

Universidad de A Coruña
Departamento de Derecho Público
Área de Derecho Constitucional

**LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD E
INTEGRIDAD FÍSICA FRENTE A LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES
PÚBLICOS SOBRE EL CUERPO HUMANO**

**UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS INTERVENCIONES
CORPORALES Y OTRAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN**

MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ ACEBO

Facultad de Derecho

A Coruña, 2013

Tesis Doctoral para acceder al Grado de Doctor en Derecho, presentada por la Licenciada D^a. María Dolores Fernández Acebo, bajo la Dirección de la Prof^a. Dra. Sonia García Vázquez.

A Coruña, julio de 2013

V^oB^o

La Directora

A la memoria de mi padre

LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD E INTEGRIDAD FÍSICA FRENTE A LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS SOBRE EL CUERPO HUMANO. UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS INTERVENCIONES CORPORALES Y OTRAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN.

ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	11
INTRODUCCIÓN.....	14

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

I. EL CONTROVERTIDO CONCEPTO DE “INTERVENCIÓN CORPORAL”.....	20
II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES.....	30
III. LA INSUFICIENTE REGULACIÓN LEGAL EN EL MARCO DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES.....	36

CAPÍTULO II

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS EN LAS INTERVENCIONES CORPORALES

PARTE PRIMERA: EL DERECHO A LA INTIMIDAD

I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	49
II. GÉNESIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	55

III.	EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES.....	57
IV.	NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	59
V.	EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.....	65
	V.1. Caracteres del derecho a la intimidad.....	71
	V.2. Desarrollo legislativo.....	73
	V.2.1.) La LO 1/1982 de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.....	73
	V.2.1.a) La intimidad familiar.....	81
	V.2.2.) La intimidad y las nuevas tecnologías: la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.....	85
VI.	EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO EUROPEO.....	93
	VI.1. El derecho a la intimidad familiar.....	96
	VI.2. La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.....	99
	VI.3. La extensión del art. 8.1 del CEDH a otras materias.....	102
VII.	EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES	
	VII.1. La intimidad personal y la intimidad corporal.....	105
	VII.2. La intimidad genética.....	112
	VII.2.1.) El tratamiento de datos genéticos de carácter personal en el ámbito médico: los bancos de datos genéticos poblacionales y los biobancos de muestras biológicas para investigación biomédica.....	119

VII.2.1.a) El deber de informar a terceros interesados y el derecho a no saber.....	123
VII.2.2.) Las bases de datos de ADN con fines de investigación criminal.....	126
VII.2.2.a) Breve referencia al Derecho Comparado.....	133

PARTE SEGUNDA: EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

I. CONCEPTO: LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y MORAL. LA INCOLUMIDAD CORPORAL Y PERSONAL.....	137
II. NATURALEZA JURÍDICA.....	140
III. RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL.....	143
IV. TITULARIDAD DEL DERECHO Y MINORÍA DE EDAD.....	151
V. CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	155
VI. LA INTEGRIDAD FÍSICA Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	159
VI.1. Los tratamientos sanitarios obligatorios.....	166
VI.1.1) Transfusiones de sangre a Testigos de Jehová.....	167
VI.1.2) Alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre.....	172
VI.1.3) Las vacunas y la salud pública.....	177
VII. INTEGRIDAD E INCAPACIDAD.....	180
VII.1. La donación de órganos o tejidos por personas incapaces de consentir.....	183

VII.1.1) La donación de células y tejidos humanos.....	189
VII.2. La esterilización de incapaces.....	191
VIII. LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.....	203
IX. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS RESPECTO A LOS AVANCES CIENTÍFICOS Y LAS APLICACIONES DE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA: EL DERECHO A LA INTEGRIDAD GENÉTICA.....	218
IX.1. La integridad y la identidad genética: la manipulación de embriones; la investigación biomédica y los análisis genéticos. El diagnóstico preimplantacional. Los biobancos: obtención, utilización y almacenaje de muestras biológicas de origen humano.....	222
IX.2. La protección de cadáveres.....	230

PARTE TERCERA: OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

I. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.....	235
II. EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE.....	243

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

I. LEGALIDAD, JURISDICCIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL.....	252
I.1. El principio de legalidad.....	252

I.2. El monopolio jurisdiccional y la motivación de la resolución judicial: una mirada al Derecho comparado europeo y americano.....	256
II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.....	260
II.1. Idoneidad o adecuación.....	265
II.2. Necesidad o indispensabilidad.....	268
II.3. Proporcionalidad en sentido estricto.....	271
III. EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.....	275
III.1. La asistencia de letrado.....	278
III.2. Sujetos que deben prestar el consentimiento.....	285
III.3. La toma de vestigios al margen del consentimiento del sujeto pasivo.....	287
III.4. La utilización de los tests masivos de ADN en el proceso penal: admisibilidad y consentimiento	293
IV. LOS SUPUESTOS DE NEGATIVA FRENTE A LA PRÁCTICA DE UNA INTERVENCIÓN CORPORAL: POSIBLES VÍAS DE SOLUCIÓN.....	298
IV.1.El uso de la fuerza física en la ejecución de las intervenciones corporales.....	299
IV.2. Alternativas al uso de la <i>vis física</i>	308
V. LA ILICITUD DE LA PRUEBA Y SU EXCLUSIÓN DEL PROCESO.....	314

CAPÍTULO IV

DIFERENTES TIPOS DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS SOBRE EL CUERPO HUMANO

I. LA DIVERSA CLASIFICACIÓN DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES.....	334
I.1. Diligencias practicadas sobre el sospechoso o detenido.....	339
I.1.1) Los cacheos.....	340
I.1.2.) Medidas propias del ámbito aduanero: arcos de seguridad, escáneres corporales y métodos radiológicos.....	357
I.1.2.a) Las exploraciones radiológicas.....	362
I.1.3.) Las pruebas de alcoholemia.....	369
I.2. Diligencias de carácter probatorio realizadas en el ámbito del proceso penal.....	373
I.2.1.) Análisis de muestras de sangre obtenidas con fines terapéuticos.....	375
I.2.2.) Los métodos de determinación de la edad en el caso de presuntos menores indocumentados.....	381
I.3. Diligencias aplicables en el ámbito penitenciario a consecuencia de la pena o medida cautelar impuesta en el proceso penal.....	389
I.3.1.) Las pruebas de detección del SIDA en los centros penitenciarios.....	389
I.3.2.) Los dispositivos telemáticos.....	393
II. OTRAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN.....	396

II.1. La identificación mediante huellas dactilares.....	398
II.2. La rueda de reconocimiento.....	404
II.3. El reconocimiento de voz.....	409
CONCLUSIONES.....	415
RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.....	445
BIBLIOGRAFÍA.....	455

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADN	Ácido desoxirribonucleico
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CODIS	Sistema de Índice Nacional Combinado de ADN (Combined DNA Index System)
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
F. Jco.	Fundamento jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPDCP	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPSC	Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana
LORTAD	Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
Ob. cit.	Obra citada
OM	Orden Ministerial
OMS	Organización Mundial de la Salud
P./ PAG.	Página
RD	Real Decreto
RP	Reglamento Penitenciario
S.	Sentencia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StPO	Ordenanza Procesal Penal Alemana
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
Vs	Versus
VV. AA	Varios Autores

INTRODUCCIÓN

Los avances científicos y el desarrollo tecnológico de las últimas décadas, especialmente en materias como la genética o la informática, permiten que en la actualidad se puedan utilizar en el ámbito jurídico técnicas de investigación cuyos resultados, altamente fiables y en ocasiones inequívocos, llegan a convertirse en pruebas concluyentes de un proceso, ya sea para demostrar la participación de un sospechoso en un hecho delictivo, determinar la filiación de una persona o simplemente precisar si un inmigrante indocumentado es o no menor de edad.

Para aclarar estas cuestiones, y otras muchas que nos plantearemos a lo largo de este trabajo de investigación, es preciso incidir en el cuerpo de una persona, es decir, penetrar en su entidad corpórea, a fin de proceder a la extracción de un vestigio biológico (sangre, saliva, cabello, etc.) y tras su posterior análisis por un experto en la materia, conseguir el correspondiente perfil de ADN o cualquier otro indicio revelador que pueda resultar útil en la investigación. Este tipo de pruebas, al igual que los test de alcoholemia, son hoy muy habituales, pero junto a ellas coexisten otros métodos, quizá menos frecuentes, pero igualmente necesarios para la determinación de aspectos concretos de una investigación, que plantean nuevos desafíos en el ámbito del Derecho Constitucional.

Así, bajo la denominación común de “intervenciones corporales” se engloban multitud de diligencias de investigación, medidas de seguridad, medios de prueba, es decir, una serie de actividades que pueden tener diversos fines, distinta naturaleza y practicarse en procesos jurídico-administrativos de muy diferente índole, sin embargo, todas ellas tienen una característica común: se trata siempre de la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano de una persona viva. Por ello resulta también necesaria una adecuada clasificación de este tipo de actuaciones que abordaremos desde la esfera del proceso penal en sus diferentes fases, sin olvidarnos de las diferentes opiniones doctrinales sobre el propio concepto de “intervención corporal” y su discutida naturaleza jurídica.

De esta forma, el cuerpo de una persona puede convertirse en una importante fuente de prueba, debido a la gran cantidad de información que de él puede obtenerse, contribuyendo al descubrimiento de la verdad material, a la realización del interés público y al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Estas diligencias pueden practicarse simplemente por motivos de seguridad, ya sea en el ámbito aduanero o penitenciario (cacheos, registros), con carácter preprocesal dentro de una investigación policial (exploraciones radiológicas), o bien, una vez iniciado el proceso, configuradas ya como auténticas pruebas periciales, al ser acordadas por el Juez competente y practicadas por el médico forense o el experto correspondiente (análisis de ADN, etc).

De este modo, el imputado se convierte a la vez en sujeto del proceso y objeto del mismo, puesto que sobre su propio cuerpo se va a llevar a cabo una investigación, que supone una limitación importante de determinados derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, que junto a otros, que también pueden verse afectados por este tipo de actuaciones, constituyen el núcleo en el que se incardina el estudio que vamos a abordar.

Esta serie de actuaciones que, de forma generalizada y en sentido amplio, se han denominado “intervenciones corporales”, se caracterizan porque son realizadas por los poderes públicos sobre una persona viva y, por tanto, titular de derechos como la intimidad personal, la integridad corporal, el derecho a la protección de la salud, el derecho a la libertad personal o el derecho a un proceso debido, que pueden verse afectados por la realización de estas diligencias, puesto que todas ellas implican, en mayor o menor medida, una injerencia en el cuerpo humano que lo convierte en verdadero objeto de prueba.

Estos actos de investigación van a suponer una intromisión más o menos grave de los poderes públicos en el ámbito más íntimo de una persona; por lo tanto, cuando ésta no otorgue su consentimiento para poder practicarlos, deberemos examinar si dichas medidas pueden ser llevadas a cabo a pesar de todo o, por el contrario, sólo podrán adoptarse con el consentimiento expreso del interesado. De ahí que nos encontremos ya con uno de los primeros problemas que surgen en esta materia, la legitimidad de las intervenciones corporales como diligencias de investigación en el marco de un proceso, justificándose únicamente aquellas que

sean compatibles con la defensa del contenido esencial de los derechos fundamentales implicados.

Igualmente debemos analizar la situación del imputado o cualquier otra persona destinataria de una medida de intervención corporal que se opone a la práctica de la misma. Inmediatamente se nos plantea la cuestión de si es posible en el marco de nuestro ordenamiento jurídico el uso de la fuerza física ante la negativa del sujeto; si ello supondría trato inhumano o degradante; las consecuencias de la negativa para dicha persona; si podría ser condenada como autor de un delito de desobediencia, etc.

Tampoco debemos olvidar que esta actitud renuente, además de colisionar con el interés general que representa el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, tropieza de lleno con otros derechos reconocidos constitucionalmente, como el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas del delito o, por ejemplo, de los “probables” descendientes biológicos que actúan como demandantes en un proceso de filiación, así como con su derecho a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes de los que intenten valerse en el transcurso de un proceso judicial abierto.

