de instrucción (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, f.j.8 y 184/2003, de 24 de octubre, f.j.2), y entre la declaración del imputado y la entrada y registro (STC 136/2000, de 29 de mayo, f.j.8), “en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones, que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas” y porque “la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental” (SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, f.j.4; 8/2000, de 17 de enero, f.j.3 y 136/2000, de 29 de mayo, f.j.8).

E, igualmente, ha mantenido el Tribunal Constitucional la independencia y validez de la diligencia de entrada y registro, y de las pruebas obtenidas en ella, respecto de las intervenciones telefónicas ilícitas si la misma se pudiese haber obtenido de un modo lícito por el órgano judicial, de haberse conocido por éste la circunstancia de la lesividad de un derecho fundamental (STC 22/2003, de 10 de febrero, f.j.10-11) o “examinando la valoración individualizada de las pruebas efectuada por el Tribunal penal” para condenar (STC 87/2001, de 2 de abril, f.j.4).

Con todo, como advierte URBANO CASTRILLO, no resulta nada fácil aplicar esta teoría, que llega a calificar de “abstrusa”, preconizando su sustitución por “criterios que hagan, racionalmente adecuados al caso concreto, tomar en consideración, y en qué

ordinarios sobre la conexión existente entre pruebas ilícitas y pruebas derivadas (así, STC 81/1998, de 2 de abril, f.j.5; 161/1999, de 27 de septiembre, f.j.4; 238/1999, de 20 de diciembre, f.j.3; 66/2009, de 9 de marzo, f.j.5) o cuando la claridad meridiana de los datos aportados al proceso y, en especial, los que se desprenden de la simple lectura de las resoluciones recurridas (STC 171/1999, de 27 de septiembre, f.j.16; 138/2001, de 18 de junio, f.j.8) o de los folios de las actuaciones (STC 50/2000, de 28 de febrero, f.j.5) deriva una “expresa, inequívoca y contundente” valoración individualizada de las pruebas restantes (STC 8/2000, de 17 de enero, f.j.10; 136/2000, de 29 de mayo, f.j.8; 299/2000, de 11 de diciembre, f.j.10), el Tribunal Constitucional, sin necesidad de retrotraer las actuaciones, ha entrado a considerar la existencia o no de conexión de antijuridicidad y la suficiencia de las pruebas de cargo restantes para enervar la presunción de inocencia, estimando vulnerado el mismo cuando resulta acreditado que la condena no viene fundada en ninguna prueba constitucionalmente lícita (STC 253/2006, de 11 de octubre, f.j.7). Por el contrario, cuando los tribunales ordinarios no han declarado la inexistencia de conexión de antijuridicidad (SSTC 259/2005, de 24 de octubre, f.j.5 y 197/2009, de 28 de septiembre, f.j.10) o cuando han efectuado una valoración conjunta de toda la prueba (STC 49/1999, de 5 de abril, f.j.14; 139/1999, de 22 de julio, f.j.5; 149/2001, de 27 de junio, f.j.7; 202/2001, de 15 de octubre, f.j.8; 184/2003, de 24 de octubre, f.j.14) o no han expresado las razones para negar la conexión causal entre la prueba ilícita y la derivada (STC 28/2002, de 11 de febrero, f.j.5) o las pruebas afectadas de nulidad no eran las únicas valoradas (STC 16/2009, de 26 de enero, f.j.8), el Tribunal Constitucional se ha limitado a declarar la vulneración del derecho sustantivo, anular las sentencias contradictorias y retrotraer las actuaciones para que sean los órganos judiciales ordinarios quienes resuelvan acerca de la existencia o no de conexión de antijuridicidad entre las pruebas realizadas y las restantes y sobre la suficiencia de éstas últimas para sustentar la condena.

grado, la ilicitud producida (relevancia de la ilicitud, número de pruebas existentes, entidad de los hechos delictivos...)”.⁸⁹⁵

4. 1. 4. La confesión del imputado como excepción a la “conexión de antijuridicidad”

Ciertamente, la vaguedad e imprecisión de la doctrina de la antijuridicidad ha permitido al Tribunal Constitucional ir introduciendo excepciones a la ineficacia de la prueba refleja hasta el punto de llegar a considerar válidas pruebas que derivan naturalmente de una prueba ilícita y en las que se han utilizado, cuando menos, datos o informaciones obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Nos estamos refiriendo al controvertido problema de la confesión autoincriminatoria del imputado tras la práctica de la prueba inconstitucionalmente obtenida.

Confesión que por haberse practicado con todas las garantías se estima jurídicamente independiente del inicial acto ilícito y, por tanto, susceptible de ser utilizada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, aunque, ciertamente, la jurisprudencia no sea pacífica sobre este particular.

Este es, sin duda, uno de los puntos más controvertidos de la doctrina de la conexión de antijuridicidad y que merece ser analizado con más detalle por cuanto, a priori, sería el supuesto que con más facilidad podría darse también en materia de investigaciones corporales en caso de haberse conseguido una prueba con vulneración de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, cuando el imputado haya confesado su crimen sobre la base del hallazgo de su ADN en la víctima o en el lugar de los hechos habiéndose extraído aquél de una muestra corporal obtenida con vulneración de su derecho a la intimidad o cuando haya reconocido su delito después de haber sido hallado el objeto del mismo oculto en su interior o en una de sus cavidades naturales tras un registro practicado con vulneración de su derecho a la integridad física.

Como hemos apuntado, el Tribunal Constitucional ha declarado la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de las declaraciones de los imputados con el argumento de que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, junto con el hecho de que tales declaraciones se presten con asistencia letrada, son garantías constitucionales frente a la autoincriminación que permiten sostener, su espontaneidad y voluntariedad. Circunstancias en que se apoya el Tribunal Constitucional para, ya desde su sentencia 161/1999, de 27 de septiembre, dar por rota jurídicamente, desde una perspectiva interna, cualquier conexión causal con el acto ilícito y, a su vez, como consecuencia de ello, considerar atenuada, hasta su desaparición, desde una perspectiva externa, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían la exclusión probatoria, afirmando que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental (así también en las sentencias 239/1999, de 20 de diciembre, f.j.9; 8/2000, de 17 de enero, f.j.10; 136/2000, de 29 de mayo, f.j.5; 184/2003, de 23 de octubre, f.j.2; 136/2006, de 8 de mayo, f.j.7; 49/2007, de 12 de marzo, f.j.2; 66/2009, de 9 de marzo, f.j.5).

⁸⁹⁵ Eduardo de URBANO CASTRILLO: “Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de prueba ilícita, y en particular, la conexión de antijuridicidad”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 58: Las reformas procesales, 2004, CGPJ, Escuela Judicial, Madrid, págs. 136. Así también, con TORRES MORATO en *La prueba ilícita penal*, cit., pág. 95.

Así pues, la independencia jurídica de la prueba de “confesión” se sustenta, por una parte, en las propias garantías constitucionales que rodean su práctica como medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima y, por otra parte, en que el respeto de dichas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las declaraciones prestadas⁸⁹⁶. Doctrina que se considera aplicable no solo a las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral, sino también a las realizadas ante el Juzgado de Instrucción, siempre que se hayan realizado con respeto de esas garantías que la Constitución y las leyes procesales establecen (así, por ejemplo, STC 8/2000, de 17 de enero, f.j.10).

Sin embargo, el punto de partida de esta argumentación no deja de ser, a nuestro entender, una falacia. Primero, porque difícilmente cabe sostener la espontaneidad y voluntariedad de la declaración de un imputado cuando está detenido como consecuencia de la investigación policial en la que se han hallado evidencias materiales de su actuar delictivo⁸⁹⁷; segundo, porque no cabe considerar “asistencia letrada” la realizada desconociendo la totalidad de lo actuado hasta ese momento o con un conocimiento mínimo de ello, sobre todo, en los casos de asistencia a imputados en sumarios declarados secretos⁸⁹⁸. En esos casos, no hay, en realidad, “asistencia letrada”, sino mera “presencia letrada”, puesto que el letrado presente no llega a tener la oportunidad real de aconsejar legalmente a su defendido. Es más, en la mayoría de ocasiones, en las declaraciones prestadas por los detenidos ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni siquiera se tiene la oportunidad de recomendar al detenido que no declare hasta que conozca exactamente el alcance de la investigación⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ Doctrina que, por cierto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Alony Kate c. España*, no consideró que hubiera infringido el derecho del interesado a un proceso equitativo en los términos del artículo 6.1 del Convenio (STEDH de 17 de enero de 2012, § 68-71).

⁸⁹⁷ Como tiene dicho el Tribunal Supremo: “...la declaración autoincriminatoria del acusado detenido únicamente podrá considerarse libre y sincera cuando haya transcurrido un lapso de tiempo entre la detención y la declaración ante el Juez reconociendo los hechos, tiempo suficiente para que haya desaparecido la presión psicológica propia de la permanencia en dependencias policiales, privado de libertad e imputado de graves delitos sin posibilidad de ser asesorado por el letrado designado en una entrevista privada entre ambos” (STS de 7 de marzo de 2011, núm. 132/2011, f.j.4).

⁸⁹⁸ En esos casos, como muy gráficamente describe la anteriormente citada STS de 7 de marzo de 2011, núm. 132/2011, la función de asesoramiento del letrado no es, de hecho, “más que una suerte de „dontancredismo” por ignorar el contenido de las actuaciones procesales” (f.j.5).

⁸⁹⁹ Como acertadamente señala GARCÍA MUÑOZ: “La actividad policial con incidencia probatoria”, cit., págs. 197-198, el abogado es un convidado de piedra en el interrogatorio policial, salvo en el de menores, puesto que ni puede examinar las diligencias practicadas hasta ese momento, ni entrevistarse reservadamente con su defendido antes de la declaración, pese a que ésta podría llegar a tener valor de prueba de cargo. Restricción a la plenitud de la asistencia letrada a la que, por cierto, ponía fin el Anteproyecto de LECrim de 2011 estableciendo el derecho del investigado a entrevistarse reservadamente con su abogado antes y después de cualquier declaración, *incluida la que preste en sede policial* (art. 33.1.d). Por su parte, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 establece, entre los derechos del detenido, su derecho a designar abogado y solicitar su presencia para que le asista *en la preparación y desarrollo de sus interrogatorios*, e intervenga en todo reconocimiento de que sea objeto a efectos de identificación, con la advertencia de que se procederá al nombramiento de un Abogado de oficio si no lo designare (art. 167.1.4º). Y es que, no en vano, como advierte Jordi NIEVA FENOLL: “La protección de los derechos fundamentales en las diligencias policiales de investigación del proceso penal”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2008, núm. 50, “al interrogatorio policial le faltan muchas garantías” y solamente debería poderse tomar declaración al sospechoso, previa sospecha fundamentada, concurriendo urgencia en la investigación que impidiese

Por ello, la validez de la confesión, como ha señalado también el propio Tribunal Constitucional – justo es decirlo, entre otras, en sentencia 7/2004, de 9 de febrero (f.j.8), con cita de la primigenia 86/1995, de 6 de junio (f.j.4) –, dependerá de las “condiciones externas y objetivas de su obtención”, debiendo tenerse en cuenta para determinar si se ha producido en condiciones de ser aceptada y de basar en ella la condena penal “los factores concurrentes en cada caso”.

Por eso, el Tribunal Supremo, acogiendo la doctrina expuesta, ha intentado matizarla exigiendo requisitos más precisos como condiciones para su aplicación, sobre todo, después de las sentencias de 17 y 22 de enero de 2003, núm. 28/2003 y 58/2003, respectivamente⁹⁰⁰, que interpretaron – a nuestro entender, correctamente⁹⁰¹ – el ámbito de expansión de los efectos indirectos de la prueba ilícita en el sentido de incluir en ellos toda información adquirida a partir del descubrimiento de la obtenida por la prueba nula, de modo que la inclusión en el interrogatorio del imputado de preguntas basadas en dicha información conllevaría igualmente su nulidad por derivar de aquélla, considerando tales preguntas “capciosas” en el sentido de inductoras a error, sin que la declaración autoinculpatoria pudiese tener eficacia alguna ni siquiera en el supuesto de que hubiese sido prestada con pleno conocimiento “por quien deseara ser condenado”, pues, “la aplicación del *ius puniendi*, cuando concurre una causa objetiva de ilegitimidad constitucional que la excluye, no debe quedar librada a la facultad de optar de un imputado que, eventualmente, tuviera interés en suicidarse, procesalmente hablando” (f.j.4 de la STS núm. 28/2003 y f.j.3 de la STS núm. 58/2003)⁹⁰².

Así, partiendo de la consideración de que será necesario analizar en cada caso las condiciones concretas en las que se produjo la confesión inculpativa en orden a verificar que la misma fue consecuencia de la libre voluntad autodeterminada y no viciada, el Tribunal Supremo viene exigiendo como requisitos para la convalidación, como prueba apta, de las declaraciones prestadas por los imputados a consecuencia de informaciones obtenidas previamente con vulneración de derechos fundamentales, tal

conducir inmediatamente al mismo a presencia judicial para que declare. Declaración policial efectuada en presencia de letrado y que debería ser grabada – al igual, añade, que la estancia del detenido en dependencias policiales – a fin de poder llegar a valer, en su caso, como prueba de cargo.

⁹⁰⁰ En ambas sentencias – hoy consideradas una tesis minoritaria – fue Ponente el magistrado don Perfecto Andrés Ibáñez, quien ya había avanzado su posición en su voto particular a la sentencia de 3 de junio de 2002, núm. 998/2002.

⁹⁰¹ Esta es, ciertamente, la interpretación correcta de la eficacia refleja de la prueba ilícita, pues, salvo excepciones, en la mayoría de los casos, en los interrogatorios se utiliza la información obtenida mediante la prueba ilícita, por lo que entre una y otra no solo existe una relación causal-natural, sino incluso jurídica-formal, pues es evidente que una (la confesión) deriva de la otra (la ilícita). Que no gusten las consecuencias jurídicas que ello pueda comportar no justifica ejercicios interpretativos en perjuicio del reo por parte del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo haciendo decir a la norma lo que no dice, convirtiéndose en cuasi-legisladores, sino que, en su caso, deberían preconizar, insistiendo cuantas veces fuese necesario en ello, la correspondiente reforma legislativa que termine – si es eso lo que se pretende – con los efectos reflejos de las pruebas ilícitamente obtenidas.

⁹⁰² Tampoco apreció desconexión entre la prueba ilícitamente obtenida y la declaración autoinculpativa del acusado la STS de 24 de febrero de 2003, núm. 160/2003, al estimar esta última indirectamente dependiente de la violación de un derecho fundamental, máxime desde el momento que no se advirtió al acusado de la invalidez de la prueba que supuestamente obraba contra él (f.j.1).

como concluye la sentencia de 24 de mayo de 2010, núm. 529/2010, tras colacionar diversos precedentes jurisprudenciales análogos al supuesto enjuiciado, los siguientes:

“a) Que dicha declaración de contenido confesante deberá prestarse, o en el caso de ser sumarial ratificarse, en el acto del Juicio oral, debidamente asistido el declarante de Letrado y siendo conocedor de la trascendencia convalidante que el contenido de sus dichos tenga respecto de pruebas que, en su día, pudieran ser tenidas como nulas por vulneración de alguno de sus derechos fundamentales.

b) Que no se produzca retractación en el Juicio respecto de la confesión prestada en la fase sumarial que, en todo caso, deberá haberse realizado con los requisitos de asistencia letrada, pleno conocimiento de las circunstancias y consecuencias, etc. a las que se acaba de aludir en el apartado anterior.

c) Que se trate de una confesión completa, es decir, con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados o, cuando menos, con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter fragmentario, tan solo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios para el confesante e ignorando lo que le fuere favorable.” (f.j.3)

Así pues, la confesión del acusado reconociendo los hechos que se le imputan únicamente puede valer como prueba de cargo cuando el mismo haya sido debidamente asesorado respecto a la posible nulidad de las pruebas obtenidas ilícitamente y las consecuencias procesales de tal declaración de nulidad⁹⁰³. Sólo cuando el acusado haya efectuado su confesión voluntaria y libremente con plena conciencia de la ilegitimidad de la fuente original de la prueba alcanzaría plena validez probatoria su manifestación autoincriminatoria⁹⁰⁴.

⁹⁰³ Como dice Marta LOZANO EIROA: “Prueba prohibida y confesión: la excepción de la «conexión de antijuridicidad»”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 28, 2012, ha de tratarse de una confesión “informada”.

⁹⁰⁴ Así, entre otras, SSTS (Pleno) de 15 de febrero de 2011, núm. 2/2011 (f.j.6); 18 de febrero de 2011, núm. 91/2011 (f.j.4) y 7 de marzo de 2011, núm. 132/2011 (f.j.4). Recientemente, el auto del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 2012, núm. 1415/2012, ha recordado, una vez más, los requisitos esenciales que según la doctrina jurisprudencial ha de reunir el reconocimiento de los hechos por parte del imputado como excepción a la conexión de antijuridicidad: “a) La eficacia de la prueba ilícita merced a la desconexión de antijuridicidad tiene carácter excepcional, según tiene afirmado reiterada jurisprudencial de Tribunal Constitucional; b) La declaración debe practicarse ante el juez previa información al inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan; c) El imputado ha de estar debidamente asistido de letrado; d) Cuando se presta la declaración en que se admiten los hechos no debe estar acordado el secreto de las actuaciones, ya que ello limitaría notablemente el derecho de defensa; e) Debe tratarse de una declaración voluntaria y espontánea, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad; f) No han de ser declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho punible que ha sido descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita. Ha de concurrir por tanto cierto distanciamiento en el tiempo entre la fecha de la acción delictiva (y, en su caso, la detención) y la admisión por el imputado de la ejecución del hecho delictivo, como forma de garantizar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración” (f.j.1). Requisitos ya establecidos en la STS de 21 de marzo de 2011, núm. 245/2011 (f.j.2) y reiterados, entre otras, en sentencias de 6 de abril de 2011, núm. 316/2011 (f.j.2); 7 de abril de 2011, núm. 297/2011 (f.j.2); 25 de mayo de 2011, núm. 460/2011 (f.j.8); 15 de julio de 2011, núm. 808/2011 (f.j.4); 18 de octubre de 2011, núm. 1113/2011 (f.j.3); 16 de diciembre de 2011, núm. 1432/2011 (f.j.6).

En definitiva, la desvinculación de la confesión respecto de la prueba ilícitamente obtenida ha de ser categórica e incuestionable, realizándose por el interesado con plena conciencia de los efectos de su declaración. Sólo así puede darse por rota la conexión de antijuridicidad⁹⁰⁵.