En otras ocasiones, los órganos judiciales también se ven obligados a resolver peticiones relativas a la esterilización de personas incapaces, a la realización de transfusiones de sangre o la aplicación de tratamientos sanitarios con carácter obligatorio, porque los afectados se niegan a recibirlos, por motivos religiosos o ideológicos, o bien porque se trate de presos en huelga de hambre o de medidas que haya que adoptar por razones de salud pública. Todas estas intervenciones generan igualmente una colisión entre los derechos fundamentales de las personas y la obligación de los poderes públicos de proteger a aquéllas cuya capacidad se encuentra limitada, o que, por motivos religiosos o de otra índole, se nieguen a recibir un tratamiento necesario para su salud.

Surge, por lo tanto, un conflicto entre el deber que tiene el Estado de velar por la seguridad colectiva, de perseguir delitos, de prevenirlos o de adoptar las medidas necesarias para la protección de menores de edad o incapaces y los derechos y garantías constitucionales previstos en nuestra Norma Fundamental.

Desde otra perspectiva, resulta de acuciante necesidad destacar que la escasa regulación de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, ha obligado a la jurisprudencia a cubrir el vacío legal existente en este ámbito esencial de la legislación que, de este modo, ha ido estableciendo una doctrina básica sobre los límites de los derechos fundamentales afectados, así como los requisitos esenciales para la práctica de este tipo de pruebas, aspectos que no deben obviarse si queremos mantener su valor probatorio en el proceso y evitar, por ejemplo, que una laboriosa investigación policial finalice con la absolución del acusado por no haberse respetado sus derechos constitucionales básicos: es lo que la doctrina ha denominado “el principio de proporcionalidad” y que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado de desarrollar en diversas resoluciones que analizaremos a lo largo de este trabajo. Por consiguiente, la medida a adoptar deberá ser adecuada al fin que se persigue, necesaria para obtener ese resultado y proporcionada a las circunstancias del caso concreto; si no reúne estas condiciones, y alguna otra más específica, que también examinaremos, la injerencia en los derechos fundamentales derivados de la misma acabaría provocando serios problemas de adecuación constitucional.

En esta Tesis Doctoral se abordará el estudio del derecho a la intimidad personal y corporal o la intimidad genética, incluyendo la nada pacífica cuestión del almacenamiento y custodia de muestras biológicas para investigación biomédica o las bases de datos de ADN con fines de investigación criminal, que afectan, en ambos casos, al derecho de protección de datos personales. En el ámbito de la integridad debemos hacer una especial reflexión, no sólo sobre conceptos que tradicionalmente han centrado los estudios sobre la materia como el derecho a la integridad física, psíquica y moral, o la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes, sino que también debemos otorgar una especial relevancia a otras materias que en los últimos años han sido objeto de un mayor desarrollo legislativo, como el derecho a la protección de la salud, la regulación de la autonomía del paciente, el consentimiento informado y las autorizaciones relativas a menores de edad e incapaces.

Sin atisbo de duda, los grandes avances que ha experimentado la investigación biomédica, nos obligan de forma ineludible, en materia de integridad física, al análisis de aspectos esenciales como el derecho a la integridad genética o

la identidad genética personal, sin dejar preteridos temas menos novedosos, pero no por ello menos relevantes, por lo que respecta a la afectación del derecho fundamental a la integridad física, como son la investigación de la paternidad o la esterilización de incapaces.

Al estudio de éstos y otros aspectos relacionados con las intervenciones corporales, desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados, los requisitos necesarios para practicarlas, la doctrina y jurisprudencia en la materia, se dedica el presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

**CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INTERVENCIONES
CORPORALES**

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

I. EL CONTROVERTIDO CONCEPTO DE “INTERVENCIÓN CORPORAL”

Las actuaciones de los poderes públicos sobre el cuerpo humano son de muy diversa índole y se practican con distintas finalidades, por ejemplo, hallar objetos escondidos entre las ropas o dentro del cuerpo del sospechoso, comprobar su estado físico o psíquico, a fin de determinar la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, averiguar si una persona es el autor de los hechos investigados, si sobre ella se ha cometido un determinado delito, si utiliza su propio cuerpo para el transporte de drogas o estupefacientes, etc.

La ausencia de una regulación legal precisa y sistemática en esta materia, ha propiciado que la doctrina, ahondando en los requisitos o características comunes de estas diligencias, elaborase una pléyade de definiciones, más o menos amplias, sobre lo que debe entenderse por “intervenciones corporales”, por lo que resulta de acuciante necesidad, en primera instancia, examinar sus diferentes matices.

Poniendo de relieve la gran complejidad que rodea a esta materia, ASENCIO MELLADO aludía ya a *“la utilización del cuerpo del propio imputado mediante actos de intervención en él a los efectos de investigación y comprobación de los delitos”*¹.

Por su parte, para GONZÁLEZ-CUELLAR, por intervenciones corporales cabe entender, *“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*

¹ ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p.137.

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”².

Son, por consiguiente, requisitos necesarios para su admisibilidad que no revistan peligro para la salud y que sean practicadas por un médico, de acuerdo con la “*lex artis*”. Por ello deben ser rechazadas las medidas que causen dolores, trastornos en la salud o molestias considerables a la persona, aunque sean transitorias. En otras palabras, sólo podrían aceptarse las intervenciones que afecten tenuemente al derecho a la integridad física por suponer muy leves intromisiones en el cuerpo.

En esta misma línea, sólo podrían admitirse las medidas que la ciencia no considere peligrosas para la salud, si existe consentimiento del inculpado, cuando su práctica sea considerada normal con fines terapéuticos.

A juicio de DÍAZ CABIALE³ las intervenciones corporales son actos de investigación, que se realizan en el marco de un proceso penal y que tienen por objeto el cuerpo de una persona viva, pero ante la diversidad de intervenciones existentes, este autor restringe el concepto únicamente a aquéllas que mantengan la tensión entre la búsqueda de la verdad y los derechos fundamentales de la persona, destacando ciertos aspectos de relevancia a los que seguidamente nos referiremos:

1. Las intervenciones corporales serían actuaciones orientadas a la búsqueda del cuerpo del delito; por consiguiente, se excluyen aquéllas que traten de determinar la salud física o psíquica de una persona (por ejemplo, con relación a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal).
2. Sólo se considerarán “intervenciones corporales” las realizadas sobre el imputado, excluyendo medidas de control como los brazaletes electrónicos.

² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Cóllex, Madrid, 1990, p. 290.

³ DÍAZ CABIALE, J. A., “*Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)*” en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, mayo 1996, p. 73 y ss.

3. Por ser actos de investigación se exceptúan las actuaciones que tengan una teleología diferente como, por ejemplo, la preservación de la vida en casos de suministro forzoso de alimentos o transfusiones de sangre.
4. Se excluyen métodos como el polígrafo, el suero de la verdad o el narcoanálisis, directamente relacionados con el derecho a no declarar del imputado⁴, y otros actos como la obtención de huellas dactilares, las muestras de escritura, etc.

ETXBERRÍA GURIDI al tratar la delimitación objetiva de las intervenciones corporales, pone de manifiesto la coincidencia doctrinal en considerarlas como diligencias de comprobación e investigación que recaen sobre el cuerpo humano, lo que determina que el sujeto (inculpado o no), considerado en su entidad corpórea, se convierta en objeto de la diligencia de investigación⁵.

Sin embargo, el cuerpo humano vivo no puede ser el único elemento físico definitorio de las intervenciones corporales, pues dentro de esta categoría se

⁴ Estos métodos son rechazados por menoscabar la libertad del individuo o por su limitada fiabilidad. En tal sentido, la STS de 22 de mayo de 1982 establece:

“Considerando que, en trance normal de partido, una primera objeción obliga a entender que el uso del «Pentotal», o de otro de los narcóticos comercializados, que no se está ante un supuesto puro y específico de confesión del inculpado, sino que su uso participa más de la técnica pericial que de la testimonial, cuando no supone una simbiosis o maridaje de ambas; pero si esta primera objeción podría salvarse mediante el juego de un criterio de apertura contrario al «numerus clausus» en los medios probatorios en aras de la consecución de la verdad material, principio cardinal del proceso penal, 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 estudiados al principio, 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”. (F. Jco. 5º)

“Considerando que, todas estas objeciones y cuantas a lo largo de la presente resolución se han hecho son aplicables al supuesto ahora enjuiciado, pues lo que, al fin y a la postre pretende el recurrente es someterse a la confesión bajo los estímulos de la administración del «Pentotal Sódico» erigiéndola como prueba reina y única para demostrar su inocencia, haciendo tabla rasa de las demás practicadas, cuando es lo cierto que, en trance de juzgar, siempre vendría obligado el Tribunal de Instancia a tener que apreciar en conciencia las pruebas practicadas en los términos prescritos en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procediendo en consecuencia, la desestimación del único motivo que por forma ha quedado subsistente tras el trámite de admisión y en el que al amparo del número primero del artículo 859, se denunciaba la denegación de prueba consistente en la confesión del procesado bajo los efectos del «Pentotal» u otro producto similar”. (F. Jco. 6º).

⁵ ETXBERRÍA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Trivium, Madrid, 1999, p.35 y ss.

podrían incluir una pluralidad de medidas que recaen sobre él pero que difieren en presupuestos esenciales como la existencia o no de reserva jurisdiccional, la excepción o no de la ejecución a favor de un profesional de la medicina, los distintos derechos fundamentales afectados y el diverso grado de injerencia en los mismos.

Desde un punto de vista teleológico, estas diligencias deberán estar orientadas a la constatación de hechos y circunstancias relevantes para el proceso y para la investigación de la verdad, por lo que su naturaleza jurídica es la de verdaderos actos o diligencias de investigación, lo que excluye las intervenciones que obedecen a una finalidad distinta⁶.

Siguiendo a MATALLÍN EVANGELIO⁷ y considerando que nos encontramos ante una serie de actividades que suponen la intromisión en el cuerpo de una persona, con la consiguiente limitación de determinados derechos fundamentales, podemos señalar como notas más características de las intervenciones corporales las siguientes:

1. Para comenzar, debemos recordar que son diligencias de investigación, es decir, actos que se realizan para el descubrimiento de los hechos delictivos y sus autores; por tanto, su finalidad es la constatación de los hechos y las circunstancias relevantes para el proceso, así como, la investigación de la verdad, lo cual excluye las intervenciones corporales realizadas con otros

⁶ De esta forma, las intervenciones corporales no tendrían un carácter autónomo, sino subordinado a la investigación de un hecho punible del que existan indicios. Así se recoge en algunas legislaciones de nuestro entorno, por ejemplo, el § 81a StPO (Ordenanza Procesal Penal Alemana de 1975) permite decretar el reconocimiento físico del inculpado con el objeto de constatar hechos relevantes para el procedimiento y con tal finalidad autoriza la toma de muestras de sangre y otras intervenciones físicas para la realización de análisis por un facultativo, de acuerdo con las técnicas médicas, incluso sin el consentimiento del inculpado, siempre y cuando no exista ningún inconveniente para su salud. El § 81c también permite el examen de otras personas distintas a los inculpados, sin su consentimiento, cuando no exista ningún perjuicio para su salud y dicha medida sea imprescindible para el esclarecimiento de la verdad.

Esta misma ley procesal alemana, en su § 163.b) vincula la posibilidad del registro personal a que exista la sospecha sobre un delito concreto. En el mismo sentido el art. 352 del Código Procesal Penal Italiano de 1988, sólo autoriza a la policía judicial a llevar a cabo los registros personales cuando tenga fundados motivos para considerar que se encuentran ocultos en la persona objetos o vestigios del delito. Véase al respecto GIL HERNÁNDEZ, A., *“Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”*, Revista General de Derecho, 1996, nº 622-623, p. 7968.

⁷ MATALLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

propósitos, como por ejemplo, el suministro forzoso de alimentos en caso de peligro para la vida⁸.