Ello ocurrirá básicamente en la declaración que se efectúe en el juicio oral, puesto que en la efectuada ante el Juez de Instrucción difícilmente se habrán planteado aún cuestiones de nulidad respecto de las diligencias de investigación efectuadas hasta ese momento y, desde luego, el propio juez instructor no va a advertir de oficio al imputado sobre las consecuencias de una posible declaración de nulidad de sus resoluciones que, obviamente, ni siquiera se plantea. En cualquier caso, de haberse planteado ya la posible nulidad de una diligencia de investigación por vulneración de un derecho o libertad fundamental, el Juez de Instrucción deberá instruir al imputado no solo de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, sino también de su situación procesal, advirtiéndole de las consecuencias que pudiera tener la declaración de nulidad de la diligencia cuestionada, a fin de que, con pleno conocimiento de causa, pueda decidir si declara o no en ese acto.

Con todo, será en el plenario donde se planteará en mayor medida tal situación y donde deberá ser advertido el acusado por el tribunal de tales circunstancias antes de que declare, a fin de que, en caso de acordar la sentencia que en su momento se dicte la ilicitud de alguna prueba, pueda valorarse la confesión autoincriminatoria como prueba de cargo jurídicamente independiente de la declarada ilícita.

4. 2. Por falta de presupuestos o requisitos en su ordenación o ejecución

La falta de presupuestos o requisitos supone asimismo, en la mayoría de ocasiones, la inadmisibilidad de las investigaciones corporales por vulneración de los derechos fundamentales afectados.

Así ocurre con el principio de legalidad. La previsión legal constituye un requisito de constitucionalidad de las injerencias corporales y, por tanto, la ausencia de norma determina su inadmisibilidad desde la perspectiva constitucional⁹⁰⁶. En efecto,

⁹⁰⁵ Un ejemplo práctico de la aplicación de esta doctrina nos lo ofrece el reciente ATS de 30 de abril de 2013, núm. 1037/2013, cuyo fundamento jurídico 3 C) configura la confesión del acusado como prueba autónoma e independiente, sin conexión de antijuridicidad, con las escuchas telefónicas declaradas nulas: “El acusado admitió expresamente en su declaración en plenario que llevaba una maleta con droga, sabiendo que se trataba de cocaína, y con pleno conocimiento entonces de que todas las defensas, incluyendo la suya, habían instado la nulidad de las escuchas telefónicas, por lo que esa confesión o reconocimiento estaba desconectado de aquella otra prueba que finalmente se expulsa del acervo probatorio. Se da la circunstancia, apuntada en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, de que este acusado en el juicio oral únicamente contestó a las preguntas de su defensa y reconoció expresamente que cuando fue detenido traía droga de Bogotá. Por tanto, esta confesión libre y voluntaria, previa información de sus derechos, estando asistido de letrado y conociendo que se había solicitado la nulidad de las intervenciones telefónicas, es prueba apta y suficiente para la condena, en cuanto aparece desvinculada de la prueba ilícita”

⁹⁰⁶ Así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 303. FORCADA JORDI: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, cit.,

según reiterada jurisprudencia, todo acto limitativo de derechos fundamentales ha de tener cobertura legal; en consecuencia, si carece de ella se vulneran tales derechos y la prueba obtenida resulta ilícita⁹⁰⁷.

A igual conclusión cabe llegar respecto al principio de justificación teleológica. La resolución judicial que, en su caso, acuerde una medida de investigación corporal debe indicar la finalidad perseguida con la adopción de la misma, expresando de este modo el juicio de ponderación entre los derechos fundamentales afectados y los fines constitucionales que legitiman su limitación. La actuación del *ius puniendi*, el interés público en la investigación de los delitos, la búsqueda de la verdad, en definitiva, son fines legítimos que pueden justificar la medida siempre que se hayan previsto por la ley reguladora de las mismas y se expliciten en el caso concreto mediante el correspondiente juicio de ponderación. La resolución judicial ha de expresar la utilidad de la medida a los fines perseguidos en el caso concreto. Así pues, la falta de expresión de los fines constitucionalmente legítimos que justifiquen la investigación corporal acordada vulnerará los derechos fundamentales afectados por ella.

La ausencia de resolución judicial, salvo en las excepciones admitidas, determinará igualmente la vulneración de los derechos fundamentales afectados y, en consecuencia, la ineficacia de las pruebas obtenidas⁹⁰⁸. E iguales efectos tendrá la resolución judicial carente de motivación o insuficientemente motivada⁹⁰⁹. La total falta de motivación, pero también la motivación insuficiente de la resolución que acuerde una medida de investigación corporal, determinará la lesión de los derechos constitucionales afectados por la medida y, por tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse de ella⁹¹⁰.

págs. 992-993. Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 133, la única solución admisible consiste en la imposibilidad de aplicar en el proceso penal las diligencias de intervención corporal. Igual conclusión predicaba dicho autor en su obra *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pág. 296, respecto a las investigaciones genéticas.

⁹⁰⁷ FORCADA JORDI: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, cit., págs. 992-993. BAYARRI GARCÍA: “La prueba ilícita y sus efectos”, cit., pág. 454, respecto a la prueba de alcoholemia efectuada coactivamente mediante etilómetros. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 134 y 542.

⁹⁰⁸ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 547. De igual modo, afirmaba en *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pág. 297, la ausencia de intervención judicial en la aplicación procesal de los análisis de ADN ha de traducirse en su inadmisibilidad. Conclusión que establece, por ejemplo, la STC 86/1995, de 6 de junio, respecto a una intervención telefónica acordada sin autorización judicial (f.j.3).

⁹⁰⁹ Advierte ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 549, la dificultad de dar una respuesta genérica para los supuestos en que la motivación adolece de ciertos vicios. Señala dos criterios para determinar la insuficiencia de la motivación, a saber, que carezca de las indicaciones precisas para la ponderación de los derechos e intereses afectados y confrontados y, por otra parte, que impida o dificulte al afectado conocer las razones y circunstancias de la adopción de la medida limitando sus posibilidades de defensa. Respecto a los análisis genéticos, vid. del mismo autor, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, cit., pág. 297.

⁹¹⁰ Así, por ejemplo, SSTC 126/1995, de 25 de julio, respecto a una entrada y registro acordada por auto totalmente falto de motivación; 85/1994, de 14 de marzo, relativa a una intervención telefónica acordada

Las injerencias que no respeten el principio de proporcionalidad comportarán también la vulneración de los derechos fundamentales afectados y, una vez más, resultarán inadmisibles⁹¹¹. Esta conclusión no admite duda en lo que respecta al subprincipio de idoneidad puesto que si la medida acordada no resulta adecuada cualitativa, cuantitativa y subjetivamente, resultará desproporcionada y vulnerará los derechos de las personas afectadas en quienes no concurren sospechas fundadas que justifiquen tal medida. En cambio, los otros dos subprincipios, como advierte ETXEBERRIA GURIDI, admiten ciertas matizaciones que resultan de la heterogeneidad característica de las intervenciones corporales, pero también de las circunstancias subjetivas de la persona sometida a la medida⁹¹². En cualquier caso, acreditada la quiebra del principio de proporcionalidad, la consecuencia será la misma.

Los presupuestos y requisitos expuestos son exigibles para cualquier acto limitativo de derechos fundamentales, pudiendo ser englobados en el principio de proporcionalidad entendido en sentido amplio. En cambio, los requisitos específicos de las investigaciones corporales suponen únicamente exigencias (legales, cuando así se establezcan) que definen cómo ha de llevarse a la práctica la medida, sin que su infracción lesione, en todo caso, el contenido constitucional del derecho fundamental.

Como requisito específico de las investigaciones corporales se exige que sean practicadas por personal médico o sanitario. Dicha exigencia tiene como finalidad prioritaria preservar la salud de la persona afectada, pero también su dignidad e intimidad corporal atendida la zona afectada por la medida. Por ello, la no participación de personal médico o sanitario en la ejecución de la medida vulnerará los derechos fundamentales afectados⁹¹³. En cambio, la solución no será tan tajante en aquellos casos en que no ha intervenido el médico especializado exigido para las intervenciones graves sino simplemente un médico, o un sanitario en lugar de médico. Entendemos que estos supuestos, siempre que no se haya producido lesión o menoscabo de la integridad física o salud del afectado, constituirían irregularidades procedimentales que no trascenderían al plano de la constitucionalidad⁹¹⁴. Evidentemente, si la intervención del

por simple providencia ayuna de motivación; 181/1995, de 11 de diciembre, por falta de motivación de la resolución (providencia) que acordaba la prórroga de la intervención telefónica.

⁹¹¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 333.

⁹¹² ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., págs. 564-565. Atendido el criterio de proporcionalidad establece, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia alemanas, una clasificación de las diligencias de intervención corporal que resultan admisibles (extracciones sanguíneas; electroencefalograma; electrocardiograma; radiografías, resonancias magnéticas, etc.; extracción del contenido estomacal) e inadmisibles (arteriografía; neumoencefalograma; narcoanálisis; test falométrico; extracción de orina; extracción de líquido cefalorraquídeo; reconocimientos, modificación del corte de la barba y del pelo; desnudez y práctica de genuflexiones).

⁹¹³ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 551.

⁹¹⁴ Se plantea así la distinción entre la ilicitud constitucional de la diligencia, al no ampararse su ordenación y ejecución en los presupuestos y requisitos constitucionalmente habilitantes para su práctica, y su irregularidad, al no cumplir las normas impuestas para su ejecución, valorables a nivel de legalidad ordinaria. Estaríamos ante pruebas irregulares o defectuosas, entendiendo por tales aquellas en cuya

médico no especializado o del sanitario ha producido lesión o menoscabo de los derechos, el resultado de la diligencia será inadmisibile, sin perjuicio de la responsabilidad en que se haya podido incurrir. Solución discutible sobre todo cuando la intervención del médico tenga como finalidad primordial respetar la intimidad entendida como pudor o recato corporal⁹¹⁵.

En definitiva, como advierte ETXEBERRIA GURIDI, una referencia genérica al médico como persona habilitada para practicar la medida puede ocasionar dificultades si no se discriminan las diligencias a practicar atendiendo a criterios de especialización, peligrosidad, etc.⁹¹⁶

obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba. Así, MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., pág. 47, aunque para este autor la prueba irregular o defectuosa no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de esta última.

Para PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 304-305, las pruebas ilegales o irregulares deben ser, en principio, admitidas y valoradas siempre que se posibilite el derecho de defensa y contradicción al litigante perjudicado por ellas, dada la configuración constitucional del derecho a la prueba como fundamental (art. 24.2 CE), así como el interés estatal en ofrecer una tutela judicial efectiva, y la previsión de la prueba obtenida infringiendo derechos fundamentales como única limitación expresa de ineficacia contemplada en nuestro ordenamiento jurídico (art. 11.1 LOPJ), sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o disciplinarias en que haya incurrido quien haya cometido la irregularidad. Con todo, en último término, la cuestión deberá resolverse ponderando los intereses en conflicto, según las circunstancias del caso concreto, aplicando la doctrina de la proporcionalidad (págs. 291 y 307). En este sentido, vid. también GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 340. En cambio, para MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 72-73, la infracción de una norma procesal conllevará la prohibición de valoración de la prueba cuando pueda afirmarse que la razón de ser de la misma era cumplir una función de garantía para el imputado, resultando aplicable directamente el art. 11.1 LOPJ. De este modo, propugna el mismo tratamiento y efectos de las pruebas inconstitucionales para los supuestos de incumplimiento de las normas procesales que regulan la obtención y/o práctica de las pruebas, en cuanto cumplen, como regla general, una función de garantía para el inculgado. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial reconduce los supuestos de pruebas irregulares o defectuosas al ámbito de aplicación del art. 238.3 LOPJ, de modo que la nulidad de la prueba irregular queda condicionada a la efectiva producción de indefensión. Así, FERNÁNDEZ ENTRALGO: “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegalmente obtenida”, cit., pág. 124. Distinción relevante toda vez que la aplicación de uno u otro precepto comporta consecuencias jurídico-procesales distintas respecto a la validez de las pruebas derivadas o reflejas. Para DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., págs. 140-142, el artículo 11.1 LOPJ tiene en común con el artículo 238 LOPJ (art. 225 LEC 2000) la privación de eficacia procesal del acto que les contraviene, pero, a diferencia de éste, despliega su ineficacia a los supuestos de prueba refleja, impide toda utilización de lo obtenido – siquiera como *notitia criminis* – y, finalmente, extiende la competencia funcional del órgano jurisdiccional que, como cuestión incidental, podrá determinar si hubo lesión del derecho fundamental sin necesidad de acudir a un proceso distinto.

⁹¹⁵ Para ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 558, la presencia y participación del médico en estos casos no puede ser considerada una mera exigencia procedimental al estar vinculada a las garantías y requisitos exigibles para justificar constitucionalmente la injerencia en el derecho a la intimidad corporal.

⁹¹⁶ ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, cit., pág. 559. Para este autor una remisión a los profesionales que en el ámbito médico-sanitario resultan competentes para practicar análogas diligencias a las que se pretenden llevar a cabo en el ámbito del proceso sería suficiente y adecuada.

Con todo, debe tenerse en cuenta que la falta de regulación de las distintas medidas de investigación corporal impide, obviamente, que en la práctica se planteen supuestos de pruebas irregulares o defectuosas por inobservancia del procedimiento legalmente establecido.

4.3. *Tratamiento procesal de la ilicitud probatoria en el proceso penal*

Para terminar procede analizar, aunque sea someramente, los mecanismos existentes en nuestro ordenamiento jurídico para denunciar la ilicitud de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y evitar, si es posible, su incorporación al proceso, a fin de que no tengan eficacia alguna en el mismo, ni siquiera influencia psicológica en el tribunal⁹¹⁷.

Dada la naturaleza jurídica de las injerencias corporales como diligencias de investigación, será en la fase de instrucción⁹¹⁸ donde acaecerán, en mayor medida, las hipótesis de ilicitud – ya sea en el momento de acordar la diligencia o admitirla, ya sea en el momento de ejecutarla – que deberán ser apreciadas de oficio por el juez instructor⁹¹⁹ o denunciadas por las partes mediante los correspondientes recursos (art.

⁹¹⁷ Sobre el tratamiento procesal de la ilicitud probatoria con carácter general y las diversas soluciones adoptadas en distintos ordenamientos, vid. ARMENTA DEU: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, cit., págs. 133-148.

⁹¹⁸ A favor del control de la licitud durante la fase sumarial, MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, págs. 126-129, aunque, en principio, como advierte, el momento procesal idóneo es el de la fase de juicio oral, una vez que las partes hayan presentado sus escritos de calificación provisional y propuesto las pruebas de que intenten valerse en el juicio oral. De igual modo, José M.ª PAZ RUBIO: “La prueba en el proceso penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La prueba en el proceso penal, 1992, CGPJ, Madrid, págs. 230-232, afirma que la fase de juicio oral es el momento procesal idóneo y legalmente previsto para que el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento de la causa se pronuncie expresamente acerca de la pertinencia de las pruebas y sobre su licitud. En consecuencia, como regla general, no corresponde al juez de instrucción resolver en la fase sumarial la cuestión relativa a la licitud de los medios de investigación puesto que excede de su competencia y dichos medios aún no han adquirido la categoría de prueba ni han sido valorados como tales. Sin embargo, añade, dado que las garantías constitucionales del proceso también se extienden a la fase de instrucción, “es indudable que el juez de Instrucción puede, en algunos supuestos, pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de determinados medios de investigación sumarial – no de pruebas – y rechazar la práctica de los mismos o decretar de oficio o a instancia de parte su nulidad, caso de que ya hayan sido practicados, si constata que las diligencias sumariales se pretenden obtener o han sido obtenidas de forma manifiestamente ilegal”. En este sentido también, GÓMEZ COLOMER: “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”, cit., pág. 157, siempre que quede garantizado perfectamente el principio de contradicción.

⁹¹⁹ Salvo alguna opinión discrepante como la de Antonio GIMÉNEZ PERICAS: “Sobre la prueba ilícitamente obtenida”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La prueba en el proceso penal, 1992, CGPJ, Madrid, págs. 287-288, la doctrina admite de forma mayoritaria la apreciación de oficio de la ilicitud de la prueba, sin que sea necesaria en todo caso la denuncia de la ilicitud por alguna de las partes y, asimismo, rechaza cualquier especie de convalidación tácita o implícita de la prueba ilícitamente obtenida como consecuencia de la actitud pasiva de la parte hipotéticamente perjudicada por la misma. Así, ASENSIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, cit., pág. 85; PAZ RUBIO: “La prueba en el proceso penal”, cit., pág. 230; PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 321-333; MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 123-125; PÉREZ MARÍN: “En torno a la prueba ilícita”, cit., págs. 256-257; IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 143; ECHARRI CASI: “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, cit., pág. 293.

240.1 LOPJ) – contra la resolución que autorice la medida o contra la resolución que acuerde su unión a los autos si durante la ejecución de la medida se ha producido la infracción⁹²⁰ – que pongan de manifiesto la ilicitud de la medida y la consiguiente vulneración del artículo 11.1 LOPJ o, en su caso, instando la nulidad de actuaciones por la vía del artículo 240.2 LOPJ⁹²¹.

El mejor momento para hacerlo es, desde un punto de vista práctico, durante la instrucción de la causa (aunque técnicamente sea más propio el de la fase de juicio oral, una vez propuestas por las partes las pruebas de que intentarán valerse en el juicio), puesto que evitará que el proceso siga construyéndose sobre la base de tales diligencias o mediante la utilización de los datos obtenidos de ellas – circunstancia que puede acabar más tarde, como hemos expuesto, con toda una cadena de pruebas nulas – y, además, que tales “pruebas” tengan alguna clase de influencia psicológica en el tribunal⁹²².

El problema, sin embargo, como también hemos apuntado, estriba en que difícilmente el mismo juez que ha dispuesto la medida de investigación va acordar la nulidad de la misma, salvo que la vulneración del derecho fundamental se haya producido de forma evidente durante la ejecución de la medida. Ello, sin olvidar, que no siempre es fácil, como pone de relieve el estudio de las muchas sentencias dictadas en esta materia constatando diferentes criterios entre unos y otros tribunales y hasta entre miembros de un mismo tribunal, valorar tales infracciones. Piénsese, por ejemplo, en la dificultad de valorar los indicios existentes en la causa como auténticas “sospechas fundadas” que permiten acordar una medida de investigación restrictiva de derechos fundamentales como es una intervención telefónica.

⁹²⁰ Así, PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 323-324, quien, en el ámbito del proceso civil, con anterioridad a la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, postulaba la interposición del genérico recurso de reposición contra la providencia que admitiere una prueba ilícita, debiendo citar como infringidos los artículos 11.1 LOPJ y 14 y 24 CE. Con todo, advertía de la escasa utilidad de dicho recurso dado que se traduce en un simple intercambio de escritos sin posibilidad de practicar prueba alguna. Su utilidad estribaría en que podría dar origen a la actuación de oficio del órgano jurisdiccional iniciando el “mini incidente” de nulidad de actuaciones previsto en el art. 240.2 LOPJ.

⁹²¹ MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 124-125; PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 325-327, en el ámbito del proceso civil. Según el art. 240.1 LOPJ, “la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales”. El apartado 2, redactado también conforme a la LO 19/2003, de 23 de diciembre, dispone: “Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.”

⁹²² Precisamente, a contrario sensu, ECHARRI CASI: “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, cit., pág. 294, señala estos dos efectos problemáticos si se difiere la declaración de la ilicitud a la sentencia final.

Finalizada la fase instructora, en el procedimiento ordinario⁹²³, el incidente de nulidad de actuaciones aparece como el único mecanismo viable para las partes para denunciar la ilicitud dado que no cabe recurso contra la parte del auto que admite las pruebas o manda practicar la prueba solicitada con carácter anticipado (art. 659.3 LECrim).

Llegado el juicio oral, será en la sentencia definitiva donde se resuelva la ilicitud de la prueba, puesto que no existe, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento abreviado, un trámite preliminar que permita plantear tal cuestión, habiendo rechazado la jurisprudencia la aplicación analógica de la previsión contenida en el hoy artículo 786.2 LECrim (así, SSTS de 24 de octubre de 1994, núm. 1887/1994, f.j.3, y 14 de junio de 1995, núm. 768/1995, f.j.2).

Ciertamente, el Tribunal Supremo parte de la consideración de que en el procedimiento ordinario no está prevista, al contrario que en el abreviado, una audiencia preliminar que pueda sanar y expulsar del procedimiento aquellas pruebas que hayan sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (STS de 7 de junio de 1997, núm. 808/1997, f.j.1), aunque se muestra, asimismo, partidario de su establecimiento por cuanto “resulta absurdo que una prueba obtenida de manera ilícita o con vulneración de derechos fundamentales permanezca inmune a toda posibilidad anulatoria produciendo efectos indeseables y perjudiciales como el de obligar al acusado a concurrir a la apertura del juicio”.

En el procedimiento abreviado, tampoco se prevé expresamente recurso alguno contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas, sin perjuicio de que la parte a la que fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de la sesiones del juicio oral (art. 785.1 LECrim)⁹²⁴. Así, en el marco de este procedimiento, la audiencia prevista en el artículo 786.2 LECrim – anteriormente, artículo 793.2 – constituye el momento procesal idóneo para plantear la vulneración de derechos fundamentales producida durante la fase de instrucción (así, ATS de 18 de junio de 1992, f.j.4)⁹²⁵, lo que no significa que necesariamente haya de resolverse la infracción en ese momento, pudiendo aplazarse tal decisión al momento de dictarse la sentencia, siempre que existan para ello razones objetivas suficientes (SSTS de 7 de abril de 1995, núm. 545/1995, f.j.3, y 4 de febrero de 1997, núm. 160/1997, f.j.1).

⁹²³ PLANCHAT TERUEL: “Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento”, cit., págs. 108-109, sostiene, a falta de un momento concreto, la posibilidad de plantear la ilicitud de la prueba en el recurso que se interponga contra el auto de procesamiento sobre la base de que uno o varios de los indicios racionales de criminalidad que sostienen tal decisión se encuentre “contaminado” por quebranto de derechos fundamentales. Igualmente, afirma que no hay obstáculo alguno para que pueda plantearse el problema de la ilicitud en el trámite del artículo 627 LECrim, esto es, en el trámite de conclusión del sumario.

⁹²⁴ Con anterioridad, el artículo 792.1 LECrim, se refería únicamente a las resoluciones denegatorias de prueba, por lo que algún autor defendía la posibilidad de recurrir, al amparo del entonces artículo 787.1 LECrim, los pronunciamientos sobre admisión de pruebas.

⁹²⁵ Señala GONZÁLEZ MONTES: “Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita”, cit., pág. 78, que dicho precepto, aunque no regula expresamente su desarrollo, permite la incidentalidad necesaria para alegar la lesión de un derecho fundamental. Con anterioridad a dicho momento, PLANCHAT TERUEL: “Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento”, cit., pág. 109, sostiene la posibilidad de plantear la existencia de prueba ilícita en los recursos contra el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (art. 779.1.4ª LECrim).

Con todo, advierte la STS de 15 de abril de 2000, núm. 640/2000, que cuando lo que se pretende es declarar sin efecto o la nulidad de determinadas pruebas que se han obtenido con violación de derechos fundamentales y ello consiste en una cuestión de mero hecho, es decir, atinente a la valoración de las pruebas en presencia, no cabe planteamiento previo de la cuestión – y mucho menos en el procedimiento ordinario, dado el elenco cerrado de los artículos de previo pronunciamiento que contiene el artículo 666 LECrim –, pues ello pugnaría con el principio de libre valoración de la prueba ex artículo 741 LECrim que exige el desarrollo de la misma ante el tribunal.

Cuestión distinta será, igual que en el procedimiento ordinario, si la ilicitud se produce durante la práctica de la prueba admitida. De nuevo el procedimiento incidental de nulidad de actuaciones parece ser el único mecanismo viable para denunciar la ilicitud acaecida durante la práctica de la prueba y antes de dictar sentencia⁹²⁶.

En definitiva, la ilicitud de las pruebas ha de poder ponerse de manifiesto en cualquier momento del proceso en que se aprecie⁹²⁷ y, a falta de un mecanismo específico para hacer efectivo lo previsto en el artículo 11.1 LOPJ, el procedimiento incidental previsto en el artículo 240.2 LOPJ constituye el medio más idóneo para dicha finalidad⁹²⁸.

Sin duda, cuanto antes se plantee este incidente, mejor, puesto que de lo que se trata es de evitar la incorporación de las pruebas ilícitas al proceso y su influencia psicológica en el juzgador a la hora de valorar las pruebas. Por eso, una vez finalizada la fase de instrucción, el planteamiento del incidente pierde virtualidad, pues, en definitiva, se resolverá por el mismo órgano llamado a juzgar posteriormente. Para evitar tal coyuntura, en esos casos, tras la declaración de ilicitud de la prueba, deberían sustituirse los miembros del tribunal que hayan resuelto el incidente. Cuestión esta que no parece demasiado probable ni siquiera en una futura reforma que aborde esta

⁹²⁶ Para PLANCHAT TERUEL: “Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento”, cit., pág. 110, cabría plantear la ilicitud de la prueba practicada en el trámite de conclusiones definitivas (no durante el informe) siempre que tal cuestión no hubiera podido ser deducida con anterioridad.

⁹²⁷ Así, MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 135-136; PÉREZ MARÍN: “En torno a la prueba ilícita”, cit., pág. 259.

⁹²⁸ PICÓ I JUNOY: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., págs. 329-330. En efecto, a través del procedimiento incidental previsto en el artículo 240.2 LOPJ puede plantearse la ineficacia de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales en cualquier momento del proceso desde que se aprecie la ilicitud, tanto por el juez como por las partes cuando no exista recurso legalmente previsto contra la resolución o no exista resolución judicial expresa contra la que interponer los recursos correspondientes. Sin embargo, para el Tribunal Supremo (sentencias de 6 de octubre de 1995, núm. 993/1995, f.j.8, y 7 de junio de 1997, núm. 808/1997, f.j.1), el artículo 240.2 LOPJ se refiere más bien a cuestiones de forma que a problemas de fondo. Por ello, *de lege ferenda*, debería regularse la posibilidad de impugnar la resolución judicial que admita un medio de prueba ilícitamente obtenido, además de establecer un trámite incidental, al modo de la LEC (artículo 287), que permita a las partes alegar, en cualquier momento, la violación de derechos fundamentales en la obtención de alguna prueba admitida. Para ARMENTA DEU: “Exclusionary rule: Convergencias y divergencias entre Europa y América”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 11, 2009, págs. 107-108, quien considera aplicable el contenido del artículo 287 LEC a todos los ordenamientos, informando asimismo a la LECrim (art. 4 LEC), la ilicitud se alegará tan pronto se tenga conocimiento de ella (al inicio del proceso o posteriormente) y será objeto de resolución previa audiencia de las demás partes en el acto del juicio.

cuestión, dada la frecuente posposición de tales cuestiones, en la práctica de nuestros tribunales, al momento de dictar sentencia.

Para finalizar cabe hacer unas breves consideraciones sobre el tratamiento procesal de la prueba ilícita en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado puesto que también en él podrían producirse supuestos de investigaciones corporales ilícitas, aunque visto su ámbito de aplicación (art. 1 LOTJ), únicamente parece posible tal hipótesis en un delito de homicidio. En este procedimiento, las partes podrán denunciar la ilicitud de las pruebas al tiempo de personarse – planteamiento de cuestiones previas⁹²⁹ – alegando la vulneración de algún derecho fundamental (art. 36.1 b LOTJ) o impugnando los medios de prueba propuestos por las demás partes (art. 36.1 e LOTJ)⁹³⁰.

Incidente previo sobre la ilicitud probatoria que IGLESIAS CANLE califica de muy positivo, dado que el planteamiento de las cuestiones previas tiene lugar antes de que se constituya el Tribunal del Jurado y antes, incluso, de que el Magistrado-Presidente se pronuncie sobre la admisión de las pruebas propuestas⁹³¹.

Igualmente, según MIRANDA ESTRAMPES, durante la fase de instrucción cualquiera de las partes debería poder denunciar la ilicitud de las pruebas en la comparecencia prevista en el artículo 25 LOTJ o en la audiencia preliminar regulada en los artículos 30 y 31 LOTJ⁹³², así como durante el juicio oral en el trámite de alegaciones que regula el artículo 45 LOTJ⁹³³.

Para terminar, simplemente debemos constatar que el Anteproyecto de la LECrim de 2011 acababa con el sistema de cuestiones previas y establecía un incidente específico durante la fase de preparación del juicio oral para la depuración de la prueba ilícita en el trámite de admisión de pruebas a desarrollar ante el órgano de enjuiciamiento una vez concluida la fase intermedia (art. 547). Así, el tribunal examinaría que las pruebas propuestas por las partes cumplieran los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes, declarando ilícita la prueba impugnada en el

⁹²⁹ Cuestiones previas que se tramitan conforme a lo dispuesto para los artículos de previo pronunciamiento (artículos 668 y siguientes de la LECrim), sin más prueba que la documental. Por ello, MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 139-141, propone la regulación de un incidente específico donde predomine la oralidad y con posibilidad de proponer y practicar cualquier tipo de pruebas.

⁹³⁰ Ambos cauces procesales son idóneos según MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 137-140, quien advierte, no obstante, que la elección entre una vía u otra tiene importantes consecuencias prácticas respecto su tramitación procedimental y régimen de recursos. Asimismo, se muestra partidario del control de oficio de la ilicitud probatoria por parte del Magistrado-Presidente.

⁹³¹ IGLESIAS CANLE: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, cit., pág. 146.

⁹³² Así también, PLANCHAT TERUEL: “Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento”, cit., pág. 111.

⁹³³ MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., págs. 141-148. Por último, contempla la disolución anticipada del jurado, prevista en el art. 49 LOTJ, como mecanismo de depuración de las pruebas ilícitas en aquellos casos que la única prueba inculpativa sea ilícita o todas las pruebas practicadas tuvieran su origen en una prueba obtenida ilícitamente.

auto de admisión de prueba, inadmitiendo su práctica en el plenario⁹³⁴. Auto contra el que no cabía recurso alguno, salvo el que procediera contra la sentencia, en el que se podría denunciar la indebida admisión o denegación del medio de prueba propuesto.

En cambio, la Propuesta de Código Penal de 2013 mantiene el trámite de cuestiones previas y no dispone ningún incidente específico para la depuración de la que denomina prueba prohibida, si bien establece, con carácter general, que “en cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado, las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba” (art. 13.4).

⁹³⁴ Si toda la prueba propuesta por las partes se declaraba ilícita, el tribunal dictaría auto de sobreseimiento. En cambio, cuando sólo se declarase parte de la prueba ilícita, oíría a las partes acusadoras para que manifestasen si con la prueba restante estaban en condiciones de sostener la pretensión acusatoria en el juicio oral, dictando auto de sobreseimiento cuando alegasen tal imposibilidad. Auto contra el cual las partes podrían interponer recurso de apelación.

IX. CONCLUSIONES

A modo de colofón, en este capítulo, sintetizamos las cuestiones expuestas a lo largo del presente trabajo, así como las principales conclusiones que pueden extraerse de los capítulos anteriores:

Primera.- Las intervenciones corporales se caracterizan por su heterogeneidad. Dada su diversidad, no existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia respecto a cuáles sean las diligencias a incluir bajo tal denominación, la cual se utiliza como lugar común, como cajón de sastre en el que incluir la pluralidad de medidas, sean o no actos de investigación, a las que se alude con tal expresión.

Por ello es necesario, desde que la STC 207/1996, de 16 de diciembre, utilizara el término intervenciones corporales para referirse a un determinado tipo de estas diligencias y, más aún, desde que en el artículo 363 LECrim se situara a aquéllas, junto a las inspecciones y reconocimientos corporales, como una de las posibles diligencias a practicar para obtener muestras biológicas del sospechoso, cuando, obviamente, estas últimas, dada su naturaleza y finalidad, no conducen a la obtención de tales muestras, sustituir este término como expresión de género, dada su equivocidad, por el de *investigaciones corporales*. Ello permitirá distinguir, a su vez, dentro de tal categoría, con mayor precisión conceptual, entre inspecciones, registros e intervenciones corporales.

Por *inspecciones corporales* cabrá entender cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, total o parcialmente desnudo, en sí mismo considerado, destinado a descubrir o constatar especiales características corporales o huellas o vestigios del delito que permitan identificar a su autor.

Por *registros corporales*, la exploración de partes internas del cuerpo – ya sean las cavidades naturales (boca, ano, vagina), ya sean otras interioridades (estómago), mediante tactos o exámenes radiológicos, preferentemente – o el examen de sus partes externas (cacheos superficiales) para encontrar lo que se oculta en ellas.

Y, por *intervenciones corporales*, la extracción de elementos o sustancias del interior del cuerpo o la obtención de muestras biológicas (sangre, saliva, pelos...) para ser sometidos a posterior análisis pericial.

Segunda.- Todas estas diligencias, para poder ser consideradas auténticos actos de investigación corporal, desde un punto de vista procesal penal, han de recaer obviamente sobre el cuerpo humano y tener por finalidad la determinación del imputado, el hallazgo del objeto del delito o el descubrimiento de huellas o vestigios de la comisión de los hechos criminales y sus circunstancias.

En consecuencia, no cabe considerar como tales las intervenciones médicas forzosas, las actuaciones médicas tendentes a delimitar la salud física o psíquica de una persona, las intervenciones corporales realizadas en el ámbito carcelario, las denominadas técnicas psicométricas, ni los cacheos preventivos.

Tampoco cabrá considerar investigaciones corporales diligencias como el reconocimiento en rueda, la toma de huellas dactilares, la toma de fotografías o la identificación de voz, dado que su incidencia en el cuerpo del sujeto afectado por la medida es mínima o nula y no consisten en inspeccionar, registrar ni extraer del cuerpo del sujeto afectado por la medida objetos o sustancias de su interior o muestras o vestigios biológicos para su ulterior análisis.

Además, en estos casos, la afectación de derechos fundamentales es mínima, cuando no nula, a diferencia de lo que ocurre con las investigaciones corporales, las cuales se caracterizan, en su práctica, por afectar, en mayor o menor medida, diversos derechos fundamentales.

Delimitada así la categoría, mediante su concepción como auténticos actos o diligencias de investigación, se restringe su heterogeneidad, pero siguen teniendo cabida en el concepto diligencias muy dispares entre sí atendido su objeto, los medios empleados en su práctica, los diversos modos de ejecución, los derechos fundamentales afectados e, incluso, la intensidad de tal afectación. En consecuencia, los presupuestos y requisitos exigibles en su ordenación y ejecución difieren en algunos aspectos, circunstancia que dificulta enormemente su tratamiento sistemático uniforme, más allá del que pueda suponer su configuración como medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Partiendo, pues, de su conceptualización como medidas restrictivas de derechos fundamentales, su admisibilidad constitucional vendrá dada por la estricta aplicación del principio de proporcionalidad, a cuyos presupuestos, formales (legalidad) y materiales (justificación teleológica), y requisitos, extrínsecos (judicialidad y motivación) e intrínsecos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), habrá que añadir las exigencias propias y específicas de las investigaciones corporales (ejecución por personal médico o sanitario, en su caso, y no revestir riesgo o quebranto para la salud de la persona afectada).

Tercera.- Como diligencias de instrucción, unas tienen carácter directo, en tanto proporcionan por sí mismas las fuentes de la investigación y, otras, indirecto, por cuanto se dirigen a la búsqueda y obtención de dichas fuentes.

Sólo puede defenderse su naturaleza pericial en tanto en su ejecución sea necesaria la intervención de un médico o personal sanitario, en su caso, por sus especiales conocimientos científicos o prácticos para llevar a cabo la diligencia acordada, garantizando así la salud del afectado. Es más, en muchos casos, la pericia se realiza después de la injerencia corporal mediante el análisis de sus resultados, tal como ocurre con la prueba de ADN, por ejemplo.

Como actos de investigación, han de practicarse en la fase de instrucción, dada la naturaleza y finalidad de dicha fase procesal, con las mayores garantías posibles por tratarse de medidas restrictivas de derechos fundamentales, sin que por ello constituyan “prueba preconstituida” ni, menos aún, “prueba anticipada”.

No se acepta su configuración como “prueba anticipada” porque dicho término ha de reservarse a la prueba que se lleva a cabo, una vez finalizada la fase de

instrucción, antes de la vista oral, ante el mismo tribunal que ha de celebrar el juicio, cuando por razones justificadas dicha prueba no vaya a poder practicarse durante las sesiones del juicio oral. Se practica anticipadamente, pues, por imposibilidad material de hacerlo durante la vista oral, un acto de prueba, no un acto de investigación.

Tampoco se acepta su configuración como “prueba preconstituida” porque se trata de un concepto importado del proceso civil, relativo a la prueba documental de formación previa al proceso, que se ha desnaturalizado en el proceso penal convirtiéndose en un subterfugio para dotar de eficacia probatoria a determinadas diligencias sumariales e, incluso, preprocesales, con quiebra de los principios que deben regir la actividad probatoria en el proceso penal.

Tales actos y sus resultados deben llevarse al plenario, en su caso, a través de los correspondientes medios de prueba, “convirtiéndose” entonces en pruebas practicadas en el juicio oral, las cuales, aunque ciertamente se conceptuarán por los tribunales como “prueba preconstituida” y/o “anticipada” no son, en puridad, ni lo uno ni lo otro.

Ello es así por cuanto en la fase de instrucción se llevan a cabo actos de investigación, como son los que nos ocupan, no actos de prueba por más que el carácter irrepetible o irreproducible de aquéllos comporte la necesidad de practicarlos con todas las garantías procesales posibles, no solo de cara a su posible utilización en el juicio oral, sino en salvaguarda del derecho de defensa del sospechoso o imputado (presente o futuro) en dicha fase.

Cuarta.- Pese a constituir medidas que afectan en mayor o menor medida distintos derechos fundamentales, no existe en el proceso penal español una regulación completa de las investigaciones corporales; ni siquiera existe una norma genérica que, completada jurisprudencialmente, en su caso, pudiera servir de cobertura legal a la adopción de una medida de injerencia corporal distinta de la intervención corporal para la obtención de muestras biológicas, por lo que se infringe en esta materia, ya sea por ausencia de ley, ya sea por insuficiencia de la misma, el principio de legalidad.