2. Se trata de medidas de carácter muy heterogéneo: cacheos, extracción de sangre o fluidos, corte de pelo, exámenes radiológicos, ecografías, etc.
3. Su objeto es el cuerpo vivo de una persona, ya se trate del sospechoso o imputado, o de la propia víctima del delito (cuyo examen puede resultar esencial, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual, por la gran cantidad de información y vestigios que pueden obtenerse).
4. Son medidas restrictivas de derechos fundamentales, especialmente del derecho a la intimidad personal y del derecho a la integridad física y moral.
5. Con carácter general, se exige autorización judicial motivada para su práctica y las intervenciones deben ser realizadas por personal médico-sanitario, rechazándose las que supongan un peligro para la vida o la salud del sujeto pasivo.
6. En todo caso, la medida ha de ser proporcionada, necesaria y adecuada al fin que se pretende alcanzar con la misma, es decir, apta para la comprobación o descubrimiento de hechos relevantes para la causa. Igualmente, el medio utilizado debe ser el idóneo para aportar la información de que se trate, rechazándose la intervención corporal cuando puedan emplearse otros métodos de investigación menos lesivos para los derechos individuales e igualmente adecuados para el fin perseguido. Habrá de tenerse en cuenta también para acordar su práctica la gravedad del delito, el grado de imputación y la probabilidad de éxito de la diligencia (proporcionalidad en sentido estricto).

⁸ El art. 210 del Reglamento Penitenciario español (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) permite el suministro de tratamiento médico-sanitario cuando exista peligro inminente para la vida, aún en contra de la voluntad del interesado, como ocurre en los casos de alimentación forzosa de los presos en huelga de hambre.

La Profesora C. VIDAL FUEYO reconduce el concepto de intervenciones corporales a las diligencias de investigación practicadas sobre el cuerpo de una persona en el curso de un proceso penal, que supongan un límite en el contenido de algún derecho fundamental, considerando que son diligencias que normalmente se practican en la fase de instrucción y tienen como finalidad el esclarecimiento de los hechos y circunstancias relativos a la conducta delictiva; tienen por objeto el cuerpo del imputado, sin perjuicio de que puedan recaer sobre personas distintas a aquél; y son medios de prueba que, en mayor o menor medida suponen injerencias en algún derecho fundamental⁹.

Resulta obvio, que la autora excluye las intervenciones corporales ordenadas por otros poderes públicos distintos al Juez penal, como pueden ser la prueba de alcoholemia o los registros corporales con rayos X, para comprobar si los internos portan en su cuerpo droga u otros objetos, al entender que la distinta función del Juez y de la Administración pública en el Estado de Derecho, hace que el tratamiento jurídico de unas y otras intervenciones corporales sea diferente. Asimismo, también excluye la prueba de paternidad ordenada por el Juez civil, al considerar que en estos casos el Código Civil otorga una cobertura legal de la que carece el Juez penal¹⁰.

PÉREZ MARÍN considera que en este ámbito hay que tener en cuenta dos limitaciones fundamentales: en primera instancia, que no pueden practicarse intervenciones corporales que estén expresamente prohibidas por una norma, ni las que estando legalmente permitidas supusieran un riesgo claro para la vida del afectado, un trastorno grave para su salud o molestias y dolores innecesarios, aunque haya prestado su consentimiento; y en segundo término tampoco serían lícitas *“aquellas prácticas corporales que objetivamente pudieran ser peligrosas para la salud y la vida, ya que ésta no sólo es considerada como un derecho absoluto,*

⁹ VIDAL FUEYO, M^a. C., *El Juez ordinario como instancia de garantía ante los vacíos legales en materia de límites a los derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2010, p. 21.

¹⁰ El art. 127 del Código Civil establecía que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Este precepto ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que introduce idéntica previsión en su art. 767.2.

*sino que es un derecho superior al resto de los reconocidos como fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico y, por ello, base de todos los demás*¹¹.

Ante la variedad de opiniones doctrinales debemos examinar si la jurisprudencia existente en la materia nos clarifica esta cuestión. En tal sentido, la STC 207/96, de 16 de diciembre, establece un criterio delimitador, depende de la afectación del derecho a la integridad física, al distinguir entre inspecciones y registros corporales, por una parte, e intervenciones corporales, por otra, y al señalar que 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, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que 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.), 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 cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad de la persona.

Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes 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

¹¹ PÉREZ MARÍN, M. A., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

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.

En otro orden de cosas, el Alto Tribunal atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, pone de manifiesto que 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, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)¹².

Esta doctrina configura las intervenciones corporales como actos de investigación o medios de prueba que se pueden llevar a cabo en el proceso penal¹³, para determinar las circunstancias de comisión del delito o la participación que en él tuvo el imputado y que pueden recaer sobre el cuerpo de éste o de un tercero¹⁴, pero resaltando como nota distintiva de estas actuaciones que siempre afectan al

¹² STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 2º.

¹³ Parecen excluirse las pruebas practicadas en otros órdenes jurisdiccionales, como los análisis de ADN realizados para determinar la paternidad en el proceso civil.

¹⁴ La doctrina mayoritaria admite, igualmente, que el sujeto pasivo de este tipo de actuaciones puede ser tanto el sospechoso o imputado como terceras personas, por ejemplo la víctima de un delito de violación, con la finalidad de encontrar vestigios identificativos de su agresor. En tal sentido, véase MONER MUÑOZ, E., *“Las intervenciones corporales”*, en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p.167; GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex,1995, p. 58; ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *“La intervención médica en las diligencias procesales de investigación”*, en Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p.124 y 125; MATALLÍN EVANGELIO, A., ob.cit. p.18. Por el contrario, DÍAZ CABIALE sólo considera intervenciones corporales las practicadas al imputado, ob.cit, p.76.

derecho a la integridad física del sujeto pasivo aunque sólo sea mínimamente, es decir, en su apariencia externa, como ocurre con la extracción de cabello¹⁵.

Por su parte, el Tribunal Supremo utiliza la expresión “*intervenciones corporales*” para referirse a diligencias muy diferentes, como los cacheos, la extracción de sangre o el registro bucal, reiterando que afectan a derechos fundamentales como el derecho a la intimidad o la integridad física¹⁶.

Siguiendo con nuestro análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es preciso traer a colación la STS de 15 de enero de 1993¹⁷ que ya consideró el registro bucal como una “*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*”

Sin embargo, la STS de 26 de junio de 1998, reproduciendo lo establecido en la de 11 de mayo de 1996, habla de “*investigación corporal*” al señalar el Fundamento Jurídico 2º que “*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*”.

De esta suerte, desde una perspectiva objetiva se puede desigualar entre “*investigación corporal del imputado*” y “*registro corporal*”. La primera noción consistiría en la investigación del cuerpo mismo, -estado mental o contenido de alcohol en sangre-, mientras que la segunda se refiere a la búsqueda de objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo, boca, ano y vagina.

¹⁵ Sentencias posteriores del Tribunal Constitucional como la 234/1997, de 18 de diciembre, o la 25/2005, de 14 de febrero, mantienen los criterios de delimitación establecidos previamente en la STC 207/1996.

¹⁶ En esta línea, la STS 1332/97, de 3 de noviembre, señala que la realización de una prueba de voz, por sus características, no supone una intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física (F. Jco. 3º).

¹⁷ Vid. STS 16/1993, de 15 de enero, F. Jco. 2º.

Como vemos, la jurisprudencia tampoco establece una línea diáfana y definida sobre el concepto de intervenciones corporales. No obstante, a la vista de lo expuesto podemos considerar como tal aquellos actos de investigación que se realizan sobre el cuerpo de una persona viva (se excluye, por tanto, la autopsia y cualquier análisis del cadáver), que, tal y como señala MATALLÍN EVANGELIO¹⁸, se practican con la finalidad de constatar hechos y circunstancias relevantes para el proceso, siempre que limiten el derecho a la intimidad y/o a la integridad física y/o moral, por lo que su regulación, en cualquier caso estaría afectada por la reserva de Ley Orgánica.

Aunque mayoritariamente se habla de intervenciones corporales en el marco del proceso penal, no debe olvidarse la aplicación de los análisis de ADN y otras técnicas médicas en ámbitos distintos, como la investigación de la paternidad, la esterilización de incapaces o los tratamientos médicos obligatorios, por ello, y sin perjuicio de su correspondiente regulación específica, entendemos que tratándose de la misma prueba, su práctica debe estar rodeada de las mismas garantías y exigirse los mismos requisitos, puesto que también se produciría una clara vulneración de derechos.

En este sentido, conviene avanzar los requisitos que conforman la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la proporcionalidad¹⁹ y que pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo; a éstos hay que añadir los derivados de la afectación a la integridad física, anteriormente reseñados, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante, respetando la dignidad de la persona.

¹⁸ Ob. cit., p.31.

¹⁹ Véanse SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º y 7/1994, de 17 de enero, F. Jco. 3º.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

Una vez expuesto lo anterior, a nadie se le oculta que la variedad de matices que encierra el concepto de intervención corporal, la heterogeneidad de actuaciones que pueden tener cabida dentro de esta denominación, así como la escasa regulación legal de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, hacen que la naturaleza jurídica de estas medidas sea también objeto de controversia doctrinal.

ETXEBERRÍA GURIDI²⁰ analiza en profundidad las teorías más importantes sobre este tema, a saber: su naturaleza cautelar, el carácter de diligencias de investigación, la naturaleza pericial y su consideración como diligencias de aseguramiento de las fuentes de prueba y como prueba anticipada. A excepción de la primera, las demás proposiciones sobre la materia están avaladas por una corriente doctrinal mayoritaria que resalta precisamente el carácter diverso y plural de las intervenciones corporales.

Por lo que respecta a su naturaleza cautelar, el citado autor pone de manifiesto que dependerá del concepto, más o menos amplio que se tenga de la “instrumentalidad” como característica esencial del proceso cautelar. Si se consideran las medidas coercitivas como aquellas que son necesarias para el eficaz desenvolvimiento de la actividad procesal y que consisten en la inmovilización de personas o cosas a los fines del proceso, se podría incluir dentro de las mismas tanto las medidas asegurativas de la presencia del inculpado, como las medidas asegurativas de la prueba y sería dentro de éstas últimas donde encajarían algunas de las modalidades de intervención corporal.

Según este concepto amplio de instrumentalidad, las medidas cautelares no sólo están al servicio del proceso de ejecución, sino también del proceso de declaración. Así pues, la finalidad de aseguramiento, en éste último, se cumplirá mediante la recogida de determinadas fuentes de prueba y su puesta a disposición del órgano judicial para evitar que sean alteradas o desaparezcan y también

²⁰ ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las intervenciones corporales, su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p.65 y ss.

mediante la práctica anticipada de algunas pruebas cuando sea imposible su realización en un momento procesal posterior. Sin embargo, una concepción más estricta restringe la función aseguradora de las medidas cautelares al proceso de ejecución, es decir, a garantizar que la resolución sobre el fondo que recaiga en el proceso principal pueda llevarse a la práctica y así anticipar parcialmente sus efectos, lo que excluiría de este concepto la prueba anticipada y por ende todas aquellas intervenciones corporales que tengan tal carácter.

En contra de la naturaleza cautelar de las medidas que estudiamos suele argumentarse también la ausencia de homogeneidad y el *periculum in mora*; el tiempo necesario para el desarrollo del proceso no afecta de la misma forma a los diferentes supuestos de intervención corporal, por ejemplo, la huella genética de una persona permanece inalterable, mientras que cuando exista una situación o estado que pueda variar en un breve período, como el caso de la concentración de alcohol en sangre, el test de alcoholemia debe practicarse con la mayor celeridad, aunque este riesgo realmente no sea imputable a la pendencia del proceso, sino a la mutabilidad natural de los efectos del alcohol. Se señala igualmente que el carácter dispositivo que las medidas cautelares tienen en el proceso civil y en algunos casos en el proceso penal²¹, contrasta con la naturaleza no rogada de las intervenciones corporales acordadas de oficio por el Juez para esclarecer los hechos.

Frente a este posicionamiento, otro sector doctrinal²² sostiene que las intervenciones corporales son diligencias de investigación que se practican en la fase de instrucción del proceso penal para el conocimiento de las circunstancias en que se cometieron los hechos y la determinación de su autor, caracterizándose además porque en su ejecución se van a ver afectados distintos derechos fundamentales, según la intervención de que se trate, tales como la intimidad

²¹ El art. 505 de la Ley de enjuiciamiento Criminal establece que serán las partes las que soliciten del Juez, en la correspondiente comparecencia, la prisión provisional del imputado o su libertad bajo fianza.

²² Postura sostenida por ETXEBERRÍA GURIDI, ob. cit. p. 79 y DÍAZ CABIALE, J.A., “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, en Cuadernos de Derecho judicial, Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales, CGPJ, Madrid, 1996, p. 86, 148 y 176, con relación respectivamente a los cacheos, los reconocimientos médicos y la prueba de alcoholemia; a estos dos últimos los define como actos de investigación de naturaleza pericial.

corporal, la integridad física, la libertad ambulatoria, etc., lo que hará que se activen, como veremos más adelante, una serie de mecanismos con los que se trata de garantizar su protección y evitar de esta forma actuaciones arbitrarias o restrictivas de derechos que sean contrarias a lo dispuesto en nuestra Carta Magna.

En virtud de su diversidad y peculiares características, las intervenciones corporales podrán constituir un acto de investigación directo, por ejemplo, un examen ginecológico realizado para saber si se ha practicado un aborto, caso en el que el cuerpo humano es el propio objeto de la investigación y se estudian los indicios que en él pueda haber sobre la comisión del delito; sin embargo, lo más frecuente es que estas diligencias de investigación tengan un carácter indirecto, como la obtención de sangre, saliva u otros vestigios corporales para su posterior análisis en el laboratorio²³.

Con relación a los cacheos DÍAZ CABIALE considera que son actos de investigación que se llevan a cabo por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y forman parte indisoluble del atestado, por lo que únicamente tienen el valor de denuncia (art. 297 LECrim), por tanto no son una prueba anticipada ni preconstituida, sino que deben ser avalados por la declaración del agente que los practicó en el acto del juicio²⁴.

Desde otra óptica, la naturaleza pericial de las intervenciones corporales ha sido defendida por otros autores²⁵ y avalada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, fundamentalmente en lo que se refiere a la prueba de alcoholemia²⁶. Así, según analizaremos posteriormente, tanto la Instrucción 6/1988

²³ ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., ob. cit., p. 80.

²⁴ Ob. cit., p. 84.

²⁵ IGLESIAS CANLE, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, Cóllex, 2003, p. 28 y ss.; ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008, p. 51 y ss., con relación al análisis de ADN sostiene que tiene una función inmediata de investigación y otra de adquisición de fuentes de prueba, pero reconoce como una de sus principales características que se trata de una modalidad de pericia.

²⁶ Véase por todas la STC 107/1985, de 7 de octubre, cuyo fundamento jurídico 2º establece que la realización del análisis no entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, sino sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto.

de la Fiscalía General del Estado, como la STC 37/1989, de 15 de febrero, fundamentan la práctica de las intervenciones corporales en los artículos 478 y 339 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, equiparándolas a un reconocimiento o examen pericial. Los tejidos o muestras orgánicas que se extraen en algunos casos van destinadas a la realización de un posterior análisis pericial para clarificar las circunstancias en que ocurrieron los hechos o determinar aspectos relevantes para la futura resolución judicial²⁷. Igualmente, refuerza esta tesis el hecho de que se exija en su ejecución la intervención de un médico o de personal sanitario, aunque no siempre actúen para aportar sus conocimientos, sino fundamentalmente con la finalidad de evitar cualquier perjuicio en la salud del sujeto pasivo.

En este sentido ETXBERRÍA GURIDI²⁸ señala que *“el motivo de la intervención médica es, en muchas ocasiones, la necesidad de causar el menor menoscabo posible al individuo que ha de soportar dichas diligencias, no sólo eliminando el riesgo que para la salud o la integridad pueda ocasionarse, sino también reduciendo en la medida de lo posible toda afectación en el pudor de la persona interesada cuando la diligencia, por su naturaleza, incida en el recato personal”*. Además, según la intervención de que se trate así será su ejecución, lo que incidirá directamente en su naturaleza; de esta manera, el reconocimiento ginecológico es un acto que se agota en sí mismo y requiere conocimientos médicos especiales para su práctica, mientras que la toma de muestras corporales no siempre lo precisa²⁹ aunque el análisis posterior al que se someten tiene evidentemente el carácter de pericial, pues se requieren la competencia científica del art. 456 LECrim, que resultará imprescindible cuando la extracción requiera una actuación médico-sanitaria como es el caso una punción intravenosa o la extracción de líquido cefalorraquídeo. Por tanto, será esencial la pericia cuando para la

²⁷ Téngase en cuenta que una extracción de sangre puede realizarse tanto para practicar un análisis genético, que permita aclarar la autoría de un crimen, como para establecer la paternidad en un procedimiento civil.

²⁸ Ob. cit., p. 85.

²⁹ Por ejemplo la recogida de saliva o de sangre que mana de una herida corporal con un bastoncillo no requiere una especial habilidad ni un conocimiento técnico determinado y de hecho es realizado en ocasiones por los propios agentes policiales.

averiguación de algún hecho se requieran conocimientos especializados en una determinada materia.

Como señala IGLESIAS CANLE, el asesoramiento de un experto con la preparación adecuada resulta esencial desde un primer momento, no sólo para garantizar los derechos de las personas afectadas, sino también para orientar al Juez sobre la intervención corporal que resulte más apropiada y para realizarla de la forma menos lesiva con la garantía de obtener unos resultados fiables. Por ello es imprescindible la utilización de técnicas correctas en la ejecución de la medida y en la recogida y envío de las muestras al laboratorio, así como en el estricto cumplimiento de la cadena de custodia que evite la contaminación, confusión o pérdida de las muestras³⁰.

Si tenemos en cuenta que una gran parte de las intervenciones corporales se llevan a cabo en la fase de instrucción del proceso, también debemos resaltar que realizan una importante función de adquisición y conservación de las fuentes de prueba³¹. En el ámbito de la investigación nos ayudan a conocer como se cometió el hecho y permiten obtener datos esenciales sobre su autor que servirán de base a la actividad probatoria y, por ende, de fundamento a la resolución judicial que recaiga en su día. El carácter irrepetible que presentan en algunos casos, como el del test de alcoholemia, las convierte en actos que permiten asegurar una prueba que no va a poder practicarse de nuevo en el juicio oral, ya que tiene por objeto determinar el estado o condición corporal del sujeto en un determinado momento. Otros tipos de intervención, como la extracción de sangre para la práctica de un análisis de ADN, podrán realizarse en cualquier momento del proceso al permanecer aquel inalterable.

En cualquier caso será necesario velar por el estricto cumplimiento de los derechos fundamentales del sujeto pasivo al obtener esta fuente de prueba, cuyas especiales garantías (existencia de indicios, gravedad del hecho delictivo, resolución judicial motivada, etc.) vienen recogidas en el denominado principio de

³⁰ Ob. cit., p. 31 y ss.

³¹ Véase en tal sentido ETXEBERRÍA GURIDI, ob. cit., p.87 y ss.

proporcionalidad que estudiaremos posteriormente. De ahí que ÁLVAREZ KEPLER considere como características del análisis de ADN el tratarse de una medida instrumental restrictiva de derechos fundamentales y también una especial modalidad de pericia que al poder discurrir a través de todas las fases del proceso penal es un acto de aseguramiento de fuente de prueba que puede crear elementos probatorios que han de introducirse en el juicio oral como un medio de prueba pericial.

Como vemos, la diversidad de intervenciones corporales, la variedad de técnicas utilizadas en su ejecución e incluso la finalidad que persiguen, no permiten determinar de forma uniforme su naturaleza jurídica, pero en lo que sí existe unanimidad doctrinal es que en todas ellas se produce de una forma más o menos intensa la afectación de derechos fundamentales amparados por la Constitución Española y por ello sujetos tanto a los límites como a las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que también debamos examinar la naturaleza de las normas que regulan este tipo de actuaciones y tratándose de derechos fundamentales el ámbito normativo aplicable sería en principio una Ley orgánica.

Sin embargo, no toda la regulación de este tipo debe realizarse mediante Ley orgánica, porque tal y como establece la STC 22/1986, de 14 de febrero, las normas procesales no responden siempre al desarrollo de un derecho fundamental sino que pueden regular los cauces a través de los cuales ese derecho ha de ejercerse³². Entonces la naturaleza de la norma va a depender del aspecto que se quiera regular: si esa regulación afecta a un derecho fundamental, en virtud de los artículos 53.1 y 81.1 CE, debería tener rango de Ley orgánica, en caso contrario bastaría una ley ordinaria. Por ello, los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los que se fundamentaba la práctica de las intervenciones corporales resultaban insuficientes y fue necesaria su reforma a través de la LO 15/2003, como estudiaremos en un epígrafe posterior.

³² STC 22/1986, de 14 de febrero, F. Jco. 3º.

III. LA INSUFICIENTE REGULACIÓN LEGAL EN EL ÁMBITO DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

Como resulta evidente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 no podía prever, en el momento de su promulgación, que un siglo después los avances científicos permitiesen la utilización de medios de prueba como los que pretendemos examinar, pero lo cierto es que tampoco el legislador ha sabido adaptarse al desarrollo acaecido en las últimas décadas y esa es la piedra angular que origina una escasa regulación legal de esta materia, que se ha desarrollado de una forma inconcreta y tardía. Por ello, la solución de los problemas que en la práctica se suscitaban recayó en los órganos judiciales y sus resoluciones, por otro lado, frecuentemente recurridas, que tampoco aportaron respuestas jurisprudenciales uniformes.

Sin duda alguna, el punto de inflexión en esta materia lo establece la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, que permite diferenciar dos etapas cardinales en el desarrollo teórico de nuestro objeto de estudio.

Hasta la reforma introducida por la LO 15/2003³³, la realización de intervenciones corporales se fundamentaba en los arts. 339 y 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos a la elaboración de informes periciales³⁴.

En esta línea, la Instrucción 6/1988 de la Fiscalía General del Estado, recogiendo lo dispuesto en el dictamen de 30 de abril de 1981 de la Secretaría Técnica, señalaba que *“no hay disposición legal alguna en nuestro ordenamiento que prohíba el mencionado examen radiológico siempre que el mismo sea realizado por facultativos con titulación suficiente, ya que dicho examen no atenta a la dignidad de la persona y es una de las operaciones que forman parte del*

³³ La LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, añade un párrafo 3º al art. 326, un párrafo 2º al art. 363 y la Disposición adicional tercera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁴ Art. 339 LECrim: *“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”.*

Art. 478.1 LECrim: *“El informe pericial comprenderá, si fuere posible: 1º Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle (...)”.*

reconocimiento pericial a que pueden ser sometidas las personas, como autoriza el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reconocimiento pericial éste que puede ordenarse, según el artículo 339 del mencionado cuerpo legal, en caso de desaparición del cuerpo del delito”; añadiendo a continuación, para justificar la validez de las intervenciones corporales en nuestro ordenamiento jurídico, que “lo que se dice en el dictamen sobre la naturaleza pericial del examen radiológico —y por extensión del reconocimiento médico— ha sido ratificado posteriormente por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre intervención tan parecida, aunque no sea igual, como la del control de alcoholemia, al que ha calificado de «una modalidad especial de pericia» o «la verificación de una pericia técnica de resultado incierto», no equiparable a una «declaración» comprendida en el ámbito de los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución española que no requiere, por ello, las garantías establecidas en el primero de dichos preceptos”.

La citada Instrucción se fundamentaba también en lo dispuesto en el art. 8.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según el cual no se reputarán, con carácter general, como intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley. Se trataba así de suplir el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico, impidiendo con ello que delitos como el tráfico de drogas, quedasen en algunos casos impunes, al no poder acreditarse el transporte de sustancias prohibidas en el cuerpo del imputado, algo que podría evitarse con un simple examen radiológico.

En este marco legislativo, el Tribunal Constitucional refrenda el criterio de la Fiscalía en la Sentencia 37/1989, de 15 de febrero³⁵ y matiza el concepto de derecho a la intimidad personal equiparando el reconocimiento ginecológico a la realización de un examen pericial, considerando los citados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como habilitación legal suficiente para fundamentar la

³⁵ STC 37/1989, de 15 de febrero, F. Jcos. 7º y 8º.

resolución judicial en la que se acuerde la práctica de una prueba³⁶ que, siendo imprescindible, afecte a la intimidad corporal del imputado:

“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. Esta afirmación de principio requiere algunas matizaciones. La primera de ellas es la de 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.

La segunda es la de que, aun tratándose ya de actuaciones que afectan al ámbito protegido, es también cierto que la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste 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)”

“El derecho fundamental aquí comprometido no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre

³⁶ En este caso se había acordado la realización de un examen ginecológico por el médico forense, para averiguar si había existido una interrupción voluntaria del embarazo.