Ello es así por cuanto ninguna de las disposiciones que se alegan como cobertura legal de las investigaciones corporales, ya sea con carácter general, ya sea para supuestos concretos, satisface la triple condición que exige nuestra Constitución sobre la previsión legal de las medidas limitadoras de derechos fundamentales: “la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, el rango legal que ha de tener dicha disposición, y la calidad de Ley como garantía de seguridad jurídica” (STC 169/2001, de 16 de julio).

Ninguna de las normas invocadas como sede de las investigaciones corporales con carácter genérico constituye habilitación legislativa suficiente para la ordenación y práctica de las distintas medidas de injerencia corporal que se incluyen en tal concepto. Tampoco los preceptos en los que se pretende encajar algunos supuestos concretos de tales medidas resultan suficientes, atendida la propia naturaleza de las medidas de investigación corporal y las exigencias del principio de legalidad.

Ni siquiera la regulación introducida de soslayo en los artículos 326 y 363 de la LECrim mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó el Código

Penal, pese a su carácter de ley orgánica, satisface completamente las exigencias del principio de legalidad.

En efecto, el artículo 363 LECrim regula en su párrafo 2º únicamente las investigaciones corporales consistentes en la extracción de muestras biológicas del sospechoso para la determinación de su ADN y posterior cotejo con los vestigios del delito. No se regulan las inspecciones corporales consistentes en el examen del cuerpo humano, total o parcialmente desnudo, ni los registros corporales consistentes en la exploración de las partes internas del cuerpo o, simplemente, la obtención de muestras biológicas con una finalidad distinta a la determinación del ADN del sujeto afectado por la medida.

Por su parte, el párrafo 3º del artículo 326 LECrim resulta, a su vez, insuficiente para responder a las exigencias de autenticidad y control judicial en la recogida de los vestigios del delito. Prácticamente se limita a regular la competencia para efectuar la recogida, custodia y examen de tales vestigios. Competencia que ha de entenderse atribuida en exclusiva al juez de instrucción (reserva jurisdiccional), con la sola excepción – consecuencia de la remisión del inciso final del precepto al artículo 282 LECrim – de la recogida de muestras por parte de la Policía Judicial en caso de peligro de desaparición o pérdida de las mismas.

La regulación introducida en el artículo 363 LECrim no satisface, pues, las exigencias del principio de legalidad en cuanto a calidad de la ley, máxime tratándose, como se trata, de una medida restrictiva de derechos fundamentales: no regula aspectos esenciales de la medida como puedan ser la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a la misma; la extensión del análisis del ADN, aunque en la práctica se limite al no codificante y así haya venido a establecerlo la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN que, en más de un aspecto, ha venido a completar la regulación de la utilización del ADN como prueba en el proceso penal; o, por otra parte, una cuestión tan controvertida como la posibilidad de su ejecución forzosa.

Sigue siendo necesaria, en definitiva, una regulación completa de los actos de investigación corporal que pueden ser acordados en el proceso penal.

Quinta.- Las investigaciones corporales no han de llevarse a cabo siempre y en todo caso por personal médico o sanitario. Su intervención tiene por finalidad prioritaria preservar la salud de la persona afectada por la medida, pero también su dignidad e intimidad corporal atendida la zona afectada por la medida. Así ocurre con los exámenes corporales que han de practicarse por personal médico o paramédico y del mismo sexo que el interesado por cuestiones de pudor, no de salud, cuando recaigan sobre zonas íntimas. Fuera de estos casos, no parece que el reconocimiento del cuerpo exija siempre y en todo caso la intervención de personal especializado. En cambio, en el caso de los registros anales y vaginales, sí resulta exigible su práctica por un médico, en atención a las lesiones que puedan causarse y la zona del cuerpo afectada. Por el contrario, otras medidas como puedan ser una extracción de sangre, una toma de muestra de saliva o de cabellos no requieren ser practicadas por personal médico o sanitario, salvo el supuesto de la venopunción a realizar por una enfermera o auxiliar de enfermería.

Por otra parte, las injerencias corporales preprocesales practicadas por razones de urgencia o de riesgo para la investigación se llevarán a cabo por la autoridad competente siempre que se trate de medidas que por su naturaleza y levedad de la injerencia lo permitan.

En definitiva, la necesidad de la práctica de la medida por personal médico o sanitario, especializado en su caso, dependerá de la naturaleza de la medida y de su gravedad, sin que quepa establecer, a priori, como regla estándar su intervención en todas y cada una de las medidas de investigación corporal que pueden llegar a acordarse. Dignidad, integridad física e intimidad corporal serán los aspectos a tener en cuenta, sin olvidar los propiamente psicológicos, a la hora de decidir quién debe llevar a cabo la medida acordada. Así, pese a su naturaleza de actos de investigación acordados por el juez en fase de instrucción, con carácter general, no cabe atribuir su ejecución por norma al médico forense del juzgado, aunque, cuando de intervenciones corporales se trate, será, ciertamente, la persona más idónea para ejecutar la medida acordada, máxime teniendo en cuenta que hay que garantizar la conservación de la muestra y su remisión al laboratorio correspondiente, conforme a los protocolos de actuación establecidos sobre el particular, asegurando la cadena de custodia.

Sexta.- Únicamente puede ser sujeto pasivo de las investigaciones corporales el imputado. Se rechaza, por tanto, salvo cuando razones de urgencia justifican su práctica con carácter preprocesal, la posibilidad de aplicar cualquier tipo de medida de investigación corporal, por leve que sea, sobre quien no ostente tal condición atribuida por el órgano judicial, sin que sea suficiente la mera condición de “sospechoso”. Categoría procesal ésta, introducida en la LECrim por el artículo 363, carente de toda definición y de estatuto jurídico incierto.

Ello es así por cuanto las sospechas que han de recaer en una persona para poder convertirla en sujeto pasivo de una diligencia de investigación corporal, caracterizada por ser una medida restrictiva de derechos, tienen que provenir del órgano judicial, han de ser razonables y lógicas y han de estar fundadas en hechos objetivos que indiciariamente constaten la relación de la persona investigada con el delito objeto de la investigación y, como consecuencia de ello, el órgano judicial deberá atribuirle la condición de imputado – no de sospechoso – con los derechos que tal situación comporta.

Únicamente cabría disponer una medida de investigación corporal sobre personas distintas del imputado, incluida la víctima del delito, cuando sean portadoras de vestigios del delito, la medida resulte idónea, necesaria y proporcionada y con las mismas garantías y prevenciones exigidas para el imputado, pues en ningún caso pueden resultar de peor condición que éste, ni siquiera bajo el amparo del derecho del imputado a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, por lo que, en ningún caso cabrá su ejecución coactiva, pudiendo incluso tales terceros oponerse a la medida acordada por los mismos motivos por los que podrían excusar su declaración como testigos.

Séptima.- Salvo aquellas diligencias que se realizan por motivos de urgencia o por razones de seguridad y cuya ejecución no puede quedar en manos del sujeto afectado por la medida, en los demás casos, atendido el estado actual de la regulación de las investigaciones corporales en nuestro proceso penal, el consentimiento del sujeto pasivo resulta ineludible. Es indispensable para su ejecución desde el momento en que la diligencia acordada no podrá ejecutarse sin el mismo, lo cual no significa que, aunque consienta el sujeto afectado por la medida, quepa acordar, y mucho menos practicar, una diligencia contraria a la dignidad de la persona, constitutiva de trato inhumano o degradante, o que afecte a la salud.

Consentimiento de la persona afectada por la medida de investigación corporal que, según nuestros tribunales, remediará no solo la falta de previsión legal de la medida, sino, incluso, la ausencia de resolución judicial. Doctrina que no compartimos, en absoluto y que, en cualquier caso, debería ampararse, cosa que tampoco ocurre en la práctica, en un consentimiento libre, no coaccionado, y expreso, no tácito. Para su validez tendría que estar precedido de una completa información sobre la necesidad de la medida adoptada, su finalidad, el modo de llevarse a la práctica y sus riesgos y consecuencias, incluidas las de la negativa a someterse a la medida acordada.

Dicha información debería plasmarse en la resolución que acuerde la medida y, aún sin tal resolución, debería explicitarse de forma comprensible a la persona afectada en una comparecencia en la que ésta manifestase su conformidad con la ejecución. Comparecencia que deberá efectuarse con asistencia de letrado, siendo también recomendable su presencia en la ejecución de la medida, a fin de garantizar que la misma se ejecuta en la forma acordada, sin ningún tipo de coacción ni trato inhumano o degradante, respetando en todo caso la dignidad personal y la salud del sujeto afectado por la medida.

Información y asistencia letrada que entendemos también debería darse en sede policial, aunque el sujeto afectado por la medida no esté detenido, pues, en caso contrario, difícilmente puede reputarse su consentimiento como válido. Ello es así por cuanto la asistencia letrada garantiza la ausencia de coacción, permite sobrellevar la presión ambiental y refuerza la voluntariedad del consentimiento (debidamente informado) prestado en tales condiciones.

Octava.- Las investigaciones corporales suponen intromisiones, más o menos graves, de los poderes públicos en el cuerpo de una persona que, en su realización, pueden afectar diversos derechos fundamentales. Dada la actual configuración jurisprudencial de los mismos por parte del Tribunal Constitucional, que define su contenido esencial, los únicos derechos que pueden resultar afectados por tales medidas, según el máximo intérprete de la Constitución, son el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad física.

Con todo, en ningún caso una medida de investigación corporal puede dañar la dignidad personal, concebida como un “mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar” (STC 57/1994, de 28 de febrero), ni constituir tratos inhumanos o degradantes, entendidos como “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente” (STC 120/1990, de 27 de junio). Tampoco podrá

acordarse la práctica de una investigación corporal cuando pueda suponer un riesgo o quebranto para la salud de quien tenga obligación de soportarla y no cabrá disponer, y menos aún realizar, una medida de investigación corporal que comporte una lesión o menoscabo en el cuerpo o en la apariencia externa del sujeto, sin su consentimiento.

Tales medidas pueden vulnerar, según el Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad corporal en tanto recaigan sobre partes del cuerpo culturalmente consideradas como íntimas y, asimismo, pueden vulnerar el derecho más amplio a la intimidad personal si revelan datos, pertenecientes a la esfera de la vida privada de la persona afectada por la medida, innecesarios para la investigación. Datos que no necesariamente se ponen de relieve con la práctica de la medida de investigación corporal, sino con el análisis de sus resultados, como puedan ser el consumo de drogas tóxicas u otras sustancias estupefacientes. Datos que, cuando se trata de muestras biológicas, pueden llegar a revelar características genéticas del individuo ni tan siquiera por él conocidas. Por esta razón se limita la prueba de ADN al no codificante, esto es, al que sirve únicamente para lograr la identificación del sujeto, aunque ciertamente éste también contiene información perteneciente a la esfera de la personalidad merecedora de tutela y no es, ni mucho menos, como suele denominarse ADN “basura”.

Novena.- Sin embargo, además de afectar al derecho a la integridad física y a la intimidad, no cabe desconocer que toda inspección, registro e intervención corporal, aunque sea de forma instrumental, comportará una limitación de la libertad de movimientos del sujeto pasivo y, por tanto, restringirá su libertad personal. Otra cosa es si esa afectación del derecho a la libertad supone detención y, en consecuencia, la entrada en juego de todas las garantías propias del derecho a la libertad. Problema que se plantea con toda su crudeza cuando de investigaciones preprocesales se trata. Así ocurre en los cacheos y registros, las exploraciones radiológicas y los controles de alcoholemia.

En cualquier caso, debería informarse al sujeto afectado por la medida concreta de forma inmediata y de manera comprensible de cuáles son sus derechos en esa situación, además de los motivos de la restricción de su libertad deambulatoria.

En definitiva, salvo sometimiento voluntario, libre y expresamente emitido, debidamente informado, existirá, a nuestro entender, privación de libertad, aunque sea de forma instrumental. Por ello, dada la ausencia o insuficiencia de la normativa reguladora de las investigaciones corporales, debe postularse la necesidad de una norma habilitante que ampare tales situaciones y defina los derechos y garantías que asisten al sujeto afectado en cada caso.

Ello ha de ser así aunque, como aquí ocurre, el derecho fundamental se vea afectado sólo instrumentalmente, del mismo modo que, en caso de autorizarse judicialmente la concreta medida de intervención corporal, la resolución judicial debe tener en cuenta la duración de la restricción de libertad que comportará la medida que se acuerda y proveer en consecuencia.

Décima.- Por otra parte, el derecho a la autodeterminación informativa podrá resultar afectado, no ya por las investigaciones corporales propiamente dichas, sino por la

circunstancia de que los datos obtenidos a través de las mismas y, en particular, mediante los análisis periciales realizados sobre muestras biológicas del cuerpo del sujeto pasivo de la medida sean almacenados, tratados y, en su caso, utilizados con fines distintos de la investigación para la cual han sido realizados.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que en el marco de una investigación criminal hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, se inscriben la base de datos policial creada por la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, y que esos datos no solo serán utilizados en la investigación de otros delitos graves y de la misma naturaleza que los que permiten la obtención de tales muestras, sino que pueden ser cedidos a las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España, como es el Tratado de Prüm; a las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública y, asimismo, al Centro Nacional de Inteligencia y, si bien es cierto que se establece la finalidad de su utilización, no lo es menos que no se establecen mecanismos de control suficiente para que tales datos no sean utilizados exclusivamente por quien corresponde o no lo sean conforme a la finalidad prevista o, incluso, no se observen los plazos de conservación o las medidas de seguridad necesarias. Supuestos en que se vulnerará el derecho a la autodeterminación informativa.

Undécima.- Y, además, a nuestro entender, las investigaciones corporales vulneran el derecho del imputado a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación y a no facilitar ningún tipo de pruebas que puedan incriminarle. Ello es así por cuanto, frente a la restricción jurisprudencial del ámbito de aplicación del derecho a la no autoincriminación a las diligencias de naturaleza testimonial y comunicativa, se postula una interpretación amplia del derecho a no autoincriminarse que comprenda tanto la vertiente activa (colaborar) como la pasiva (soportar).

A nuestro entender, el imputado ha de tener derecho no solo a no colaborar (activamente) en la investigación criminal, sin que pueda obligársele a aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación, sino también a no tener que soportar (pasivamente) actuaciones sobre su cuerpo en busca de elementos que contribuyan a su incriminación, sin que pueda exigírsele tampoco su colaboración, porque, en definitiva, las consecuencias prácticas son las mismas. Más aún, su actitud negativa a colaborar o a soportar una determinada injerencia en su cuerpo no debería comportarle consecuencia negativa alguna, al menos mientras no esté prevista legalmente su obligación de sometimiento a la práctica de tales medidas, del mismo modo que no debería comportarle perjuicio alguno su silencio cuando lo guarda, ni siquiera en aquellos casos en que existiendo pruebas incriminatorias contra él, cabe esperar, según los tribunales, una explicación por su parte acerca de las mismas, porque, si ya existen tales pruebas, resulta innecesario valorar tal conducta como elemento de convicción, siquiera sea de corroboración.

Duodécima.- La constitucionalidad de las investigaciones corporales, como medidas restrictivas de derechos fundamentales, viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Entendido en sentido amplio, dicho principio supone que las diligencias de investigación corporal, sin perjuicio de sus propias y específicas exigencias, han de estar previstas por la ley, han de ser adoptadas mediante resolución judicial especialmente motivada y han de ser idóneas, necesarias y proporcionadas en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

Además, habrán de concurrir en su ejecución otras exigencias específicas como son realizarse por personal médico o paramédico, en su caso, y no revestir riesgo o quebranto para la salud de quien tenga que soportarlas.

Decimotercera.- Como toda medida restrictiva de derechos fundamentales, las investigaciones corporales han de estar previstas por la ley. Ley que en nuestro ordenamiento jurídico ha de ser orgánica y que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de tener una determinada calidad, esto es, ha de ser accesible, previsible y suficientemente precisa. Exigencias de certeza y seguridad que no cumple en ningún caso la regulación de las distintas medidas de investigación corporal previstas en nuestro proceso penal.

Es necesario, pues, regular las inspecciones, registros e intervenciones corporales como diligencias de investigación concretando los presupuestos y requisitos exigibles en su ordenación y ejecución. No basta el consentimiento de la persona afectada por la medida ni la resolución judicial por sí sola para legitimar una medida no prevista legalmente.

En efecto, el consentimiento de la persona afectada por la medida no puede convertirse en un cheque en blanco para realizar todo tipo de actos de investigación cuando no están previstos legalmente, pues, aunque consienta, no cabe acordar y, mucho menos practicar, medidas contrarias a la dignidad de la persona o que constituyan tratos inhumanos o que, simplemente, revistan peligro para la salud.

Por otra parte, la resolución judicial por más que esté especialmente motivada y ajustada al principio de proporcionalidad no puede suplir la ausencia de ley. Han de coexistir ambas. El presupuesto de legalidad es previo a la resolución judicial y ésta no puede subsanar su falta. Las restricciones de derechos fundamentales han de venir establecidas en la ley y han de ser acordadas por el órgano jurisdiccional en el caso concreto, de forma motivada y proporcionada. Las medidas de investigación no previstas por la ley no pueden ser acordadas por los tribunales.

Los tribunales podrán, en su caso, completar la deficiente regulación de determinados actos de investigación como puedan ser las intervenciones corporales previstas en el artículo 363 LECrim para la obtención de muestras biológicas del sospechoso, pero no podrán, en ningún caso, “regular” otras medidas de investigación corporal no previstas legalmente. En definitiva, la jurisprudencia puede suplir las carencias de la ley, pero no la ausencia de ley y, a falta de ley, la medida acordada es necesariamente nula.

Decimocuarta.- No cabe duda de que las investigaciones corporales en tanto limitan derechos fundamentales han de satisfacer fines constitucionalmente legítimos y que la actuación o ejercicio del *ius puniendi* en el ámbito del proceso penal lo es y justifica tales medidas desde un punto de vista teleológico. El problema es que tales fines deberían estar previstos, asimismo, en la ley reguladora de tales actos de investigación y, como hemos expuesto, dicha ley no existe en la mayoría de los casos y, cuando existe, es notoriamente insuficiente desde el punto de vista de su calidad y, desde luego, no establece ni siquiera de forma genérica cuáles sean o puedan ser tales fines.

Por otro lado, además de esta finalidad en abstracto, la resolución judicial que acuerde una concreta medida de investigación corporal habrá de constatar que la misma en el caso analizado es necesaria para alcanzar dicho fin.

Decimoquinta.- Igualmente, en tanto medidas restrictivas de derechos fundamentales deben ser acordadas por los órganos jurisdiccionales. Sólo acreditadas razones de urgencia o de riesgo de perjuicio para los fines de la investigación justificarían su adopción por órganos no jurisdiccionales y, únicamente, en supuestos de carácter leve, tales como cacheos superficiales y “pruebas” alcoholométricas, incluidos análisis de sangre, siempre que se cuente respecto a estos últimos con el consentimiento del sujeto afectado y se observen en su práctica los requisitos intrínsecos derivados del principio de proporcionalidad y los requisitos específicos que su ejecución requiera en cada caso.