*el propio cuerpo, de huellas del posible delito, ello sin perjuicio del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). Ni la intimidación puede, en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las facultades legales que, corresponden al Instructor, y que el Ministerio Fiscal recuerda, para ordenar, en el curso del sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la «descripción de la persona (...), que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle (arts. 399 y 478 de la LECrim), habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que si 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».*³⁷

Además, según reiterada doctrina constitucional³⁸, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de obligada observancia al proceder a la limitación de un derecho fundamental, imponiéndose la motivación de la resolución judicial que restrinja el derecho, pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.

Por su parte, el Auto del Tribunal Constitucional 230/1994, de 18 de julio, resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la resolución del Juez instructor que ordena la realización de una prueba pericial psicológica (test de personalidad e inteligencia) en un caso de homicidio, con el fin de investigar los rasgos de la personalidad y establecer el grado de imputabilidad. Se mantiene su validez en base

³⁷ El art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que “cuando el Juez considere conveniente el examen del procesado en el lugar de los hechos acerca de los cuales deba ser examinado o ante las personas o cosas con ello relacionadas, se observará lo dispuesto en el art. 438”. Este último precepto afirma que “el Juez instructor podrá mandar que se conduzca al testigo al lugar en que hubieren ocurrido los hechos, y examinarle allí o poner a su presencia los objetos sobre que hubiere de versar la declaración. En este último caso, podrá el Juez instructor poner a presencia del testigo dichos objetos, solos o mezclados con otros semejantes, adoptando además todas las medidas que su prudencia le sugiera para la mayor exactitud de la declaración”.

³⁸ Entre otras, las SSTC 26/81, de 17 de julio y 13/85, de 31 de enero.

a la cobertura legal del art. 381³⁹, que prevé el reconocimiento del procesado por un médico forense si se observasen en él indicios de enajenación mental.

Así, el Alto Tribunal señala en la citada resolución que *“entre las diligencias sumariales se incluyen aquellas que tienden a perfilar la personalidad del inculpado como criterio corrector de la pena. La Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Juez de Instrucción para disponer la práctica de informes periciales conducentes a determinar la capacidad intelectual y mental del inculpado. En concreto, el art. 381 L.E.Crim dispone que «si el Juez advirtiese en el encausado indicios de enajenación mental le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos Forenses en el establecimiento en que estuviese preso».* Es obvio, por lo tanto, en contra de lo que sostienen los recurrentes, que la diligencia ordenada por el Juzgado de Instrucción, consistente en el reconocimiento psicológico del inculpado, se encuentra prevista por la Ley. No obstante, cabe plantearse si, como sostiene el demandante, este tipo de investigaciones son incompatibles con el principio de libre autodeterminación personal. Ciertamente, hay que reconocer que determinados métodos de investigación que privan al sospechoso del control de sus facultades intelectuales y de su consciencia, son incompatibles con la autonomía personal, y con la reserva de un espacio psíquico propio de la persona, al que resulta ilícito renunciar. Más tal prohibición probatoria no puede extenderse a los reconocimientos psicológicos, basados en test de la personalidad, pacíficamente aceptados por la comunidad científica.

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

³⁹ El art. 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en su párrafo primero: *“Si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad”.*

término, comprobar de qué forma puede encontrarse afectada su capacidad de culpabilidad”.

El Tribunal Constitucional se pronunció también sobre la cobertura legal de otras intervenciones realizadas fuera del proceso penal; así, la STC 7/94⁴⁰ consideró que en el caso de las pruebas de investigación de la paternidad, esa habilitación venía determinada por el derogado art. 127 de Código Civil⁴¹: *“debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial; en este caso, no solo el art. 127 del Código Civil da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas, sino que constituye la instrumentación de un terminante mandato constitucional (el art. 39.2 C.E. declara que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad»), lo cual conecta directamente con el art. 14 CE, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento”.*

Por su parte, la STC 35/96⁴² considera que el art. 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria⁴³ otorga cobertura legal para practicar observaciones radiológicas en internos como medida de seguridad y control de los centros, al estimar que su retención y custodia es uno de los fines de la institución penitenciaria, lo que se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos para garantizar esa finalidad.

El art. 3.4 de la misma norma⁴⁴ sirve también para admitir la alimentación forzosa a personas privadas de libertad que se encuentran en huelga de hambre (STC 120/1990, de 27 de junio, F.J. 6º), al establecer el derecho-deber de la

⁴⁰ Vid. STC 7/1994, de 17 de enero, F. Jco. 3º.

⁴¹ Precepto derogado por la LEC de 2000 y reproducido en el art. 767.2 de esta norma: *“En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”.*

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1996, de 11 de marzo.

⁴³ La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria establece en su art. 23 que *“los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona”.* Vid., asimismo, los arts. 68 y 69 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, en los que se establece la forma de realizar los registros y cacheos.

⁴⁴ En esta línea, el art. 3.4 LOGP dispone: *“La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los enfermos”.*

Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia. Como sabemos, la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de especial sujeción, que conlleva unos derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de los internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa.

La referida sentencia asevera que *“no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente. En modo alguno puede calificarse de «tortura» o «tratos inhumanos o degradantes», con el sentido que esos términos revisten en el art. 15 C.E., la autorización de una intervención médica, que, en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ella, 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”*.

Por todas las afirmaciones que hemos puesto de manifiesto previamente, parece que la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona, no puede entenderse incluida en la esfera del art. 17.1 C.E. Es obvio que la aplicación de un tratamiento médico y alimentario forzoso implica el uso de medidas coercitivas que inevitablemente han de comportar concretas restricciones a la libertad de movimiento, pero tales limitaciones no constituyen lesión del derecho a la integridad física, puesto que el art. 45.1 b) de la LOGP⁴⁵ permite esas medidas y es, en este sentido, la Ley a la que se remite genéricamente el art. 17.2 de la Constitución española.

En otro orden de cosas, el máximo intérprete de nuestra Norma Suprema admite también la esterilización de incapaces cuando la deficiencia psíquica que

⁴⁵ Este precepto permite, con autorización del Director del centro penitenciario, la utilización de los medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente, entre otros supuestos, *“para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas”*.

presenten sea grave y les impida comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de esta medida de intervención corporal, lo que ha de ser verificado por el juzgador, no sólo a través de los dictámenes de los especialistas que exige el art. 156 del Código Penal⁴⁶, sino también por la propia exploración judicial del incapaz.

Así, la STC 215/94, de 18 de julio de 1994, argumenta que el deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 C.E.), el reconocimiento, entre otros, del derecho de éstos a la protección de la salud (art. 43.1 C.E.), y su derecho también a disfrutar de todos los que la Constitución establece en su Título I (art. 49 C.E.), aunque no impelen al legislador a adoptar una norma como la que estudiamos, la hacen plenamente legítima desde la vertiente teleológica, toda vez que la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines⁴⁷.

La medida arbitrada por el legislador, no se aparta o contradice la finalidad del art. 49 CE, puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente.

A pesar de todo lo expuesto, la STC 207/96, de 16 de diciembre de 1996, supone un giro copernicano en la interpretación jurisprudencial de esta materia, al estimar que no tiene cobertura legal la orden judicial en la que se acuerda el corte de cabello del procesado para averiguar si era consumidor de droga, puesto que los

⁴⁶ El art. 156, párrafo segundo, del Código Penal dispone: *“No será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”*, (similar previsión se recogió en el art. 428 del anterior CP, según la redacción de 1989).

⁴⁷ STC 215/94, de 18 de julio de 1994, F. Jco. 4º.

artículos 334.1⁴⁸ y 339 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permiten al instructor acordar el análisis sobre todo tipo de muestras recogidas en algún lugar, pero no la extracción de muestras biológicas directamente del cuerpo de una persona.

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 consentimiento. 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, pero no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

Es obvio, por tanto, que la diligencia pericial acordada por el Juzgado de Instrucción, de carácter imperativo y contraria a la voluntad del interesado, implica una intervención consistente en la extracción de cabellos de diversas partes de la cabeza y de la totalidad del pelo de las axilas e incide en el ámbito constitucionalmente protegido de su derecho fundamental a la integridad física, aunque sea de una manera leve, pues, la afectación de este derecho no presupone necesariamente la existencia de un riesgo o lesión para la salud de la persona.

El derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E. tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal; en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), pues 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*»⁴⁹, y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo⁵⁰.

Por lo que respecta al objeto de nuestra investigación está meridianamente claro que cierto tipo de diligencias o actos de prueba, como las intervenciones

⁴⁸ El art. 334, párrafo 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Procesal establece: “*El Juez instructor procurará recoger en los primeros momentos 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, extendiendo diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndolos minuciosamente, para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo*”.

⁴⁹ SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994.

⁵⁰ SSTC 142/1993 y 143/1994.

corporales, pueden conllevar asimismo, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.

La incidencia en el derecho a la intimidad personal se acentúa en un caso como el presente por la condición de Guardia Civil del imputado al que se ordena soportar la intervención y pericia, dado que, si los resultados de la misma fueran positivos, en el sentido de demostrar su consumo de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y aunque ello no llegara a tener para él consecuencias de orden penal en la causa, sí podría acarrearle eventualmente responsabilidades de tipo disciplinario.

Según el Tribunal Constitucional *“el art. 339 LECrim autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales pero, expresamente prevé que dichos dictámenes se limiten al «cuerpo del delito», entendiéndose 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 L.E.Crim.). En consecuencia, al amparo de este precepto, la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros 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”*.

Diversas circunstancias incidieron en este fallo que se distancia de lo dispuesto en anteriores sentencias del Tribunal Constitucional: en primer lugar que la prueba que se pretendía practicar no era de ADN, sino de consumo de droga, y el análisis no guardaba una relación directa con el hecho punible que se trataba de probar (sólo podría establecer si el imputado, miembro de la Guardia Civil, era consumidor de drogas, pero no acreditaría el delito de cohecho mediante pago de cocaína que se investigaba); y en segunda instancia, el análisis solicitado parecía desproporcionado pues abarcaba todo tipo de droga durante toda la vida del sometido a la prueba.

Por otra parte, nuestro Alto Tribunal desechó la existencia de cobertura legal sin referirse al entonces vigente art. 785.8ª.e) cuyo contenido se recoge actualmente, con similar redacción en el art. 778.3 de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal y según el cual el Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que el médico forense u otro perito 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.

Tras la mencionada STC 207/96 no faltaron voces que calificaban de inconstitucional la prueba de ADN en el proceso penal al carecer de suficiente previsión legal, por lo que se consideró necesario reformar, aunque fuera mínimamente, la Ley para evitar problemas con este tipo de pruebas.

Esta regulación no consiguió prosperar hasta la LO 15/2003 que añade un párrafo 3º al art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”*.

Este precepto, en realidad, habla de la recogida de vestigios o muestras biológicas, a fin de garantizar su autenticidad, pero no de las condiciones o requisitos necesarios para poder practicar la correspondiente intervención, lo que trata de plasmarse en el párrafo 2º del artículo 363: *“Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”*.

De esta forma, se otorga cobertura legal a la recogida de muestras corporales para realizar análisis de ADN al sospechoso, pero no se dice nada sobre la posible práctica coactiva de estas pruebas o las consecuencias que puede tener la negativa a realizarlas, ni tampoco si se pueden realizar con una finalidad distinta para determinar el perfil de ADN⁵¹ o sobre personas distintas al sospechoso.

Por último, apuntar que en virtud de la previsión contenida en la Disposición Adicional 3ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se dictó la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

⁵¹ En el caso analizado por la STC 207/1996, como vimos, se pretendía determinar si el imputado era, o no, consumidor de drogas.

CAPÍTULO II

**EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
AFECTADOS EN LAS INTERVENCIONES CORPORALES**

PARTE PRIMERA

EL DERECHO A LA INTIMIDAD

CAPÍTULO II

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS EN LAS INTERVENCIONES CORPORALES

PARTE PRIMERA

EL DERECHO A LA INTIMIDAD

I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los avances científicos y el desarrollo tecnológico de las últimas décadas, especialmente en áreas como la medicina, la genética o la informática, permiten la utilización de nuevas técnicas de investigación policial y judicial que pueden implicar una invasión en la esfera privada del individuo y, consecuentemente, deben llevar aparejada la protección necesaria de su intimidad frente a la actuación que los poderes públicos realicen en defensa del interés general. Así, el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Constitución española⁵², es uno de los derechos que de forma más frecuente y con mayor gravedad puede verse menoscabado por la práctica de una intervención corporal, al recaer ésta directamente sobre el cuerpo de una persona y afectar, por tanto, a su esfera más íntima.