En cualquier caso, la posibilidad de adopción de estas medidas por órganos no jurisdiccionales debería estar prevista legalmente a través de una norma que delimitase los supuestos y definiese las situaciones habilitantes y que, en todo caso, atribuyese al órgano jurisdiccional una función de control y confirmación posterior.

Las mismas razones de urgencia o de riesgo para el éxito de la investigación pueden justificar la recogida de los vestigios biológicos que se hallen en el lugar de los hechos por parte de la Policía Judicial e, incluso, si se quiere, la de aquellas “muestras abandonadas” por el sospechoso en caso de posible pérdida, degradación o contaminación por no ser recogidas con inmediatez. Actuaciones que encontrarían amparo en los artículos 326 y 282 LECrim, así como en el Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2006, según el cual “la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.

Pero lo que no cabe es extender tal posibilidad a la recogida por parte de la Policía Judicial de cualesquiera muestras abandonadas por el sospechoso en cualquier lugar y momento sin autorización judicial, ni presencia del secretario judicial en su práctica, si no concurren tales circunstancias de riesgo. Práctica policial que, avalada por el Tribunal Supremo, se ha convertido en un efugio para obtener “las muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN”, tal como reza el artículo 363 LECrim, sin necesidad de la autorización judicial allí prescrita, esto es, en un método de obtención de pruebas, en definitiva, al margen de la legalidad.

En efecto, la ley establece que las muestras biológicas del sospechoso pueden obtenerse con su consentimiento (D.A.3ª LO 10/2007, de 8 de octubre) o, con

autorización judicial, sin su consentimiento (art. 363 LECrim), pero no por otras vías. De hecho, precisamente para contar con una regulación que permitiera la adopción de la prueba de ADN se introdujo, en definitiva, el apartado 2º del artículo 363 LECrim por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Admitir que tales muestras biológicas puedan ser las “abandonadas” por el sospechoso y recogidas por la Policía Judicial sin necesidad de autorización judicial y sin intervención del secretario judicial en su práctica supone dejar sin efecto alguno tal prescripción legal y dejar sin garantías suficientes su recogida, y ello no es baladí porque, al fin y al cabo, estamos hablando de “muestras abandonadas” que van a ser consideradas “muestras indubitadas” a fin de proceder a su cotejo con las “muestras dubitadas” halladas en el lugar de los hechos o en la víctima.

Por ello resulta necesario extremar las garantías procesales en su recogida. No es un problema de cadena de custodia. Es un problema de recogida, de asegurar que esa “muestra abandonada” realmente pertenece al sospechoso y se ha hallado del modo en que se dice por los agentes que la han recogido. No estamos ante una mera infracción procesal; estamos ante una diligencia nula por falta de cobertura legal y por falta de garantías suficientes en términos de defensa y posibilidad de contradicción.

La validación por parte de la jurisprudencia de tal práctica de recogida de muestras abandonadas supone, en definitiva, la derogación tácita de la regulación legal de la prueba de ADN tantas veces anhelada por doctrina y jurisprudencia cuando se carecía de ella. Siempre será más fácil conseguir muestras “abandonadas” en caso de falta de consentimiento por parte del sospechoso a su entrega voluntaria que tener que justificar su necesidad a la autorización judicial, esperar su decisión y encontrarse con el problema de la negativa del sujeto afectado por la medida, pese a tal resolución judicial. Más aún, cuando, de hecho, en la práctica, ni siquiera hace falta pedir su consentimiento al “sospechoso” pudiendo tomar sus muestras biológicas “abandonadas” de un vaso, una botella, una colilla, etc.

Decimosexta.- La resolución judicial que acuerde una medida de investigación corporal habrá de estar, pues, especialmente motivada, explicitando las razones fácticas y jurídicas que justifican la necesidad de la injerencia y los términos en que ha de llevarse a cabo, esto es, habrá de exteriorizar las circunstancias del caso concreto que den cumplimiento a los presupuestos y requisitos exigidos por el principio de proporcionalidad, así como a los requisitos específicos de la medida, en su caso.

Así, el defecto formal de la resolución comportará su falta de motivación y, en consecuencia, la ilicitud de la prueba obtenida, lo cual no significa que el simple hecho de revestir forma de auto suponga el cumplimiento del requisito de motivación. Dicho requisito sólo se entenderá cumplido si la medida restrictiva expresa el juicio de ponderación entre los derechos fundamentales afectados y los intereses constitucionalmente protegidos y perseguidos.

En definitiva, además de su fundamento legal y el fin constitucionalmente legítimo perseguido con tal medida, la resolución judicial deberá expresar con detalle el juicio de proporcionalidad explicitando la idoneidad de la medida, su necesidad y el

debido equilibrio entre el sacrificio de los derechos fundamentales afectados por la medida y la ventaja que se obtendrá de la misma.

Decimoséptima.- En ningún caso resulta admisible la práctica de una medida de investigación corporal sin la previa existencia de indicios de infracción. En consecuencia, no cabe la ejecución de tales diligencias de forma indiscriminada o aleatoria, ni con carácter predelictual o de prospección.

Como consecuencia de ello, no cabe la realización de “test masivos” de ADN sobre personas en las que únicamente concurren determinadas características comunes o semejantes (edad, sexo, lugar de residencia...) a las del autor de los hechos objeto de investigación. Tal circunstancia no alcanza siquiera a dotar de la condición de “sospechoso” al sujeto afectado por la medida, por lo que no cabe acordarla por la vía del artículo 363 LECrim.

Tampoco cabe someter indiscriminadamente a cualquier conductor a una prueba de alcoholemia sin la concurrencia de signos externos que constituyan una sospecha fundada que justifique la medida. E, igualmente, debe exigirse la presencia de sospechas fundada para la realización de un registro corporal o examen radiológico en un control aduanero.

Es necesario, pues, que concurren sospechas basadas en datos fácticos o hechos objetivos. En definitiva, indicios de la existencia del delito a valorar racionalmente en función de la concreta medida a adoptar: cuánto más grave sea la medida a acordar, más sólidos deberán ser los datos objetivos que la justifiquen.

Por las mismas razones, tampoco cabe practicar actos de investigación corporal restrictivos de derechos fundamentales con una finalidad meramente prospectiva, esto es, con el único objetivo de buscar sospechosos.

La medida elegida habrá de resultar imprescindible para la determinación de los hechos punibles y la participación en ellos del imputado – no cabe su adopción, por tanto, para confirmar extremos ya conocidos o para obtener meros indicios o sospechas de criminalidad – y habrá de ser la menos lesiva para la consecución de tal fin. En definitiva, habrá que optar siempre por la alternativa menos gravosa, esto es, la menos lesiva para los derechos fundamentales.

Y, además, de idónea y necesaria a los fines de la investigación, la medida que se acuerde deberá ser proporcionada, atendidas las circunstancias del caso concreto y los intereses estatales en juego (principalmente, la gravedad del delito, el grado de imputación y la probabilidad de éxito de la medida), sin olvidar las circunstancias personales del sujeto afectado por la medida, esto es, las consecuencias que la medida pueda acarrear en su salud (física o psíquica) y en su vida (familiar, social y profesional).

Decimoctava.- La ejecución de una medida de investigación corporal no ofrece problemas cuando se cuenta con el consentimiento y la colaboración del sujeto afectado por la misma. Ello no significa que mediando tal consentimiento pueda realizarse

cualquier tipo de investigación sobre su cuerpo, puesto que, en todo caso, la medida deberá reunir los requisitos y garantías antes expuestos. En ningún caso podrá dañar la dignidad personal, constituir trato inhumano o degradante, vulnerar derechos fundamentales, ni, en definitiva, ser desproporcionada, aunque consienta el sujeto pasivo de la misma.

El problema surge, obviamente, cuando dicho sujeto se niega a colaborar en la ejecución de la medida y no presta su consentimiento para que ésta se lleve a cabo. En este punto es donde existe más disparidad de soluciones en la doctrina y en la jurisprudencia. Desde autores y resoluciones que admiten sin ningún género de duda la posibilidad de su ejecución forzosa mediante el empleo de la *vis física* si es necesaria, hasta autores y resoluciones que niegan tal posibilidad, sin perjuicio de que la negativa del sujeto afectado por la medida pueda constituir un delito de desobediencia o, cuando menos, ser valorada como un indicio, en la mayoría de los casos, directamente de culpabilidad.

Problema que persiste en la actualidad a pesar de haber regulado el artículo 363 LECrim la posibilidad de acordar la obtención de muestras biológicas para la determinación del perfil de ADN del sospechoso mediante los actos de inspección, reconocimiento e intervención que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto dicho precepto – aparte de no regular todo tipo de investigaciones corporales – no contiene pronunciamiento alguno respecto a la posibilidad de ejecutar coactivamente dichos actos, ni respecto a las consecuencias que de la negativa a su cumplimiento voluntario pudieran derivarse, como tampoco lo contiene la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Es en este punto donde surgen las mayores divergencias jurisprudenciales y discrepancias doctrinales sobre la solución a adoptar. Controversia que tiene como telón de fondo el problema de la naturaleza jurídica de las investigaciones corporales como obligación o carga procesal con sus distintas consecuencias. En el primer caso, la negativa del sujeto comportaría su cumplimiento coercitivo (mediante el empleo de la fuerza física) o una sanción (mediante su castigo como delito de desobediencia); en el segundo, una desventaja procesal (mediante su valoración como indicio).

A nuestro entender, no cabe ejecutar por la fuerza las inspecciones, registros e intervenciones corporales cuando el sujeto afectado por la medida se niegue a colaborar en su práctica. La ejecución forzosa de la medida vulnera la dignidad de la persona, constituye un trato degradante y reconvierte al sujeto pasivo de la medida en objeto del proceso. Su negativa debe considerarse amparada en su derecho a no autoincriminarse y a no colaborar en los términos expuestos y, en tanto amparada por un tal derecho, no debería repararle perjuicio alguno, ni siquiera mediante el recurso a la valoración de tal conducta procesal como un indicio o elemento de corroboración de las pruebas ya existentes porque, para ello, sería necesario que existiese ese deber de colaborar.

Además, sería necesario, como mínimo, advertir al imputado de tal circunstancia en el momento de ser requerido para llevar a cabo la diligencia acordada a fin de no causarle indefensión alguna y que esté debidamente informado de las consecuencias que puede acarrearle su decisión.

Decimonovena.- Las investigaciones corporales realizadas en la fase de instrucción no constituyen en sí mismas pruebas de cargo. Únicamente pueden considerarse como tales las practicadas en el juicio oral bajo la intermediación del tribunal decisor y la vigencia de los principios de contradicción, oralidad, publicidad e igualdad de armas procesales.

Excepcionalmente, sin embargo, se admite la eficacia probatoria de aquellas diligencias de investigación cuya reproducción en juicio resulte imposible o muy difícil, siempre que se hayan practicado con arreglo a las formalidades procesales con intervención de la autoridad judicial o, por razones de urgencia, de la Policía Judicial, y con posibilidad de contradicción, sin perjuicio de que sean reproducidas en juicio en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas, asimismo, a contradicción. En definitiva, cuando reúnan los requisitos de la mal llamada “prueba preconstituida y anticipada”.

Excepción que resultará plenamente aplicable a las investigaciones corporales por cuanto no solo en muchas ocasiones son materialmente irreproducibles en el juicio oral, sino también porque, aún siéndolo, razones de orden práctico y procesal justifican acudir al recurso de la “prueba preconstituida”.

En realidad, siguen siendo diligencias sumariales que, al igual que, su resultado (análisis periciales, en su caso) se introducirán en el juicio oral a través de los correspondientes medios de prueba y sólo cuando estos se hayan practicado con todas las garantías procesales podrá hablarse de pruebas. Sólo, *ex post*, tras la práctica del correspondiente medio probatorio en el juicio oral puede hablarse de auténtica prueba.

Ex ante, no constituyen “prueba preconstituida” ni “prueba anticipada”, salvo en este último caso, que se hayan practicado ya como medio de prueba ante el tribunal decisor, pero con antelación a la fecha señalada para el juicio cuando se prevea la imposibilidad de practicarse en ese momento, es decir, en los supuestos previstos en los artículos 657.3 y 781.1 y 784.2 LECrim.

Salvo estos supuestos de prueba anticipada en sentido propio, en los demás casos, se trata simplemente de realizar los actos de investigación, en nuestro caso, corporales, con todas las garantías procesales necesarias en aras del derecho de defensa y contradicción.

Derecho de defensa y contradicción que cuando de diligencias preprocesales se trata no existe o, cuando menos, se encuentra muy disminuido y, aún así, la jurisprudencia ha acabado convirtiendo muchas actividades preprocesales, caracterizadas con las notas de objetividad e irrepetibilidad, prácticamente en pruebas, sin necesidad siquiera de su ratificación por parte de los agentes que las llevaron a cabo cuando se realizaron por estrictas razones de urgencia o de necesidad.

Práctica esta última que resulta absolutamente rechazable desde el momento que imposibilita la contradicción en el juicio oral y merma el derecho de defensa del acusado que ya durante la práctica de la medida fue puesto en cuestión. En efecto, recuérdese una vez más que, según la jurisprudencia, no se considera formalmente detenido al sujeto afectado por un cacheo, una prueba alcoholométrica o una exploración radiológica, por lo que no cuenta con asistencia letrada en el momento de prestar su consentimiento a la ejecución de la medida, ni se considera tampoco por la

jurisprudencia que realice con ello un acto incriminatorio, pese a que, ciertamente, a nuestro entender, se le está convirtiendo en objeto y fuente de prueba.

El déficit de garantías procesales existente en la ejecución de las investigaciones corporales preprocesales debería permitir siempre y en todo caso cuestionar tales diligencias en el juicio oral a través de la declaración de los funcionarios policiales que las llevaron a cabo sin recurrir al subterfugio de su realización por razones de urgencia y necesidad para eludir la necesaria presencia de los agentes que practicaron tales diligencias en el juicio oral.

Téngase en cuenta que, como ocurre con la toma de muestras subrepticias realizada por la policía, las posibilidades reales de contradicción son mínimas, puesto que, al fin y al cabo, la declaración de los agentes resulta difícilmente cuestionable en términos de defensa, lo que convierte su actuación en prácticamente inimpugnable, máxime cuando tales actuaciones o sus resultados se traducen en pericias documentadas con privilegio legal (art. 788.2 LECrim) o jurisprudencial (informes científicos realizados en laboratorios oficiales).

Por ello, es necesario contar con las mayores garantías posibles en la ejecución de estas medidas preprocesales llamadas a ser por los tribunales, una vez más, “prueba preconstituida”. Como mínimo, habría que garantizar que el consentimiento del sujeto afectado por la medida, salvo verdaderas razones de urgencia o de seguridad para los agentes intervinientes, se ha prestado con pleno conocimiento de la finalidad de la medida y de sus consecuencias, esto es, que se trate de un consentimiento expreso y debidamente informado. Cosa que no es fácil si tenemos en cuenta las circunstancias en las que se desarrolla la medida y la falta de asesoramiento (objetivo) en cuanto a las consecuencias de la misma.

Vigésima.- Las investigaciones corporales deben respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales y cumplir determinados presupuestos y requisitos en su ordenación y ejecución. La infracción de unos y otros no siempre tiene las mismas consecuencias en relación con la incorporación al proceso de su resultado y de las pruebas derivadas de los mismos.

Tanto si la infracción de derechos fundamentales se produce durante la actividad de búsqueda y recogida de fuentes de prueba, como durante la incorporación al proceso de dichas fuentes y durante la práctica en el juicio de los medios de prueba propuestos por las partes e, inicialmente, admitidos, la consecuencia será su ineficacia.

Ineficacia jurídica que comportará la de todas las posteriores diligencias o pruebas que traigan causa de la obtenida ilícitamente por derivar del conocimiento adquirido a partir de ella.

Toda medida de investigación corporal que se haya practicado vulnerando un derecho fundamental será nula de pleno derecho y, en consecuencia, inadmisibles el medio de prueba que trate de introducir su resultado en el proceso. Resultará, en definitiva, “inutilizable” en el proceso. Su ineficacia jurídica se extenderá a las diligencias o pruebas posteriores que traigan causa directa o indirecta de la prueba obtenida ilícitamente.

Cuestión trascendente en la materia que nos ha ocupado porque teniendo por finalidad los registros e intervenciones corporales la búsqueda y recogida de fuentes de prueba, con posterioridad a su práctica, se llevarán a cabo nuevas diligencias de investigación, por lo que la ineficacia de aquellos actos puede determinar la de todas las actuaciones posteriores basadas en las mismas.

Para ello basta, en principio, que entre las pruebas ilícitamente obtenidas y las reflejas exista una relación de causalidad por derivar éstas del conocimiento adquirido a partir de aquéllas.

Tal consecuencia, lógica aplicación del artículo 11.1 LOPJ, se está viendo, sin embargo, cada vez más cercenada por la jurisprudencia que ha pasado de admitir sin ambages la doctrina norteamericana de “los frutos del árbol envenenado” negando eficacia probatoria a las pruebas derivadas de la ilícitamente obtenida, a restringir sus efectos mediante la admisión de una serie de excepciones, propias también del derecho norteamericano, sin parar mientes en la distinta naturaleza y fundamento de la *exclusionary rule*, pero, sobre todo, mediante la elaboración de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, que, en la práctica, comportan la supresión de la eficacia refleja de la prueba ilícita.

Mediante tales excepciones se llega a considerar válidas pruebas que derivan naturalmente de una prueba ilícita o en las que se han utilizado, cuando menos, datos o informaciones obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Así ha ocurrido en los supuestos de declaración autoincriminatoria del imputado, que se considera jurídicamente independiente en base a las garantías procesales y constitucionales (derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y a la asistencia letrada) que presiden su práctica, las cuales permiten sostener su espontaneidad y voluntariedad.

Excepción, a nuestro entender, difícilmente sostenible, toda vez que no cabe predicar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración de un imputado detenido como consecuencia de la investigación policial en la que se han hallado pruebas de su actuar delictivo y, más, si tenemos en cuenta las carencias de la “asistencia letrada” que, en momentos iniciales de la instrucción y, máxime, en casos de sumarios secretos, se presta.

Para que la confesión autoincriminatoria pueda tenerse como prueba de cargo habrá de prestarse por el imputado una vez haya sido debidamente asesorado por su letrado de las consecuencias procesales de la misma respecto a las pruebas que, en su día, pudieran tenerse por nulas por vulneración de alguno de sus derechos fundamentales.

Una vez más, pues, sólo cuando el imputado cuenta con la información adecuada a su situación procesal y a las consecuencias de sus actos, ya sea para prestar declaración, ya sea para otorgar su consentimiento a la práctica de un determinado acto de investigación, podrán extraerse válidamente consecuencias de las mismas. Información o asesoramiento que debe prestarse por abogado que tenga, a su vez, pleno conocimiento de lo actuado hasta ese momento, pues, en caso contrario, su “asistencia

letrada” no pasará de ser mera “presencia letrada” únicamente válida para cumplir las formalidades y no para respetar las garantías procesales.

Vigésimo primera.- Asimismo, la falta de presupuestos o requisitos en su ordenación y ejecución comportarán, en la mayoría de ocasiones, la inadmisibilidad de las investigaciones corporales así acordadas y/o ejecutadas.

Así ocurre con el principio de legalidad. Las investigaciones corporales como medidas restrictivas de derechos fundamentales han de estar previstas legalmente. Por tanto, la ausencia de ley determina automáticamente su inadmisibilidad. De igual modo ocurrirá si, a pesar de existir previsión legal, ésta no reúne los requisitos de calidad exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otra cosa será que sus deficiencias sean suplidas por los tribunales, como ha sucedido en materia de intervenciones telefónicas. Solución que, a nuestro entender, no debería servir para establecer aspectos esenciales de la medida de investigación no contemplados por la ley, pero que, ciertamente, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido.

A idéntica conclusión cabe llegar respecto al principio de justificación teleológica. La resolución judicial que acuerda una medida de investigación corporal debe indicar la finalidad perseguida con su adopción, expresando el juicio de ponderación entre los derechos fundamentales afectados por la misma y los fines constitucionales que legitiman su limitación. La falta de expresión de tales fines vulnerará los derechos fundamentales afectados por ella y comportará la nulidad de tal resolución.

Con más razón, la ausencia de resolución judicial, salvo en los casos admitidos como excepción, determinará igualmente la vulneración de los derechos fundamentales afectados por la medida practicada y la misma devendrá ineficaz. Lo mismo cabe decir si la resolución judicial existe, pero carece de motivación o ésta es insuficiente. Los derechos fundamentales afectados por la medida así acordada resultarán lesionados y, en consecuencia, tal medida será “inutilizable”.

Igualmente, si la medida acordada no es adecuada cualitativa, cuantitativa y subjetivamente resultará desproporcionada y vulnerará los derechos fundamentales de las personas afectadas por la misma.

En cambio, si la medida no es imprescindible para la determinación de los hechos punibles o la identificación de su autor, o bien no es la menos lesiva para la consecución de tal fin, no parece que ello deba comportar inexorablemente la nulidad de la medida, en todo caso, como tampoco puede comportarla, sin más, el hecho de no resultar proporcionada a las circunstancias del caso concreto o a las circunstancias personales del sujeto afectado por la medida.

En definitiva, cuando la medida no resulte necesaria a los fines de la investigación o no resulte proporcionada en sentido estricto, deberá estarse a las circunstancias concurrentes en el caso concreto para poder determinar si se han vulnerado o no los derechos fundamentales afectados por la misma.

Igualmente, cuando la infracción se refiera a alguno de los requisitos específicos exigidos por la medida acordada, su práctica por personal médico o sanitario, por ejemplo, habrá que analizar qué aspectos concretos pretendían salvaguardarse con tal exigencia para poder determinar si se ha producido o no vulneración de derechos fundamentales y cuáles sean por sus consecuencias, sin que quepa dar, una vez más, una respuesta válida para todos los casos, dada la heterogeneidad característica de los actos de investigación corporal y los distintos requisitos específicos que cada uno de ellos puede llegar a exigir. Podríamos estar, por tanto, únicamente ante irregularidades procedimentales no invalidantes, pero para ello sería necesario, primero, tener una norma que estableciese los requisitos a observar en su práctica y su finalidad.

Vigésimo segunda.- Por último, cabe añadir que también resulta necesario regular en la fase instructora de los distintos procedimientos penales, un incidente específico que permita excluir del sumario las diligencias practicadas con vulneración de derechos fundamentales, a fin de evitar, no ya que lleguen a juicio, sino que la investigación siga construyéndose sobre la base de las mismas cuando se haya constatado ya en tal fase su ilicitud o su nulidad.

Es cierto que, técnicamente, desde un punto de vista procesal, el momento más adecuado para ello es el de la fase oral, pero no lo es menos que entonces, con independencia de los efectos psicológicos que pueda tener en el tribunal decisor, la ilicitud puede haberse expandido a todas las diligencias derivadas de la obtenida con vulneración de derechos fundamentales y comportar la nulidad en cadena de un buen número de diligencias.

Cuando menos, debería articularse tal trámite durante la fase de preparación del juicio oral a llevar a cabo por un órgano distinto del instructor, pero también distinto del tribunal decisor, a fin de que las diligencias excluidas no tengan influencia alguna en el mismo y los medios de prueba que se practiquen bajo su intermediación no estén afectados, ni puedan ser tachados ya por ninguna de las partes, de nulos.

En definitiva, se trata de extraer del proceso, cuanto antes, todas las diligencias de investigación que hayan vulnerado derechos fundamentales del imputado, dadas las desastrosas consecuencias que suele comportar tal constatación en la sentencia que pone fin al, casi siempre, excesivamente dilatado periplo judicial.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xavier: “Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras de ADN”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2011, La Ley, págs. 113-141.

ACED FÉLEZ, Emilio: “Ejercicio y garantía del derecho a la protección de datos personales en el Convenio de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio 2007, págs. 65-96, disponible en Internet: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE7pdf/04EmilioACED.pdf>

AGUIAR DE LUQUE, Luis: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 14, enero-abril 1993, págs. 9-34.

AGUIRREAZKUENAGA, Iñaki: “Contexto de la Ley de Seguridad Ciudadana. Análisis jurídico de los controles de identidad: *voluntas legis* e interpretación jurisprudencial del TC”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 38, 1994, págs. 13-55.

ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel: *La prueba ilícita penal. Decadencia y extinción. Jurisprudencia práctica comparada con EEUU*, Málaga, 2013, Editorial Ley 57.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: “El alcance del fallo en el recurso de amparo (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994)”, *Revista General del Derecho*, número 598-599, julio-agosto 1994, págs. 7871-7902.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, 1996, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones.

ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, Centro de Estudios Constitucionales [Título original: *Theorie der grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Revisión: Ruth Zimmerling].

ALMAGRO NOSETE, José: “Teoría general de la prueba en el proceso penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La prueba en el proceso penal, 1992, CGPJ, Madrid, págs. 17-48.

ALONSO, Antonio; GARCÍA, Óscar: “Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento en la investigación policial”, en *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, (ed. Carlos M.^a Romeo Casabona), Bilbao-Granada, 2002, Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, págs. 27-43.

ALONSO ALONSO, Antonio: “Una década de perfiles de ADN en la investigación penal y civil en España: La necesidad de una regulación legal”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36: Genética y Derecho, 2001, CGPJ, Madrid, págs. 69-94.

ALONSO ALONSO, Antonio: “Conceptos básicos de ADN forense”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, Madrid, págs. 1860-1871, disponible en Internet: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL35.pdf>.

ALONSO PÉREZ, Francisco: “Controles policiales, verificaciones de identidad y entrada y registro en domicilio en la Ley Orgánica 1/1992 sobre protección de la Seguridad Ciudadana”, *Revista de Documentación*, 1993, págs. 55-85.

ALONSO PÉREZ, Francisco: “Cacheos y registros corporales”, *La Ley*, 8 de octubre de 1999, marg. D-246, págs. 1952-1957.

ALONSO PÉREZ, Francisco: *Medios de investigación en el proceso penal. Legislación, comentarios, jurisprudencia, formularios*, 2ª ed. (revisada y ampliada, adaptada a la Ley 38/2002, de 24 de octubre y a la LO 8/2002, de la misma fecha), Madrid, 2003, Dykinson.

ALONSO UCEDA, Alfredo: “Valoración práctica de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en los procesos de determinación de la filiación: criterios a tener en cuenta y alternativas a considerar”, *Revista General del Derecho*, núm. 654, 1999, págs. 1796-1812.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana: *La prueba de ADN en el proceso penal*, Granada, 2008, Comares.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “La función de las garantías en la actividad probatoria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 215-242.

ANEIROS PEREIRA, Jaime: “El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Quincena Fiscal: Revista de actualidad fiscal*, núm. 17, octubre 2002, págs. 9-23.

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., Madrid, 2007, Centro de Estudios Ramón Areces.

ARILLA PLATERO, Jesús: “Intervención corporal en el proceso penal. Especial referencia a la extracción y análisis de sangre”, *Diario Jurídico Aranzadi*, 2 de abril de 2003.

ARMAS GALVE, Mercedes; CALVO RESEL, Pilar: “Las intervenciones corporales como medio de obtención de prueba en el proceso penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 409-419.

ARMENTA DEU, Teresa: “Prueba ilícita y reforma del Proceso Penal”, *Revista del Poder Judicial*, vol. XIX: Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2006, CGPJ, Madrid, págs. 177-211.

ARMENTA DEU, Teresa: “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, *Revista Ius et Praxis*, núm. 2, 2007, págs. 345-377.

ARMENTA DEU, Teresa: “Exclusionary rule: Convergencias y divergencias entre Europa y América”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 11, 2009, págs. 81-110.

ARMENTA DEU, Teresa: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, 2ª ed., Madrid, 2011, Marcial Pons.

ARMENTA DEU, Teresa: *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?*, Madrid, 2012, Marcial Pons.

ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Madrid, 2012, Marcial Pons.

ARMENTEROS LEÓN, Miguel: “Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal”, *La Ley*, núm. 6738, 19 de junio de 2007, ref. D-144, págs. 1882-1896.

AROSAMENA SIERRA, Jerónimo: “Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional”, *Poder Judicial*, núm. 35, septiembre 1994, págs. 21-42.

ASENCIO MELLADO, José María: “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional (S.T.C. 114/84, de 29 de noviembre)”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, núm. 1, enero-abril, 1985, págs. 289-296.

ASENCIO MELLADO, José María: “Los métodos alcoholométricos en la jurisprudencia constitucional (Comentario a las Sentencias de 3, 4, 28 y 30 de Octubre de 1985)”, *La Ley*, 1986-2, págs. 988-997.

ASENCIO MELLADO, José María: “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2”, *Poder Judicial*, número 4, diciembre 1986, CGPJ, págs. 33-47.

ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, Trivium.

ASENCIO MELLADO, José María: “El imputado en el proceso penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 59-78.

ASENCIO MELLADO, José María: “La detención a los solos efectos de identificación personal prevista en el artículo 20 del proyecto de Ley Orgánica sobre protección de la Seguridad Ciudadana”, *Derechos y libertades*, núm. 2, 1993-1994, págs. 25-40.

ASENCIO MELLADO, José María: “La intervención de la defensa en la fase de instrucción”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1997, págs. 7-44.

ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Valencia, 2012, Tirant lo Blanch.

ASENCIO MELLADO, José María: “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales”, *Jueces para la democracia*, núm. 66, 2009, págs. 85-100.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “La intervención médica contra la voluntad del paciente (A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto 1979, págs. 491-500.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “Agresión médica y consentimiento del paciente”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, págs. 127-138.

BANACLOCHE PALAO, Julio: *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, McGraw-Hill.

BANACLOCHE PALAO, Julio: “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo – agosto 2000, págs. 179-201.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, septiembre-diciembre 1998, págs. 15-49.

BAYARRI GARCÍA, Clara Eugenia: “La prueba ilícita y sus efectos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 423-504.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 281-298.

BORRAJO INIESTA, Ignacio: “Presunción de inocencia. Investigación y prueba”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. IX: La prueba en el proceso penal II, 1996, CGPJ, Madrid, págs. 13-53.

BORRAJO INIESTA, Ignacio: “Comentario a la STC 207/1996”, *Tribunales de Justicia*, 1997/4, § 44, págs. 487-488.

BORREGO BORREGO, Javier: “La jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo, (Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en aplicación del art. 3 del Convenio Europeo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 27-45.

BUISÁN GARCÍA, Nieves: “La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 433-446.

BUJOSA VADELL, Lorenzo: “El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (En torno a la Sentencia del Tribunal

Constitucional 7/1994, de 17 de enero)”, *Revista General del Derecho*, número 616-617, enero-febrero 1996, págs. 179-199.

BUJOSA VADELL, Lorenzo: *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1997, Tecnos.

CALVO RESEL, Pilar; ARMAS GALVE, Mercedes: “Las intervenciones corporales como medio de obtención de prueba en el proceso penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 409-419.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: “La garantía de los derechos fundamentales afectados por la Convención de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio 2007, págs. 97-118, disponible en Internet: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/05gregoriocamaravillar.htm>

CARMONA RUANO, Miguel: “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?”, *Jueces para la democracia*, núm. 25, 1996, págs. 95-99.

CARMONA SALGADO, Concepción; MARTÍNEZ RUIZ, Jesús: “De nuevo sobre la „inconstitucionalidad“ del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997 de 2 de octubre”, *La Ley*, 1998-4, ref. D-215, págs. 1521-1528.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María: *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, 1998, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CASTILLO BLANCO, Federico: “La Ley de Seguridad Ciudadana: reflexiones sobre algunos puntos controvertidos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993, págs. 423-466.

CASTILLO BLANCO, Federico: “Comentarios de urgencia sobre la polémica STC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Poder Judicial*, núm. 33, marzo 1994, págs. 307-333.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: “Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual”, *La Ley*, 1994, vol. III, págs. 815-825.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: “Pericia genética y proceso penal”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, número 9, julio-diciembre 1998, págs. 59-90.

CLIMENT DURAN, Carlos: *Detenciones ilegales policiales*, Valencia, 1998, Tirant lo Blanch.

CLIMENT DURAN, Carlos: “Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 5 de noviembre de 1990. Ponente:

Excmo. Sr. Don Marino Barbero Santos)”, *Revista General de Derecho*, núm. 559, abril 1991, págs. 2547-2554.

COMAS DE ARGEMIR CENDRA, Montserrat: “La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. La prueba de alcoholemia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La instrucción del sumario y las diligencias previas, 1998, CGPJ, Madrid, págs. 63-112.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; RODRÍGUEZ OLMOS, Fernando: “ADN y proceso penal. Una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de las bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”, Investigación encargada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, disponible en http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/SC_107809-cast.pdf

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Valencia, 2012, Tirant lo Blanch.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Constitución y justicia constitucional”, *Procuradores*, número 21, enero-febrero 1999, págs. 34-40.

CUELLO CALÓN, Eugenio: “Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona”, *Anuario de Derecho Penal*, abril 1949, págs. 37-50.

CUESTA PASTOR, Pablo José: “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre (La constitucionalidad del artículo 380 del Código Penal. Criminalización de la negativa al test de alcoholemia)”, *Revista General del Derecho*, número 642, marzo 1998, págs. 1933-1941.

CUESTA PASTOR, Pablo José: “Los mecanismos de identificación y su uso en el proceso penal: Interrogantes a propósito de la «huella de ADN»”, en *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, (ed. Carlos M.ª Romeo Casabona), Bilbao-Granada, 2002, Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, págs. 75-124.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: “La identificación del delincuente a través de las huellas dactilares: la prueba dactiloscópica”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La prueba en el proceso penal, 1992, CGPJ, Madrid, págs. 425-449.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: “La voz como elemento identificador del delincuente”, *Revista Poder Judicial*, núm. 69, 2003, págs. 399-419.

DE LA CUEVA ALEU, Ignacio: “La diligencia de identificación en la nueva Ley de Seguridad Ciudadana”, *Actualidad Penal*, núm. 31, agosto-septiembre 1992, págs. 311-319.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Tribunales de Justicia*, núm.8-9, agosto-septiembre 2003, págs. 1-12.

DE ROSA TORNER, Fernando: “Intervenciones médicas y su relación con la limitación de los derechos fundamentales en el procedimiento penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 379-397.

DE VEGA RUIZ, José Augusto: *Proceso penal y Derechos Fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Madrid, 1994, Colex.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio: “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV: Constitución y Garantías Penales, 2003, CGPJ, Madrid, págs. 59-90.

DÍAZ CABIALE, José Antonio: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Premio “Poder Judicial”, 1992, CGPJ, Madrid, págs. 5-279.

DÍAZ CABIALE, José Antonio: “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, págs. 67-196.

DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍN MORALES, Ricardo: “¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?”, *La Ley*, núm. 4445, 24 de diciembre de 1997, págs. 1-4.

DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, Civitas Ediciones.

DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍN MORALES, Ricardo: “La teoría de la conexión de antijuricidad”, *Jueces para la democracia*, núm. 43, marzo 2002, págs. 39-49.

DÍAZ MENDEZ, Nicolás: “Libertad, prisión, detención, retención y presentación”, *Actualidad Penal*, núm. 11, 18 de marzo de 1990, págs. 103-117.

DÍAZ REVORIO, F. Javier: “La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 20/21, 1997, págs. 175-186.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, págs. 603-659.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús: “ADN y derechos fundamentales”, *La Ley*, núm. 7774, 12 enero 2012, ref. D-15, pág. 1295-11302.

ECHARRI CASI, Fermín Javier: “Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, 2003, págs. 261-301.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. Ángeles: “El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (I)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, enero-junio 1995, págs. 71-92.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. Ángeles: “El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad (II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, julio-diciembre 1995, págs. 45-68.

ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquín; GANZENMÜLLER ROIG, Carlos: “El nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, considerado como desobediencia grave a la autoridad”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1799, 15 de junio de 1997, págs. 5-24.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. (Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales)*, Madrid, 1999, Trivium.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: “La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (A propósito de la STC 49/1999, de 5 de abril)”, *La Ley*, núm. 6, 1999, págs. 1171-1729.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: “La intervención médica en las diligencias procesales de investigación”, *Estudios de Derecho Judicial*, vol. 26: Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios, 2000, Ministerio de Sanidad y Consumo y CGPJ, Madrid, págs. 121-185.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, 2000, Comares.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: “Intervenciones corporales: la regulación que se aproxima”, *Tribunales de Justicia*, núm. 12, diciembre 2000, págs. 1297-1319.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: “Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”, *La Ley Penal*, núm. 4, abril 2004, págs. 19-37.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: “Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre”, *Justicia*, núm. 1-2, 2004, págs. 145-191.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte I)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 27, 2007, págs. 39-53.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: “Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación penal (Parte II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 28, 2008, págs. 105-140.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: “La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”, *La Ley*, núm. 6901, 11 de marzo de 2008, ref. D-77, págs. 1682-1692.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: “Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la «huella genética» y su valoración judicial”, *La Ley*, núm. 4721, 27 de enero de 1999, vol. I, ref.: D-23, págs. 1689-1697.

FAYOS GARDÓ, Antonio: “Los derechos fundamentales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en la LECrim”, *Justicia*, números I-II, 1993, págs. 277-321.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano: “La intimidad corporal como límite de la acción investigadora del Estado”, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, (coord. Luis Martínez-Calcerrada Gómez), vol. I, Madrid, 2001, Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 503-520.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, núm. especial VI: Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, CGPJ, Madrid, 1989, págs. 57-87.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. IX: La prueba en el proceso penal II, 1996, CGPJ, Madrid, págs. 55-210.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio: “La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuentes: aspectos procesales”, en *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, (ed. Carlos M.^a Romeo Casabona), Bilbao-Granada, 2002, Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, págs. 125-237.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, septiembre-diciembre 1993, págs. 195-247.