La naturaleza y la posición que ocupa el derecho a la intimidad en relación a otros derechos, la dificultad de delimitar su propio concepto y los importantes intereses que entran en lid cuando hay que decidir sobre su prevalencia, o no, frente a otras pretensiones jurídicas, pone de manifiesto la dificultad de establecer criterios

⁵² Este precepto garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, además del derecho al honor y a la propia imagen.

pacíficos en esta materia⁵³. A pesar de todo, han sido muchos los que han tratado de definirlo, uno de los primeros fue el Juez norteamericano Cooley cuya expresión “*the right to be alone*” ha sido traducida por “el derecho a ser dejado en paz”, en el sentido de no sufrir molestias ajenas⁵⁴.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua otorga a la palabra *intimidad*⁵⁵ el significado de “*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*”. Sin embargo, como apuntan algunos tratadistas no resulta fácil precisar este concepto ya que al tratar de determinar su contenido suele incluirse lo definido en la definición.

Así ocurre, con lo que ALBADALEJO entiende por derecho a la intimidad: “*el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicación que no desee el interesado*”⁵⁶. Aquí el problema radica en precisar lo que es “círculo íntimo”. Otros autores consideran que la expresión “*poder concedido a persona*” no es muy exacta, pues se trata de un derecho fundamental que deriva de la dignidad de la persona, es decir, que no se le concede por ley sino que se reconoce en una norma de mayor rango como es la Constitución⁵⁷.

HERRERO-TEJEDOR⁵⁸ define el ámbito protegido por la intimidad como el conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado, conocido por un número reducido de personas, respecto al que su titular posee un interés legítimo en evitar

⁵³ Destaca incluso la diversidad de términos que se utilizan en los distintos países para referirse a la idea de intimidad: en Italia “*riservatezza*”, en Francia “*vie privée*” o en los países anglosajones “*privacy*”.

⁵⁴ Expresión contenida en su obra “*The elements of torts*” de 1873; cita recogida de HERRERO-TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, Cóllex, 1998, p. 20.

⁵⁵ El origen etimológico de intimidad lo encontramos en el adverbio latino *intus* que puede traducirse como: por dentro, hacia dentro o lo más interior y a *interior* le corresponde el superlativo *intimus*.

⁵⁶ Cita recogida de O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “*Honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo*” en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p.185.

⁵⁷ Véase CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995, p. 77.

⁵⁸ HERRERO - TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, Cóllex, 1998, p. 25.

su divulgación. Al tiempo también pone de manifiesto que la Constitución además de garantizar este derecho le otorga un contenido negativo, al actuar como límite de los derechos y libertades recogidos en el art. 20 CE, en especial las de libre expresión e información⁵⁹.

Hay que tener en cuenta que el contenido de este derecho o, más bien, de lo que hoy entendemos por intimidad ha sufrido una importante evolución a lo largo de los siglos y depende no sólo del momento histórico en que nos encontremos, sino también de la sociedad y la cultura de que se trate⁶⁰, de ahí la complejidad para definir y delimitar este derecho, que habitualmente ha ido unido a la contraposición de lo privado frente a lo público.

La primera sería la esfera en la que cada persona tendría la facultad de decisión, evitando intromisiones ajenas y no deseadas, con capacidad para disponer libremente de lo que otros pueden conocer de ese ámbito más reservado. Estaríamos ante un reducto espiritual de la persona con una especial protección frente al conocimiento ajeno, un espacio físico y anímico regido por la voluntad del individuo, cuyo fundamento no es la seguridad ni la libertad, sino garantizar un entorno de soberanía personal en el que alguien pueda desenvolverse sin intromisión de los demás⁶¹.

Aunque en nuestro ámbito cultural se utilicen de un modo análogo, conviene distinguir el concepto de “intimidad” del de “vida privada”⁶². Ésta implica una noción

⁵⁹ El art. 20.4 CE establece: “*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*”.

⁶⁰ La STC 171/1990, de 12 de noviembre, señala en su fundamento jurídico 4º que “*Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial*”.

⁶¹ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, 2º edición, Madrid, 2005, p.69 y ss.

⁶² La palabra “privacidad” a menudo es utilizada por la doctrina y la jurisprudencia como equivalente de “*privacy*”, para referirse a la protección de la vida privada, comprendiendo la esencia común del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen reconocidos en el art. 18.1 CE, puesto que todos ellos hacen referencia a una esfera privada de la personalidad, a un ámbito reservado de carácter personal cuyo titular goza de dominio absoluto excluyendo injerencias ajenas. En este sentido el ATC 642/86, de 23 de julio, señala en su fundamento jurídico 3º que “*el derecho a la intimidad constitucionalmente garantizado por el art. 18 en relación con un área espacial o funcional de la persona precisamente en favor de la salvaguarda de su privacidad, que ha de quedar inmune a las agresiones exteriores de otras personas o de la Administración Pública...*”.

más amplia que abarca lo que no queremos que sea de general conocimiento y dentro de ella existe un núcleo más personal, que protegemos con más fuerza porque lo consideramos esencial en la configuración de nuestra personalidad, esto es la intimidad, que constituye la realidad más interna del ser humano. El contenido de ese núcleo depende de la libertad individual de cada persona: lo que para unos debe ser absolutamente reservado, a otros no les importa que se conozca. Por tanto, es el individuo quien realmente establece el grado y los límites de su intimidad⁶³.

En palabras de la Profesora ABA CATOIRA, ante la sociedad de las nuevas tecnologías, el Derecho responde en un primer momento incluyendo la protección de datos personales en el ámbito del derecho a la intimidad, para acabar considerando esa protección como un derecho autónomo e independiente que se basa en la autodeterminación del individuo para decidir sobre el tratamiento a que son sometidos sus datos y que, por tanto, otorga un poder de disposición y de control de los datos personales tanto públicos como privados: es lo que se ha denominado el derecho a la autodeterminación informativa⁶⁴.

Desde otra óptica diferente, un segundo grupo de autores entre los que se encuentra el Profesor RUIZ MIGUEL, afirman que la protección de los datos personales supone la concreción del derecho a la intimidad en el campo de las tecnologías de la información, considerando que la categoría de “derecho a la autodeterminación informativa” no es trasladable al ordenamiento español. En Alemania se configura como un derecho independiente porque la Ley Fundamental de Bonn no consigna el derecho a la intimidad, mientras que la jurisprudencia

⁶³ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, 2º edición, Madrid, 2005, p.73 y ss.

⁶⁴ ABA CATOIRA, A., “*La protección de datos personales en la sociedad de la información*”, inédito, segundo ejercicio presentado al concurso – oposición a la plaza de Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de A Coruña, septiembre 2003, p. 256-284. Según esta autora la protección de datos (art. 18.4 CE) no es lo mismo que el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), sino que se trata de un derecho fundamental autónomo mediante el que se protege la privacidad que tiene un contenido mucho más extenso que la intimidad, puesto que lo privado va más allá de lo íntimo, siendo reconocida esa autonomía en las SSTC 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre. También se diferencian en su función y contenido, pues el derecho a la intimidad impone a terceros un deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido; por su parte, el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistentes en diversos poderes jurídicos que garantizan a la persona un poder de control sobre sus datos personales (STC 292/2000, F. Jco. 6º).

española, en la que se sustenta la idea de un derecho a la protección de datos autónomo, se construye siempre en torno a la formulación del derecho a la intimidad⁶⁵.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986 señala en su fundamento jurídico 6º que *“la esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la ley misma por las cuales queda encomendada al Juzgador la prudente determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas conforme al ya invocado punto uno de su artículo segundo. Resulta, pues, decisivo para trazar los límites de la intimidad, que ha de ser preservada judicialmente, el atender a los usos sociales y más señaladamente todavía y con carácter más determinante aún, a los propios actos al respecto y a las pautas de comportamiento libremente escogidas y asumidas por cada persona”*.

Recogiendo esta idea la STC 231/1988, de 2 de diciembre, pone de manifiesto lo necesario que resulta para el ser humano poder disfrutar de este derecho, al señalar en su fundamento jurídico 3º que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana.

En suma, el derecho a la intimidad se proyecta en una doble vertiente que nos permitirá entender su limitación por una medida de intervención corporal: la libertad de vivir cada uno su propia vida conforme a sus gustos o preferencias, sin imposiciones uniformadoras del grupo social, pero de vivirla en sociedad, de manera que el goce de esa libertad no vulnere los derechos o intereses de los demás⁶⁶.

⁶⁵ RUIZ MIGUEL, C., *“La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar”*, en Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de cooperación transfronteriza, nº 2, 2003, p.193 y ss.

⁶⁶ GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Cóllex, Madrid, 1995, p.45.

Pese a la trascendencia que hoy le otorgamos, hasta el siglo XX no se produce un reconocimiento expreso del derecho a la intimidad, cuya protección ha ido tradicionalmente unida a la de la imagen y a la del honor, lo que generó una notable confusión entre los tres conceptos y propició que los ataques a estos bienes inmateriales sólo se castigasen en la medida en que atentaban contra la honra de una persona.

Las primeras manifestaciones históricas de protección de la intimidad se producen en el Derecho Romano en relación fundamentalmente con el honor de las personas, la protección del domicilio o la libertad religiosa⁶⁷. En el derecho medieval se observan ya algunas normas⁶⁸ relativas a la inviolabilidad del domicilio como defensa de la seguridad patrimonial, puesto que aún no está presente el elemento subjetivo que lo configure como algo propio de la vida privada del individuo; pero es a partir del siglo XVI cuando se inicia un importante reconocimiento de derechos en el ordenamiento jurídico inglés, con el objeto de limitar las prerrogativas del monarca, y se asienta la idea de que el individuo, en su esfera privada, posee determinados derechos inalienables.

Sin embargo, hasta el siglo XVIII no se recogen y garantizan en los textos constitucionales⁶⁹ las primeras manifestaciones del derecho a la intimidad, como acontece en las colonias inglesas de América del Norte o en las normas surgidas a raíz de la Revolución Francesa de 1789. Por su parte, la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787 amplía la protección otorgada al domicilio a derechos más personales del individuo, pero sin desprenderse aún del aspecto de seguridad y protección patrimonial.

En España, si bien el Estatuto de Bayona habla ya de la casa como un asilo inviolable, no será hasta la Constitución de 1869 cuando se reconozca expresamente la inviolabilidad del domicilio como un derecho pleno tanto para los

⁶⁷ La injuria u ofensa moral, cuya gravedad llega a depender de la dignidad de la víctima, podía considerarse también como el ultraje al pudor de ciertas personas y el domicilio era una extensión personal del derecho real de propiedad. La libertad de culto fue proclamada por el Emperador Constantino en el Edicto de Milán del año 313.

⁶⁸ Por ejemplo, los Decretos de la Curia de León de 1188, en los que se establece que nadie entre en la casa de otro por la fuerza ni haga daño en su heredad.

⁶⁹ En este sentido, podemos citar la Constitución de Pensilvania de 1766 o la Declaración de Derechos de Virginia de 1776.

españoles como para los extranjeros, que junto a la inviolabilidad de la correspondencia son las dos manifestaciones del derecho a la intimidad que primero aparecen en nuestra historia constitucional. Pero habrán de pasar todavía muchos años para que este derecho se configure y reconozca como tal de forma autónoma y desligada de estas expresiones iniciales, como veremos en un epígrafe posterior.

II. GÉNESIS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Con carácter general, se considera que este derecho tiene su origen en el artículo “*The right to privacy*” que los abogados americanos Warren y Brandeis publicaron el 15 de diciembre de 1890, motivados por las constantes crónicas periodísticas de que eran objeto las fiestas que se celebraban en la casa del primero, de las que se publicaban detalles muy personales, dando una imagen de derroche y relajación moral de la alta sociedad. Con ello se trata de frenar la gran influencia que a finales del siglo XIX estaba alcanzando la prensa tras la difusión generalizada de los periódicos y sobre todo su capacidad para entrometerse y lesionar la vida privada.

Tomando como base los principios del *Common Law* se desarrollan los conceptos necesarios para fundamentar la defensa jurídica de la intimidad. El trabajo parte de la idea de que el individuo debe tener una protección completa tanto de su persona como de sus propiedades; y del convencimiento de que los cambios políticos, sociales y económicos conllevan el reconocimiento de nuevos derechos que deben ampliarse para satisfacer esas necesidades.