FERRER AMIGO, Gonzalo: “Incidencia constitucional de las intervenciones corporales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 399-408.

FIDALGO GALLARDO, Carlos: “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”, *Tribunales de Justicia*, núm. 5, mayo 2003, págs. 21-35.

FIGUEROA NAVARRO, Carmen: “Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 54, noviembre 2008, págs. 5-18.

FORCADA JORDI, Marcos: “Las inspecciones o registros sobre la propia persona”, *La Ley*, 26 de octubre de 1990, págs. 989-995.

- FORNER, Juan Pablo: *Discurso sobre la tortura*, Barcelona, 1990, Crítica.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa: “Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 35, 1993, págs. 79-103.
- FRIGOLA VALLINA, Joaquín; GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco: “El nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, considerado como desobediencia grave a la autoridad”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1799, 15 de junio de 1997, págs. 5-24.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma: “Las intervenciones corporales”, *Manuales de Formación continuada*, núm. 46: Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial, 2007, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, págs. 483-494.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: “Tribunal Constitucional, inviolabilidad del domicilio y regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Nuevas reglas sobre viejos temas. A propósito de la STC 22/2003, de 10 de febrero”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 11, octubre 2003, págs. 2567-2597.
- GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquín: “El nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, considerado como desobediencia grave a la autoridad”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1799, 15 de junio de 1997, págs. 5-24.
- GARCÍA, Óscar: “Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN: Antecedentes históricos y visión genética”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 27, 2007, págs. 181-203.
- GARCÍA, Óscar; ALONSO, Antonio: “Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento en la investigación policial”, en *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, (ed. Carlos M.ª Romeo Casabona), Bilbao-Granada, 2002, Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, págs. 27-43.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol. Ejercicio del derecho constitucional a la defensa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, núm. 3, págs. 53-73.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes; REBOLLO VARGAS, Rafael: “La exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su infracción”, en *La Ley de Seguridad Ciudadana*, Barcelona, PPU, Departament de Ciència Política i Dret Públic, UAB, 1994, págs. 89-114.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Valencia, 1995, Tirant lo Blanch.
- GARCÍA MUÑOZ, Pedro Luis: “La actividad policial con incidencia probatoria”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en*

el proceso penal: competencia, objeto y límites, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2010, La Ley, págs. 169-233.

GARCÍA SORIANO, María Vicenta: “La libertad personal en el Convenio de Roma de 1950”, *Revista General de Derecho*, núm. 598-599, julio-agosto 1994, págs. 8051-8079.

GARCÍA TORRES, Jesús: “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, *Poder Judicial*, núm. 10, junio 1988, CGPJ, págs. 11-33.

GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio: “Las intervenciones corporales y el proceso penal acusatorio”, 15 de marzo de 2007, trabajo de posesión como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, disponible en http://www.acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion_garcia_valencia.

GARCÍA VILA, Mónica: “Los cacheos: delimitación y clases”, *Actualidad Penal*, número 13, 2000-1, págs. 299-329.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M.^a: “La prueba pericial biológica en los procesos de filiación. Doctrina jurisprudencial”, *Tribunales de Justicia*, núm. 10, octubre 1998, págs. 955-967.

GARZÓN REAL, Baltasar: “Análisis específico de la doctrina constitucional respecto a determinadas diligencias sumariales. Ruedas de reconocimiento. Toma de huellas. Toma de fotografías”, *Actualidad Penal*, 1989-1, ref. 488, págs. 1359-1364.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Madrid, 1995, Colex.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel: “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. III: Delitos contra la libertad y la seguridad, 1996, CGPJ, Madrid, págs. 27-146.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel: “La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal”, *La Ley*, 1996, vol. II, ref. XLVIII, págs. 865-911.

GIMÉNEZ PERICAS, Antonio: “Sobre la prueba ilícitamente obtenida”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La prueba en el proceso penal, 1992, CGPJ, Madrid, págs. 279-296.

GIMENO SENDRA, Vicente: “Valor probatorio de los métodos alcoholométricos”, *La Ley*, 1984-4, págs. 1102-1110.

GIMENO SENDRA, Vicente: “La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1992, págs. 505-525.

GIMENO SENDRA, Vicente: “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *La Ley*, núm. 4024, 26 de abril de 1996, págs. 1-6.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, Aranzadi.

GOMARIZ PARRA, Rafael: “Algunas consideraciones sobre las huelgas de hambre y las autolesiones en el ámbito penitenciario”, *La Ley*, 1990, vol. III, págs. 903-911.

GÓMEZ AMIGO, Luis: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Cizur Menor (Navarra), 2003, Aranzadi.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985, Bosch Casa Editorial.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1998, págs. 145-167.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia; MONTERO AROCA, Juan: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 20ª ed., Valencia, 2012, Tirant lo Blanch.

GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel: *El comportamiento procesal del imputado (Silencio y falsedad)*, Barcelona, 1979, Hijos de José Bosch.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar: “La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de alcoholemia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, págs. 1000-1010.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: “Los datos genéticos en el Tratado de Prüm”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio 2007, págs. 137-165, disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE7/articulos/07yolandagomezsanchez.htm>

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: “La protección de los datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa”, *Derecho y Salud*, núm. 16, núm. Extra 1, 2008, págs. 59-78, disponible en <http://www.ajs.es/downloads/vol1604.pdf>

GONZÁLEZ MONTES, José Luis: “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (El derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1990-1, págs. 29-44.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis: “Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita”, *Derechos y Libertades*, núm. 2, marzo 1994, págs. 67-79.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, Civitas.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, Colex.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, septiembre-diciembre 1998, págs. 191-215.

GOYENA HUERTA, Jaime: “La negativa del imputado a intervenir en las diligencias de identificación: consecuencias procesales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 26 de noviembre 1998, núm. 367, págs. 1-5.

GOYENA HUERTA, Jaime: “Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 de marzo de 2001, núm. 476, págs. 1-6.

GOYENA HUERTA, Jaime: “Las intervenciones corporales coercitivas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, núm. 695, págs. 1-7.

GUARIGLIA, Fabricio: “Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”, *Jueces para la democracia*, núm. 26, julio 1996, págs. 76-80.

GUERRERO PICÓ, M. Carmen: “Reconocimiento jurisprudencial de la constitucionalidad de la obligación de sometimiento *a priori* de la prueba de alcoholemia”, en *El principio constitucional de intervención indiciaria*, (coord. Ricardo Martín Morales), Granada, 2000, Grupo Editorial Universitario.

GUILLÉN VÁZQUEZ, Margarita; MORENO VERDEJO, Jaime: “ADN y proceso jurisdiccional: excesos y defectos. Necesidad de superar la actual situación de anomia”, *Práctica Penal*, núm. 1, enero-febrero 2003, Editorial SEPIN, págs. 45-62.

GUILLÉN VÁZQUEZ, Margarita: “Bases de datos de ADN con fines de investigación penal. Especial referencia al Derecho comparado”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, Madrid, págs. 1860-1871, disponible en Internet: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL40.pdf>.

GUTIÉRREZ CARBONELL, Miguel: “Tratamiento procesal de la pericia médica en el procedimiento penal. Diligencias de instrucción y pruebas: preconstituidas, anticipadas y plenarias”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. V: Medicina Legal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 9-43.

GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos: *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia, 2006, Tirant lo Blanch.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco: “La prueba preconstituida”, en *La prueba en el proceso penal*, Madrid, CGPJ, Centro de Estudios Judiciales, Colección Cursos, vol. XII, 1993, págs. 77-99.

HERRERO HERRERO, César: “Detención preprocesal y detención funcional-operativa”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1519, 1989, págs. 64-76.

HERRERO HERRERO, César: “Registros y otras indagaciones de instrumentos de prueba en el ámbito corporal de las personas”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1576, 1990, págs. 66-87.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando: “El tiempo no perdona (Notas acerca de la STC 207/1996, de 16 de diciembre)”, *Tribunales de Justicia*, núm. 4, abril 1998, págs. 411-418.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando: “La alternativa Juez de Instrucción – Juez de Garantías a la vista de los problemas relacionados con la investigación penal y las técnicas de ADN”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 42: El Juez de Instrucción y Juez de Garantías: Posibles alternativas, 2002, CGPJ, Madrid, págs. 217-256.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando: “Intervenciones corporales: Jurisprudencia constitucional”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, Madrid, págs. 1890-1918, disponible en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL37.pdf>.

HOYOS SANCHO, Montserrat de: “Acerca del valor procesal de las declaraciones del imputado ante la Policía Judicial y la conformación de la „mínima actividad probatoria de cargo“. Reflexiones con motivo de la publicación de la STS, Sala de lo Penal, núm. 1215/2006, de 4 de diciembre”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 21, mayo 2007, págs. 35-57.

HOYOS SANCHO, Montserrat de: “Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 155: Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas Penales Europeos, 2009, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, págs. 213-261.

HUERTAS MARTÍN, M. Isabel: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, 1999, José M.^a Bosch, editor.

IGLESIAS CANLE, Inés: *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, 2003, Colex.

IGLESIAS CANLE, Inés: “La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECrim: La quiebra del principio de legalidad”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, (Dir. Nicolás González-Cuéllar Serrano), Madrid, 2006, Colex, págs. 175-202.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel; LOZANO GARCÍA, Carlos: “El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia (art. 380 CP). (A propósito de las SSTC 161/1997, de 2 de octubre, y 234/1997, de 18 de diciembre)”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1845, 15 de mayo de 1999, págs. 5-43.

ITURRALDE SESMA, Victoria: “Intervenciones corporales y derechos fundamentales”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 20/21, 1997, págs. 187-220.

JUANES PECES, Ángel: “La prueba prohibida. Análisis de la sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 353, 30 de julio de 1998, págs. 1-4.

LIBANO BERISTAIN, Arantza: “La intervención judicial en la prueba de ADN (Comentario a las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 501/2005, de

19 de abril de 2005 y n.º 1311/2005, de 14 de octubre de 2005)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 23, 2005, págs. 193-207.

LIBANO BERISTAIN, Arantza: “El análisis de ADN (sin necesidad de intervención corporal) en el ámbito del proceso penal”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, (coord. Juan Antonio Robles Garzón y Manuel Pascual Ortells Ramos), vol. 2 (Comunicaciones), Málaga, 2006, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, págs. 101-112.

LIBANO BERISTAIN, Arantza: “La diligencia de perfiles de ADN en el proceso penal. Especial consideración de dos supuestos excepcionales”, en *Rigor doctrinal y practica forense (Liber amicorum José Luis Vázquez Sotelo)*, VV.AA., Barcelona, 2009, Atelier, págs. 591-607.

LIBANO BERISTAIN, Arantza: “La práctica del análisis de perfiles de ADN a personas distintas al imputado en el proceso penal”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2010, págs. 203-222.

LIÑÁN NOGUERAS, Diego: “La aplicación en España de los tratados relativos a derechos y libertades fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 269-327.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco: “La paternidad forzada: a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 1994”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, julio-diciembre 1994, págs. 203-212.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, Akal.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “La intimidad corporal devaluada (Comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional)”, *Poder Judicial*, núm. 14, junio 1989, CGPJ, págs. 123-130.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 6: Genética y Derecho, 2004, CGPJ, Madrid, págs. 209-237.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: “El derecho a guardar silencio y a no inculparse”, *Manuales de Formación continuada*, núm. 22: Derechos Procesales Fundamentales, 2004, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, págs. 587-625.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José: “La detención del indocumentado”, *Poder Judicial*, núm. 26, junio 1992, págs. 153-157.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José: “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXII: Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar, 1996, CGPJ, Madrid, págs. 275-307.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José: “Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional (A propósito de la STC 81/1998)”, *Derecho y proceso penal*, núm. 1, 1999, págs. 123-144.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada: “La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 708, 2006, págs. 1-10.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: “Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36: Genética y Derecho, 2001, CGPJ, Madrid, págs. 133-207.

LORENTE ACOSTA, José Antonio: “Identificación genética criminal: Importancia médico legal de las bases de datos de ADN”, en *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, (ed. Carlos M.^a Romeo Casabona), Bilbao-Granada, 2002, Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, págs. 1-25.

LORENTE ACOSTA, José Antonio: *Un detective llamado ADN. Tras las huellas de criminales, desaparecidos y personajes históricos*, Madrid, 2004, Ediciones Temas de Hoy.

LORENTE HURTADO, Fernando: “La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, *Poder Judicial*, núm. 1, marzo 1986, CGPJ, págs. 59-69.

LOZANO EIROA, Marta: “Prueba prohibida y confesión: la excepción de la «conexión de antijuridicidad»”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 28, 2012.

LOZANO EIROA, Marta: “El derecho al silencio del imputado en el proceso penal”, *Diario La Ley*, 18 de septiembre de 2012, núm. 7925.

LOZANO GARCÍA, Carlos; IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel: “El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia (art. 380 CP). (A propósito de las SSTC 161/1997, de 2 de octubre, y 234/1997, de 18 de diciembre)”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1845, 15 de mayo de 1999, págs. 5-43.

LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel; RENEDO ARENAL, María Amparo: “Algunas cuestiones sobre la validez e incorporación probatoria en el proceso penal de los perfiles de ADN. En particular la indefinición del status del sujeto pasivo de la medida”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, (coord. Juan Antonio Robles Garzón y Manuel Pascual Ortells Ramos), vol. 2 (Comunicaciones), Málaga, 2006, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, págs. 135-144.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “La primera jurisprudencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa”, *Datospersonales.org*, Revista digital de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 1 de marzo de 2003, núm. 1, disponible en <http://www.datospersonales.org/>

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “Diez preguntas sobre el derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos de carácter personal”, disponible en <http://www.apdcat.net/media/305.pdf>.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 238, 1987, págs. 47-60.

MAGALDI PATERNOSTRO, María José: “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, *Manuales de Formación Continuada*, vol. 12: La prueba en el proceso penal, 2000, CGPJ, Madrid, págs. 111-141.

MAGRO SERVET, Vicente: “La actuación policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal”, *La Ley*, 23 de julio de 2002, págs. 1-8.

MAGRO SERVET, Vicente: *Manual práctico de actuación policial-judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*, Madrid, 2006, La Ley.

MAGRO SERVET, Vicente: “Las intervenciones corporales por los agentes de la autoridad: ¿Intervención judicial permanente y en cualquier caso?”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, enero 2012, núm. 89.

MALEM SEÑA, Jorge: “Privacidad y mapa genético”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, enero-junio 1995, págs. 125-146.

MARCA MATUTE, Javier: “Inspección ocular, levantamiento de cadáver y reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente probatoria”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2011, La Ley, págs. 21-111.

MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás: “La llamada „prueba ilícita“ y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal*, núm.7, febrero 1998, págs. 141-162.

MARTÍN BRAÑAS, Carlos: “La prueba anticipada en el proceso penal”, *Revista de Derecho Procesal*, 2001, núm. 1-3, págs. 471-554.

MARTÍN GARCÍA, Pedro: “La conexión de antijuridicidad: Solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2003, págs. 75-100.

MARTÍN MORALES, Ricardo; DÍAZ CABIALE, José Antonio: “¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?”, *La Ley*, núm. 4445, 24 de diciembre de 1997, págs. 1-4.

MARTÍN MORALES, Ricardo (coord.): *El principio constitucional de intervención indiciaria. Test de alcoholemia, videovigilancia, cacheos, redadas y controles*

policiales, hallazgos casuales, intervenciones domiciliarias, telefónicas, penitenciarias, aduaneras y otras, Granada, 2000, Grupo Editorial Universitario.

MARTÍN MORALES, Ricardo; DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, Civitas Ediciones.

MARTÍN MORALES, Ricardo; DÍAZ CABIALE, José Antonio: “La teoría de la conexión de antijuricidad”, *Jueces para la democracia*, núm. 43, marzo 2002, págs. 39-49.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio: “Identificación del delincuente”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 131-162.

MARTÍN PASTOR, José: “Sobre los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, en la jurisprudencia constitucional y en nuestra legislación procesal penal”, en *La salud: intimidad y libertades informativas* (Dir. Carmen Tomás-Valiente Lanuza), Valencia, 2006, Tirant lo Blanch, págs. 83-125.

MARTÍN PASTOR, José: “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 46, febrero 2008, págs. 42-73.

MARTÍN PASTOR, José: “La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, enero 2012, núm. 89.

MARTÍN VIDA, M.^a Ángeles: “Restricciones sin base indiciaria en los ámbitos penitenciario y aduanero”, en *El principio constitucional de intervención indiciaria*, (coord. Ricardo Martín Morales), Granada, 2000, Grupo Editorial Universitario.

MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: “La tortura judicial en la legislación histórica española”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXII, 1962, págs. 223-300.

MARTÍNEZ RUIZ, Jesús: “Consideraciones en torno a la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 44, septiembre 1996, págs. 57-61.

MARTÍNEZ RUIZ, Jesús; CARMONA SALGADO, Concepción: “De nuevo sobre la „inconstitucionalidad“ del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997 de 2 de octubre”, *La Ley*, 1998-4, ref. D-215, págs. 1521-1528.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: “La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los

casos „Valenzuela Contreras“ y „Prado Bugallo“, ambos contra España)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 377-406.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela: *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, Valencia, 2008, Tirant lo Blanch.

MEDINA GUERRERO, Manuel: “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público*, septiembre-diciembre 1998, págs. 119-141.

MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de: “Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, enero-junio 1995, págs. 25-28.

MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRIES, Santiago: “Relevancia jurídico-constitucional y penal de la huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Actualidad Penal*, número 8, 1991, págs. 101-118.

MILLÁN SALAS, Francisco; PERALTA ORTEGA, Juan Carlos: “El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 5, 1995, págs. 203-222, disponible en <http://revistas.ucm.es/emp/11316985/articulos/CESE9595110203A.PDF>.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, José M.^a Bosch, editor.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999, José M.^a Bosch, editor.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, *Jueces para la democracia*, núm. 47, julio 2003, págs. 53-66.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2^a ed. revisada y ampliada, Barcelona, 2004, José M.^a Bosch, editor.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, págs. 131-151.

MÓNER MUÑOZ, Eduardo: “Las intervenciones corporales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 163-181.

MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1997, Tirant lo Blanch.

MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier: “Las intervenciones corporales tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1970, agosto 2004, págs. 5-19.

MONTES LÓPEZ, Francisco: “El ADN en la investigación criminal”, *Boletín del Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior*, 2005, [online], disponible en http://www.iuisi.es/15_boletines/15_2005/doc036-2005.pdf.

MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 20ª ed., Valencia, 2012, Tirant lo Blanch.

MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel: “Propuestas para la creación y regulación legal en España de una base de datos de ADN con fines de identificación criminal”, en *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, (ed. Carlos M.ª Romeo Casabona), Bilbao-Granada, 2002, Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, págs. 45-73.

MORENILLA RODRÍGUEZ, José María: “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 2ª época, núm. 15, septiembre 1989, págs. 53-90.

MORENILLA RODRÍGUEZ, José María: “El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 289-333.

MORENO CATENA, Víctor: “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, número especial II, marzo 1987, CGPJ, págs. 131-172.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Valencia, 2012, Tirant lo Blanch.

MORENO VERDEJO, Jaime: “ADN y proceso penal: Análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, Madrid, págs. 1801-1841, disponible en Internet: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL33.pdf>.

MORENO VERDEJO, Jaime; GUILLÉN VÁZQUEZ, Margarita: “ADN y proceso jurisdiccional: excesos y defectos. Necesidad de superar la actual situación de anomia”, *Práctica Penal*, núm. 1, enero-febrero 2003, Editorial SEPIN, págs. 45-62.

MUERZA ESPARZA, Julio: “Sobre el efecto reflejo de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. ¿Una nueva interpretación? (Comentario a la STC 81/1998, de 2 de abril [RTC 1998, 81])”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1998, vol. IV: Índices y Estudios, págs. 509-518.

MÜNCH, Ingo von: “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo-agosto 1982, págs. 9-33.

MUÑOZ CUESTA, Javier: “Obtención de muestras del inculpado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física”, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 2006, vol. VII, págs. 21289-21293.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta: “Hacia la cobertura legal de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: La reforma del art. 579 LECrim”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 27, 2005, págs. 47-92.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta: “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, (Dir. Nicolás González-Cuéllar Serrano), Madrid, 2006, Colex, págs. 137-174.

MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Barcelona, 1993, 3ª ed. (corregida y aumentada), Praxis.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: “La prueba de ADN: su nueva normativa procesal”, *Jueces para la democracia*, núm. 51, 2004, págs. 72-80.

NIEVA FENOLL, Jordi: “Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal”, *Revista Poder Judicial*, núm. 77, 2005, págs. 201-220.

NIEVA FENOLL, Jordi: “El discutido valor probatorio de las diligencias policiales”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2007, tomo 4, marg. D-195, págs. 1652-1666.

NIEVA FENOLL, Jordi: “La protección de los derechos fundamentales en las diligencias policiales de investigación del proceso penal”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, junio 2008, núm. 50.

NIEVA FENOLL, Jordi: “Algunas sugerencias acerca de la práctica y valoración de la prueba de perfil de ADN”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, mayo 2012, núm. 93.

NIEVA FENOLL, Jordi: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2012, Edisofer.

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: “La sentencia del Tribunal Constitucional de 17-1-94 sobre filiación, desde una perspectiva procesal”, *Poder Judicial*, núm. 36, diciembre 1994, CGPJ, págs. 107-151.

OLMEDO CARDENETE, Miguel: “Estudio de determinadas restricciones de la libertad de secuencia anterior a la detención”, en *El principio constitucional de intervención indiciaria*, (coord. Ricardo Martín Morales), Granada, 2000, Grupo Editorial Universitario.

OLMO DEL OLMO, José Antonio del: *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Madrid, 1999, Trivium.

ORDOÑEZ FERNÁNDEZ, Carmelo: “Pruebas biológicas de paternidad. Estudio crítico de la prueba pericial. Garantías de la prueba y su incidencia en la determinación de la decisión judicial”, *La Ley*, 1995-2, págs. 989-996.

ORTEGA BENITO, Victoria; PEDRAZ PENALVA, Ernesto: “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Poder Judicial*, núm. 17, marzo 1990, págs. 69-98.

ORTEGO PÉREZ, Francisco: “Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal (En particular, las exploraciones radiológicas y su valoración probatoria)”, *La Ley*, núm. 6049, 28 de junio de 2004, págs. 1-8.

ORTEGO PÉREZ, Francisco: “Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (Interpretación jurisprudencial del *ius tacendi*)”, *La Ley*, núm. 6418, 9 de febrero de 2006, págs. 1-14.

ORTELLS RAMOS, Manuel: “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim”, *Revista de Derecho Procesal*, 1982, núm. 1, págs. 365-427.

ORTELLS RAMOS, Manuel: “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XII: Medidas restrictivas de derechos fundamentales, 1996, CGPJ, Madrid, págs. 13-66.

ORTÍ VALLEJO, Antonio: “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, enero-abril 1994, págs. 305-332.

PALACIOS CRIADO, María Teresa: “Diligencias que afectan a derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La instrucción del sumario y las diligencias previas, 1998, CGPJ, Madrid, págs. 237-282.

PASTOR BORGONÓN, Blanca: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. A propósito de la sentencia n.º 114/1984, de 29 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984), dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 167/1984”, *Justicia*, núm. 2, 1986, págs. 337-368.

PASTOR BORGONÓN, Blanca: “La prueba ilegalmente obtenida”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 183-214.

PAZ RUBIO, José María: “La prueba en el proceso penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La prueba en el proceso penal, 1992, CGPJ, Madrid, págs. 93-278.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: “Detención de indocumentados (Notas sobre el art. 20 LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 44, 12 de marzo de 1992, págs. 1-4.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: “Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales y su actual valoración”, *Revista General de Derecho*, núm. 586-587, julio-agosto 1993, págs. 7223-7270.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: “El derecho a la libertad y seguridad (Art. 5 del CEDH)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 73-172.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba «preconstituida»”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La instrucción del sumario y las diligencias previas, 1998, CGPJ, Madrid, págs. 11-62.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto; ORTEGA BENITO, Victoria: “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Poder Judicial*, núm. 17, marzo 1990, págs. 69-98.

PEDROS MARANÍ, M.^a Dolores; TAMAYO MUÑOZ, M.^a Carmen: “Intervenciones y registros corporales”, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, (coord. Luis Martínez-Calcerrada Gómez), vol. I, Madrid, 2001, Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 611-622.

PERALTA ORTEGA, Juan Carlos; MILLÁN SALAS, Francisco: “El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 5, 1995, págs. 203-222, disponible en <http://revistas.ucm.es/emp/11316985/articulos/CESE9595110203A.PDF>.

PERELLÓ DOMENECH, Isabel: “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia*, núm. 28, marzo 1997, págs. 69-75.

PÉREZ ARÉVALO, José Antonio: “La „retención policial“ en la norma y la jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Penal*, núm. 24, 18 de junio de 1989, págs. 1299-1307.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Los derechos fundamentales*, 7^a ed., Madrid, 1998, Tecnos.

PÉREZ MARÍN, María Ángeles: “Métodos alcoholométricos: doctrina del Tribunal Constitucional”, *Justicia*, núm. IV, 1994, págs. 823-841.

PÉREZ MARÍN, María Ángeles: “En torno a la prueba ilícita”, *Justicia*, núm. II-IV, 2001, págs. 233-259.

PÉREZ MARÍN, María Ángeles: “Sobre el consentimiento del sujeto pasivo de las diligencias de investigación corporal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, 2008, págs. 131-155.

PÉREZ MARÍN, María Ángeles: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. (Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal)*, Valencia, 2008, Tirant lo Blanch.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín: “La prueba de alcoholemia en el nuevo Reglamento General de Circulación”, *La Ley*, 1992-3, págs. 1069-1073.

PICATOSTE BOBILLO, Julio: “Cuestiones en torno a la diligencia de reconocimiento en rueda: práctica y jurisprudencia”, *Actualidad Penal*, núm. 31, 1995-2, marg. 477-508.

PICÓ I JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996, José M.^a Bosch, editor.

PICÓ I JUNOY, Joan: “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”, *La Ley*, núm. 4213, 23 de enero de 1997, págs. 1-6.

PICÓ I JUNOY, Joan: “El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2010, La Ley, págs. 25-83.

PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, 2^a ed., Barcelona, 2012, José M.^a Bosch editor.

PLANCHAT TERUEL, José María: “Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2010, La Ley, págs. 85-115.

POMARES GARCÍA, M.^a del Mar: “Las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad en los procesos de filiación. Estudio especial de la negativa a someterse a su práctica”, *La Ley*, 19 de marzo de 1993, págs. 1075-1096.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: “Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros „entretenimientos“ de la libertad. Una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal”, *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996, págs. 12-20.

POUGET BASTIDA, Miguel: “Sobre la prueba de alcoholemia”, *Revista General del Derecho*, núm. 591, diciembre 1993, págs. 11345-11367.

PRATS CANUT, José Miguel: “La retención policial”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 23, octubre 1994, págs. 26-41.

PRIETO RAMÍREZ, Luisa María: “La Ley Orgánica 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, págs. 19-26.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio: “La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimiento en rueda (I y II)”, *Actualidad Penal*, núms. 45 y 46, 1992-2, marg. 451-466 y 467-481, respectivamente.

PRIETO SOLLA, Lourdes: “Aplicaciones forenses del ADN”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, Madrid, págs. 1872-1899, disponible en Internet: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL36.pdf>.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan: “La retención policial es una detención inconstitucional”, *Actualidad Penal*, núm. 38, 22 de octubre de 1989, págs. 2091-2095.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: “Una revolución en la técnica procesal. Las pruebas clínicas de veracidad”, *Revista de Derecho Procesal*, 1950, págs. 641-662.

RAFAEL HUESO, Clara Juan: “Intervenciones corporales en los delitos contra la libertad sexual. Prueba pericial médica sin consentimiento del imputado”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 8, 2002, págs. 147-156.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*, Barcelona, 2011, Atelier.

RAMOS RUBIO, Carlos: “La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia”, *Manuales de Formación Continuada*, vol. 12: La prueba en el proceso penal, 2000, CGPJ, Madrid, págs. 15-74.

REBOLLO VARGAS, Rafael; GARCÍA ARÁN, Mercedes: “La exploración del cuerpo del sospechoso, el deber de colaborar y la sanción de su infracción”, en *La Ley de Seguridad Ciudadana*, Barcelona, PPU, Departament de Ciència Política i Dret Públic, UAB, 1994, págs. 89-114.

RENEDO ARENAL, María Amparo; LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: “Algunas cuestiones sobre la validez e incorporación probatoria en el proceso penal de los perfiles de ADN. En particular la indefinición del status del sujeto pasivo de la medida”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, (coord. Juan Antonio Robles Garzón y Manuel Pascual Ortells Ramos), vol. 2 (Comunicaciones), Málaga, 2006, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, págs. 135-144.

RENEDO ARENAL, María Amparo: *Problemas del imputado en el proceso penal*, Madrid, 2007, Centro de Estudios Ramón Areces.

REVERÓN PALENZUELA, Benito: “La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 29, 2008, págs. 67-109.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel; RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José Francisco: *El proceso penal práctico*, 6ª ed., Madrid, 2009, La Ley.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: “Intervenciones corporales y prueba pericial en el proceso penal”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2011, La Ley, págs. 383-509.

RIFÁ SOLER, José María; VALLS GOMBAU, José Francisco; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: *El proceso penal práctico*, 6ª ed., Madrid, 2009, La Ley.

RIFÁ SOLER, José María: “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba”, en *Estudios sobre Prueba Penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, (Dir. Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González), Madrid, 2010, La Ley, págs. 117-168.

RIUS ALARCÓ, Carolina: “La diligencia de reconocimiento en rueda en la más reciente doctrina jurisprudencial”, *Revista General de Derecho*, mayo 1992, págs. 3967-3983.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación”, *Poder Judicial*, núm. 13, marzo 1989, CGPJ, págs. 105-113.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales”, *Poder Judicial*, núm. 25, marzo 1992, CGPJ, págs. 49-82.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación”, *Poder Judicial*, núm. 33, marzo 1994, CGPJ, págs. 349-385.

ROCA MARTÍNEZ, José María: “Eficacia probatoria del atestado policial en el proceso penal”, *Revista General de Derecho*, núms. 598-599, julio-agosto 1994, págs. 8155-8177.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: “Detenciones no procedimentales penales (Retenciones y medidas de compulsión administrativa sobre las personas)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La instrucción del sumario y las diligencias previas, 1998, CGPJ, Madrid, págs. 301-328.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Barcelona, 2002, Bosch.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: “Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo I: Derecho Penal y Constitución, (Dir.: Manuel Cobo del Rosal, coord.: Miguel Bajo Fernández), Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, págs. 61-95.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: “La intimidad corporal devaluada” (Comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional), *Poder Judicial*, núm. 14, junio 1989, CGPJ, págs. 123-130.

ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.): *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos María: “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del Derecho Español”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 58: Las reformas procesales, 2004, CGPJ, Madrid, págs. 411-475.

ROMEO CASABONA, Carlos María; ROMEO MALANDA, Sergio: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Cizur Menor (Navarra), 2010, Aranzadi.

ROMEO MALANDA, Sergio; ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Cizur Menor (Navarra), 2010, Aranzadi.

ROMERO ROA, José Carlos: “Ejecución de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XI: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 411-431.

ROXIN, Claus: “La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán”, *Revista Penal*, núm. 6, 2000, págs. 115-126.

RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo: “Intervenciones corporales en el Código de Procedimiento Penal del 2004, análisis de la sentencia C-822 del 2005 de la Corte Constitucional colombiana”, *Vniversitas*, Bogotá (Colombia), núm. 114, julio-diciembre de 2007, págs. 227-250, disponible en Internet: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/07-INTERVENCIONESCORPORALES_000.pdf

RUIZ MIGUEL, Carlos: “Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36: Genética y Derecho, 2001, CGPJ, Madrid, págs. 13-68.

RUIZ MIGUEL, Carlos: “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 14, 2001, págs. 147-167.

RUIZ VADILLO, Enrique: “La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol.: La prueba en el proceso penal, 1992, CGPJ, Madrid, págs. 49-91.

RUIZ VADILLO, Enrique: “Principios generales. Legalidad, proporcionalidad, etc.”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIX: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 9-57.

SAINZ DE ROBLES, Federico: “La investigación de la paternidad en el proceso civil (En torno a la Sentencia TC 7/1994, de 17 de enero)”, *Tapia*, núm. 75, marzo-abril 1994, págs. 3-6.

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel: “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”, *La Ley*, 1994, vol. 4, págs. 1114-1124.

SANZ DÍAZ-PALACIOS, José Alberto: “Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria”, *Crónica tributaria*, núm. 133, 2009, págs. 215-228.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: “Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. V: Medicina Legal, 1993, CGPJ, Madrid, págs. 401-422.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “El imputado”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, págs. 673-698.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2, (Dir. Manuel Albaladejo), Madrid, 1981, Edersa.

SERRANO HOYO, Gregorio: “La nueva regulación de las pruebas de alcoholemia. Su valor probatorio en la jurisprudencia constitucional”, *La Ley*, 1993-2, págs. 862-874.

SERRANO PÉREZ, Mercedes: “El derecho fundamental a la protección de datos. Su contenido esencial”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 1 (ejemplar dedicado a: “Los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías”), 2005, págs. 245-265, disponible en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/01_NOT_01_serrano.pdf

SORIA JIMÉNEZ, Alberto: “La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Análisis de la STC 245/1991. Asunto Barberá, Messegué y Jabardo)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, septiembre - diciembre, 1992, págs. 313-356.

SORIANO SORIANO, José Ramón: “La prueba pericial de ADN: Problemas procesales. Esquema general”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 120: Jurisprudencia Penal (2005-2007): Análisis crítico, 2007, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, págs. 579-596.

SUÁREZ-QUIÑONES FERNÁNDEZ, Juan Carlos: “Nuevos retos biológicos en la investigación criminal”, *Locus Apellationis (Boletín informativo del Ilustre Colegio de Abogados de León)*, núm. 54, enero 2009, disponible en Internet: http://www.ical.es/locus/54/articulos/informe_retos_biologicos_investigacion_criminal.pdf

SUAY HERNÁNDEZ, Celia: Curso de Doctorado: *Derecho Penal y jurisprudencia constitucional*, 1997-1998.

TAMAYO MUÑOZ, M.^a Carmen; PEDROS MARANÍ, M.^a Dolores: “Intervenciones y registros corporales”, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, (coord. Luis Martínez-Calcerrada Gómez), vol. I, Madrid, 2001, Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 611-622.

TAPIA, Juan Francisco: “Intervenciones corporales en el proceso penal”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf>

TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos (Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999)*, Madrid, 2001, Edisofer.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *La tortura en España*, 2ª ed. (aumentada), Barcelona, 1994, Ariel.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio: “Las diligencias de identificación en dependencias policiales del art. 20.2 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1994, págs. 733-759.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio: *Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., Madrid, 2007, Centro de Estudios Ramón Areces.

TORÍO LÓPEZ, Ángel: “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Poder Judicial*, núm. 4, diciembre 1986, CGPJ, págs. 69-82.

TORRES MORATO, Miguel Ángel; URBANO CASTRILLO, Eduardo de: *La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, Aranzadi.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de: “La prueba ilícita penal y el derecho de defensa”, *La Ley*, núm. 4549, 27 de mayo de 1998, págs. 15-16.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de: “Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de prueba ilícita, y en particular, la conexión de antijuridicidad”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 58: Las reformas procesales, 2004, CGPJ, Escuela Judicial, Madrid, págs. 115-143.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de; TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial*, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, Aranzadi.

VARELA AGRELO, José Antonio: “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1772, 1996, págs. 5-29.

VARONA GÓMEZ, Daniel: “La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (Artículo 380 del nuevo Código Penal): Interpretación y límites”, *Actualidad Penal*, 1996-2º semestre, ref. LII, págs. 969-978.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal (Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Barcelona, 1984, Bosch Casa Editorial.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, (Dir. Nicolás González-Cuéllar Serrano), Madrid, 2006, Colex, págs. 11-80.

VEGAS TORRES, Jaime: “Prueba ilícita en particular (II): La ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. IX: La prueba en el proceso penal II, 1996, CGPJ, Madrid, págs. 293-372.

VELASCO NUÑEZ, Eloy: “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del „fruto del árbol envenenado“: correcciones actuales y tendencias de futuro”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XII: Medidas restrictivas de derechos fundamentales, 1996, CGPJ, Madrid, págs. 425-463.

VELAYOS MARTÍNEZ, M.^a Isabel: “El derecho del imputado al silencio”, *Justicia*, números I-II, 1995, págs. 59-93.

VIDAL FUEYO, María del Camino: “Juez y pasividad del legislador. Las intervenciones corporales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 74, 2005, págs. 361-394.

VIDAL FUEYO, María del Camino: “Sobre la constitucionalidad de las intervenciones corporales en el marco del proceso penal”, en *Libro homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, (coord. José Peña González), Valencia, 2005, Tirant lo Blanch, págs. 685-703.

VIEIRA MORANTE, Francisco Javier: “Tratamiento de la prueba ilícita”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XV: Constitución y garantías penales, 2003, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, págs. 239-287.

VILATA MENADAS, Salvador: “La motivación de la resolución judicial. La observancia del precedente”, *Revista General de Derecho*, núm. 604-605, enero-febrero 1995, págs. 161-167.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 41, mayo-agosto 1994, págs. 187-224.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. especial II, Jornadas sobre la Justicia Penal en España, 1986, CGPJ, Madrid, págs. 93-128.