De este modo, la *privacy* debe desgajarse del derecho a la propiedad y protección del honor y deben protegerse; asimismo, los derechos a la propiedad intelectual y artística porque son una aplicación del derecho a la *privacy*.

El principio que protege escritos personales y cualquier otra producción de la inteligencia o de las emociones es el derecho a la *privacy* y la ley no tiene que formular un nuevo principio cuando extiende esa protección a la apariencia personal, a las expresiones, actos y a las relaciones personales, domésticas o a cualquier otra. Consideran sin embargo que este derecho no tiene un carácter absoluto, por ello no

se prohíbe la publicación de cualquier materia de interés público o general y además el consentimiento del afectado excluye la violación de este derecho.

Bajo este prisma, el fundamento de la intimidad ya no radica en la propiedad privada sino en la inviolabilidad de la personalidad humana, de donde emanan las facultades de exclusión de la esfera íntima; se une la libertad individual a la *privacy* y ésta deja de depender del derecho al honor para convertirse en un derecho verdaderamente autónomo, que en realidad era lo que perseguía la hipótesis de estos autores.

Aunque se necesitó tiempo para que esta doctrina fuese acogida por la jurisprudencia y las leyes norteamericanas, tan sólo tres años después de la publicación del artículo un tribunal de Nueva York utilizó su argumentación como fundamento de una sentencia (Caso Marks & Joffra)⁷⁰, en la que se estimó la demanda en base al respeto a la propia imagen y a la falta de consentimiento del interesado, reconociendo que todo ciudadano tiene el derecho a “ser dejado en paz” y el derecho a la protección tanto de su persona como de su propiedad.

Tras alguna sentencia posterior en la que se desechó la tesis de Warren y Brandeis, el Estado de Nueva York acabó por reconocer en su Ley de Derechos Civiles que el uso del nombre, figura o retrato de cualquier persona sin su autorización escrita con fines publicitarios constituye un ilícito que da derecho a una indemnización⁷¹.

Algunos años después, en 1905, la Corte Suprema de Georgia⁷² reconoce la existencia del derecho a la propia imagen y del derecho a la intimidad dentro de la vida privada, considerando que éste nace de las leyes naturales que se dan en todo tiempo y lugar, y señalando que la libertad personal abarca el derecho a la vida pública tanto como el derecho correlativo a la intimidad. Esta Sentencia, que sirvió de base a numerosas resoluciones judiciales posteriores, es considerada por los manuales jurídicos americanos como el origen del reconocimiento del derecho a la

⁷⁰ Véase el Caso *Marks & Joffra*, en el que el retrato del demandante había sido publicado en un periódico con relación a un concurso de popularidad al que se oponía.

⁷¹ Artículos 50 y 51.

⁷² Caso *Pavesick & New England Life Insurance Company* en el que se solicita indemnización por el uso indebido del nombre y fotografía del demandante frente a una compañía de seguros.

intimidad. No obstante, hasta 1965 el Tribunal Supremo no reconoció la existencia de un derecho constitucional a la intimidad independiente y dotado de sustantividad propia⁷³.

III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

Como ya señalamos el reconocimiento de la intimidad como derecho independiente se produce en una época relativamente reciente y así se manifiesta también en el ámbito de la legislación internacional que surge tras la Segunda Guerra Mundial. El primer texto, de este tipo, que lo contempla es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948, cuyo art. 5 establece que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. Este reconocimiento se fundamenta en la dignidad y la libertad de las personas, con independencia de su nacionalidad.

Pocos meses después, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre señala en su art. 12 que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene el derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias”*. De nuevo lo que se pretende con la salvaguardia de estos derechos es proteger la dignidad de la persona (a través de la intimidad se realiza en el ámbito interior del individuo y mediante la honra y la fama en la esfera externa), pues en realidad en esta Declaración se están reconociendo un conjunto de derechos y facultades sin los cuales el ser humano no puede desarrollar plenamente su personalidad, siendo la protección de la vida privada necesaria tanto para su tranquilidad como para el ejercicio de su libertad personal.

En el art. 8, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950⁷⁴, se reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar y se

⁷³ Sentencia *Griswold vs. Connecticut* en la que se consideró inconstitucional, por vulnerar el derecho a la intimidad, la prohibición de vender, distribuir y utilizar contraceptivos.

establecen cauces procedimentales e institucionales como elementos de garantía, lo que supone un avance sustancial en la protección de este derecho, que posteriormente va a ser recogido también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el Pacto de San José de Costa Rica de 1970.

En consonancia con los avances tecnológicos que se van produciendo, en 1981 el Convenio sobre la protección de las personas en lo relativo al tratamiento automatizado de datos de carácter personal⁷⁵, señala en su art. 1 que uno de sus fines es garantizar el derecho a la vida privada de las personas físicas en este ámbito.

Posteriormente continúa el reconocimiento de la vida privada y familiar en la Declaración del Parlamento Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales de 12 de abril de 1989, en la Convención sobre los Derechos del Niño de ese mismo año y en la Convención de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes de 1995. Igualmente se recoge en el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa del año 2004, cuya suerte final no es menester recordar.

Tal y como establece el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, de ahí que la dignidad de la persona y el reconocimiento de sus derechos se configure como la base del ordenamiento y en tal sentido se inserte en los textos internacionales que hemos mencionado. La dignidad aparece como una parte esencial de la condición humana, como fundamento de los derechos de la persona y con independencia de su reconocimiento jurídico, pues existe al margen de éste, si bien este reconocimiento ha supuesto un gran avance, al garantizar su respeto y posibilitar su desarrollo.

El art. 10 de la Constitución Española establece que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son, entre otros, fundamento del orden político y de la paz social y, además, que las normas relativas a los derechos

⁷⁴ Este Convenio fue ratificado por España en 1979, por lo que resulta plenamente aplicable en nuestro país, a tenor de lo dispuesto en su art. 1 y en el art. 96 de la CE.

⁷⁵ Este Convenio fue adoptado por el Parlamento Europeo el 28 de enero de 1981.

fundamentales y a las libertades reconocidos en la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre esta materia. El art. 96.1 CE prevé asimismo que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno.

IV. NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El Tribunal Constitucional considera que la naturaleza jurídica de un derecho fundamental es el modo de configurar cada derecho estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos han llamado el metalenguaje o las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los Jueces y, en general, los especialistas en Derecho, sobre lo que sea ese derecho.

De este modo, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. Así la naturaleza jurídica o forma de concebir el derecho es uno de los caminos que permite aproximarnos a su contenido esencial.

Éste también puede determinarse a partir de los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticables, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.⁷⁶ Es decir, no se identifica con el conjunto de facultades que integran el derecho en su totalidad, tan sólo con aquellas de las que no se puede prescindir sin anularlo por completo.

Como señala la Profesora GARCÍA VÁZQUEZ, aunque la ley pueda introducir condicionamientos adicionales al ejercicio de un derecho fundamental, no puede contradecir lo dispuesto en la teleología constitucional, puesto que una limitación tal que impidiese el ejercicio del derecho, vulneraría el contenido esencial del mismo.

⁷⁶ STC 11/1981, de 8 de abril, F. Jco. 8º.

En tal sentido, el legislador estaría obligado a respetar ese contenido, siempre y en todo caso, aún cuando su objetivo no fuese la limitación de un derecho o libertad, sino la configuración de su régimen jurídico. Así, en el supuesto de los derechos de configuración legal, resulta útil la visión geométrica de la teoría alemana de los círculos concéntricos en los que se distribuye el contenido de los derechos en varios círculos, siendo el núcleo duro o contenido esencial indisponible para el legislador. Esta exigencia viene recogida en el art. 53.1 CE y también se hace referencia a ella en textos internacionales como el CEDH, cuyo art. 17 prohíbe que los Estados, los grupos o los individuos puedan realizar actos tendentes a la destrucción de los derechos. Por tanto, el contenido esencial constituye una garantía infranqueable de los derechos fundamentales⁷⁷.

Regresando nuevamente al análisis del derecho a la intimidad, sostiene REBOLLO DELGADO que aunque en principio la intimidad tiene un carácter excluyente y se identifica con el derecho a estar sólo o a ser dejado en paz, los límites de este derecho se han ensanchado y ya no se trata solamente de la potestad que tenemos de que un tercero conozca, o no, nuestra vida privada, sino también la posibilidad de controlar lo que otros conocen de nosotros mismos. De esta forma, el derecho a la intimidad tiene un ámbito interno y otro externo; en el primer caso estaríamos ante un derecho de defensa frente a las intromisiones o injerencias ajenas en la vida privada, en el segundo, ante una interpretación expansiva o facultad que tenemos de decidir lo que queremos que otros conozcan de lo que nos pertenece.

En este ámbito externo se encuentra la intimidad informática donde existe la obligación de mantener lo que se denomina la calidad de los datos; esto significa que dichos datos han de ser utilizados para una finalidad concreta y determinada, ha de tratarse de datos veraces, es decir, ciertos y convenientemente actualizados o puestos al día por instituciones como la Agencia Española de Protección de Datos. De esta manera cualquier ciudadano puede tener constancia de la información relativa a él mismo contenida en una base de datos y, eventualmente, solicitar su

⁷⁷ GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 277, 312 y ss.

rectificación. Existen así órganos del Estado que garantizan ese ámbito externo del individuo pero sobre el que opera la voluntad de éste⁷⁸.

En la misma línea argumentativa, HERRERO-TEJEDOR señala que de la *privacy* como derecho de exclusión de los demás de nuestro ámbito privado se ha pasado a su configuración como verdadera libertad negativa frente a la información abusiva; e incluso, se ha dado un paso más, ya que hoy la *privacy* se concibe como una libertad positiva de ejercer un derecho de control sobre los datos referidos a la propia persona, que han salido de la esfera de la intimidad para convertirse en elementos de un archivo electrónico privado o público. Es la denominada libertad informática, es decir, la que resulta de la recogida y confrontación de los datos personales insertos en un programa electrónico⁷⁹.

Muchos de estos datos tienen un carácter “sensible” porque reflejan aspectos básicos de la personalidad (creencias religiosas, opiniones políticas, informes íntimos, etc.) configurándose como un bien jurídico que es necesario proteger con especial cautela. De esta forma, la libertad informática ya no sólo es la libertad de negar información de carácter personal, sino también la libertad de controlar el uso de los datos personales incluidos en un programa informático.

El acceso a los bancos de datos, el control de su exactitud, el derecho de rectificación y de secreto para los datos sensibles⁸⁰ o la autorización para difundirlos, forman parte hoy en día del derecho a la intimidad. Precisamente este uso globalizado e imprescindible de la informática ha ido generando también una normativa específica para su regulación entre la que debemos destacar la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 1999⁸¹, que ocupará nuestra atención más adelante.

⁷⁸ Ob. cit., p. 116 y ss.

⁷⁹ HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Cóllex, Madrid, 1990, p. 40.

⁸⁰ En este sentido el art. 7.4 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, prohíbe los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

⁸¹ Esta normativa fue dictada en desarrollo del art. 18.4 CE que establece: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

El derecho a la intimidad además de un derecho subjetivo⁸², es un derecho positivo y esencial en la organización social, una garantía institucional de pluralismo y democracia, puesto que si lo público está regido por la pretensión de igualdad, lo privado es el origen de la singularidad; y precisamente el respeto a la diferencia implica originariamente respeto a la vida privada y por tanto puede considerarse como una expresión o manifestación de libertad, así como una consecuencia de la dignidad humana en su condición de fundamento del orden político y de la paz social⁸³.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos fundamentales no sólo incluyen derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste⁸⁴; esto implica que los ciudadanos podrán acudir a los tribunales cuando exista una vulneración, en este caso, del derecho a la intimidad, pero al mismo tiempo los poderes públicos deben adoptar las medidas necesarias para protegerles de esos ataques, es decir, para que el ejercicio de los derechos sea real y efectivo⁸⁵.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo ha concebido el respeto de la vida privada como un derecho de defensa cuyo objeto es proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en la vida privada y familiar⁸⁶.

Estas ideas básicas sobre la naturaleza jurídica del derecho a la intimidad entroncan con las diversas concepciones que existen sobre el mismo. Si tenemos en cuenta que la evolución doctrinal y legislativa de este derecho difiere según los distintos países y su área de influencia, el contenido que se le otorga también varía sustancialmente en función del ordenamiento jurídico de que se trate, de ahí que,

⁸² Véanse al respecto las SSTC 25/81, de 14 de julio, F. Jco. 5º y 114/84 de 29 de noviembre, F. Jco. 4º.

⁸³ REBOLLO DELGADO, L., ob. cit., p. 118 y ss.

⁸⁴ STC 53/1985, de 11 de abril, F. Jco. 4º.

⁸⁵ En tal sentido, los artículos 9.2 y 53.1 de la Constitución Española.

⁸⁶ STEDH de 23 de julio de 1968, sobre el régimen lingüístico de Bélgica, A-6.

siguiendo a REBOLLO DELGADO⁸⁷, debemos comparar las diferentes concepciones que existen sobre este derecho:

a) Concepción objetiva: hace referencia a lo reservado de cada persona, a lo que puede sustraerse al conocimiento ajeno y se corresponde con la formulación inicial del derecho a la intimidad defendida por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana: el derecho a ser dejado en paz. Fue desarrollada, como hemos puesto de manifiesto, por la doctrina alemana en la denominada “teoría de las esferas o de los círculos concéntricos” según la cual el círculo más amplio o esfera privada abarca los comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto no quiere que lleguen al conocimiento público; a continuación está la esfera confidencial que comprende lo que el sujeto participa a otras personas de su confianza (correspondencia, memorias, etc.) y, por último, el círculo menor o núcleo duro estaría constituido por la esfera de lo secreto, que se corresponde con los hechos extremadamente reservados que deben ser inaccesibles para los demás. Estas esferas se comunican entre sí y se conforman libremente por cada individuo atendiendo a sus propias pretensiones, su estrato social o su popularidad. Así se protege la dignidad del individuo y se configura el derecho a la intimidad como un derecho de defensa.

Nuestro Tribunal Constitucional se acerca a esta doctrina al señalar en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, que el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación 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 humana⁸⁸, y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo⁸⁹.

b) Concepción subjetiva: recoge el llamado “derecho a la autodeterminación informativa”, basado en los argumentos de Warren y Brandeis, como derecho

⁸⁷ Ob. cit., p. 140 y ss.

⁸⁸ SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994.

⁸⁹ SSTC 142/1993 y 143/1994.

del individuo a determinar en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones deben ser conocidos por otros, es decir, la facultad de decidir por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida. La intimidad se identifica con un ámbito en el que el individuo tiene una disponibilidad plena, decidiendo lo que es o no reservado al conocimiento ajeno y cada persona tiene libertad para controlar lo que de ella se conoce, debiendo el ordenamiento jurídico garantizar la efectividad de este derecho a través de los medios necesarios.

En España, diversas sentencias del Tribunal Constitucional se refieren también al respeto de un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos⁹⁰.

c) En tercer lugar y con especial relevancia en los tiempos que nos ocupan, estaría la teoría del mosaico, según la cual es preciso proteger la intimidad ante la amenaza que suponen los avances tecnológicos, especialmente la informática, puesto que hay datos que aunque en principio son irrelevantes, unidos unos con otros, pueden llegar a revelar aspectos muy amplios de una persona, al igual que ocurre con las pequeñas piezas de un mosaico, que por separado no dicen nada, pero unidas pueden formar figuras llenas de significado. A esta teoría se le ha objetado que sirve para analizar el binomio protección de la intimidad frente al uso de las nuevas tecnologías, pero no para ser utilizada como parámetro de un concepto de derecho a la intimidad.

d) Una última concepción ecléctica aúna las dos primeras teorías, es decir el aspecto objetivo y subjetivo de la intimidad considerándolo como la suma de un derecho de defensa y un derecho a controlar lo que al sujeto afecta, es decir, un ámbito reservado donde opera la voluntad del individuo sobre lo que

⁹⁰ En tal sentido vid. las SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, F. Jco. 3º y 142/1993, de 22 de abril, F. Jco. 7º.

quiere que trascienda a los demás y también el derecho a comprobar y vigilar lo que puede ser conocido⁹¹.

REBOLLO DELGADO⁹² considera esta última perspectiva como la más acorde con la idea actual de derecho a la intimidad, que ha ido evolucionando y ampliando sus límites, dándose su pleno desarrollo en relación con los demás, tanto para hacerlo valer como para compartirlo. No se trata de un derecho cerrado, pues la idea de intimidad varía de una persona a otra y de una sociedad a otra en función de la edad, la cultura, la educación, etc., pero es aceptado de modo pacífico que su fundamento último se encuentra en la dignidad humana y en el libre desarrollo de su personalidad.

V. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Como hemos visto, el reconocimiento del derecho a la intimidad por parte de los ordenamientos jurídicos es relativamente reciente, pero todavía lo es más su constitucionalización. En este sentido, nuestra Constitución es de las primeras⁹³ en consagrar este derecho y lo hace de forma plena considerándolo como un derecho fundamental que tiene su raíz en la dignidad humana, en el libre desarrollo de la personalidad y en el ejercicio de la libertad individual⁹⁴. Así el art. 18 establece en su

⁹¹ Así, HERRERO-TEJEDOR, F.: *La intimidad como derecho fundamental*, Cóllex, 1ª edición, Madrid, 1998, p. 25, define el derecho a la intimidad como “*el conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado, conocido por un número reducido de personas, respecto al que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación*”.

⁹² Ob. cit., p. 144.

⁹³ Apenas dos años antes la Constitución Portuguesa de 1976 establece en su artículo 26.1 que “*se reconoce a todos el derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar*”. En otros países donde no existe un reconocimiento constitucional expreso, el derecho a la intimidad es fruto de construcciones doctrinales o jurisprudenciales apoyadas en valores reconocidos en sus constituciones; así ocurre en Alemania, donde se fundamenta en la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocidos, respectivamente, en los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Lo mismo ocurre en Italia donde la elaboración teórica del derecho a la intimidad se presenta como una manifestación del principio general de los derechos del hombre y, en concreto, de la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones privadas, reconocidos en la Constitución de 1947.

⁹⁴ En opinión de HERRERO-TEJEDOR, F., en *Honor, intimidad y propia imagen*, Cóllex, Madrid, 1990, p. 58 y 59, derechos fundamentales son los que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que por tanto no nacen de una concesión de la sociedad política, sino que han de ser consagrados y garantizados por ella; los

párrafo primero que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Si bien la redacción de este precepto podría llevarnos a pensar que estamos ante un solo derecho con diversas manifestaciones, la doctrina mayoritaria considera, a nuestro juicio acertadamente, que se trata de bienes jurídicos distintos y diferenciables, aunque sean derechos que tienen un denominador común y en muchas ocasiones se encuentren imbricados⁹⁵.

Para LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, la intimidad es un derecho que se proyecta sobre uno mismo, abarcando el cuerpo y el espíritu, y sobre el conjunto de relaciones con la familia legal o de hecho; y este espacio se beneficia de la defensa complementaria que le otorgan la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), como ámbito en el que discurre gran parte de la vida privada, y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), que permite controlar la divulgación de lo íntimo, vedando el acceso a terceros en este terreno⁹⁶.

El derecho a la intimidad, ligado hasta entonces al ámbito del derecho privado⁹⁷, pasa a la esfera del derecho público; puesto que se reconocen derechos que le corresponden a la persona por el hecho de serlo y que se basan en la dignidad humana⁹⁸, dotándolos de las máximas garantías de defensa y protección al

derechos fundamentales garantizan al ciudadano una esfera de libertad personal y , en consecuencia, limitan el poder político.

⁹⁵ Véase en este sentido HERRERO-TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, Cóllex, 1998, p. 44 y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “*El derecho a la intimidad*” en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

⁹⁶ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. L., “*El derecho a la intimidad*” en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 41.

⁹⁷ Hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978 la configuración jurídica de la intimidad se basaba en principios genéricos de raíz patrimonial. La responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 del Código Civil se usaba para fundamentar el resarcimiento del daño producido. Posteriormente, la LO 1/1982 reconocerá el derecho al resarcimiento económico para la persona que sufre la intromisión ilegítima.

⁹⁸ El artículo 10.1 CE reconoce la dignidad de la persona como un valor jurídico fundamental que deberá respetarse cualquiera que sea la situación en que se encuentre una persona, por lo que las limitaciones que se impongan a los derechos individuales en ningún caso podrán implicar un menoscabo de la dignidad humana; así lo considera también la STC 120/1990, de 27 de junio, F. Jco. 4º: “*Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona», la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria-, constituyendo, en consecuencia, un «minimum» invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de*

incluirlos en la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución⁹⁹ y señalarlos el artículo 10.2 como fundamento del orden político y de la paz social¹⁰⁰.

De este modo, el derecho a la intimidad se configura como un derecho fundamental y como un derecho de la personalidad¹⁰¹ y así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional al señalar en el fundamento jurídico 3º de la Sentencia 170/1987, de 30 de octubre que *“los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada”*. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 20/1992: *“La intimidad personal y familiar es un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la Norma Fundamental (art. 10.1)”*¹⁰².

Unos años antes, la STC 21/1981, de 15 de junio¹⁰³, establecía que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico. No debemos olvidar que, según prevé el art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán conforme a estos convenios¹⁰⁴ y que

derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

⁹⁹ Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sólo son derechos fundamentales los contenidos en esta Sección, véase en tal sentido la Sentencia 55/1989, de 23 de febrero, F. Jco. 2º.

¹⁰⁰ Para REBOLLO DELGADO, ob. cit., p.159 y 168, esto implica la superación de una concepción privatista de los derechos de la personalidad y la adopción de otras tesis que suponen considerar los derechos fundamentales como respuesta a los intereses y exigencias sociales en un momento histórico determinado, que resultan imprescindibles para un desarrollo integral de la persona. Señala así que el carácter de derecho público de la intimidad, al tener implicaciones en la dignidad y en la libertad, es un derecho a la independencia y a la diferencia; es una expresión de la soberanía del individuo con un contenido físico y psíquico; por todo ello no puede ser configurado exclusivamente por el legislador, sino también por la jurisprudencia y por la doctrina.

¹⁰¹ Así lo reconoce también la Exposición de Motivos del la LO 1/1982, de 5 de mayo.

¹⁰² STC 20/1992, de 14 de febrero, F. Jco. 3º.

¹⁰³ STC 21/1981, F. Jco. 10º.

¹⁰⁴ En este sentido, véase la STC 176/1988, de 4 de octubre, F. Jco. 2º.

como señala la STC 34/1983, de 6 de mayo¹⁰⁵, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales. Esto implica la existencia de un régimen de interpretación que distingue a los derechos fundamentales del resto de las previsiones constitucionales.

De lo establecido en el art. 53.1 de la CE se desprende que estos derechos vinculan a todos los poderes públicos y que su ejercicio sólo podrá regularse por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial; el art. 81.1 estipula que tales leyes tendrán el carácter de orgánicas, con las especialidades formales y materiales que éstas revisten. El párrafo segundo del art. 53 CE prevé también que la tutela de estos derechos pueda recabarse ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, que fue desarrollado por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, cuyo articulado fue derogado sucesivamente por las reformas introducidas en la jurisdicción contencioso-administrativa, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰⁶. Por último, es necesario destacar que los derechos fundamentales gozan de una especial protección al ser susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional según determinan el art. 53.2 CE y el art. 41 de la LOTC¹⁰⁷.

¹⁰⁵ STC 34/1983, de 6 de mayo, F. Jco. 3º.

¹⁰⁶ En concreto, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa derogó los arts. 6 a 10; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derogó los arts. 11 a 15 y la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, derogó los arts. 1 a 5.

¹⁰⁷ Este precepto dispone: *“Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia”*.

Como señala la Profesora GARCÍA VÁZQUEZ, *La controvertida reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Andavira, 2º Edición, Santiago de Compostela, 2009, p. 80 y ss., el recurso de amparo protege frente a las violaciones de los derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes, que podrán dar lugar al recurso una vez que se haya agotado la vía judicial precedente.

Las violaciones que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial.

De esta forma la intimidad se estructura como un derecho frente al Estado y como un límite frente a los derechos de los demás ciudadanos; en especial frente a las libertades reconocidas en el art. 20.1 CE (libertad de expresión, de producción y creación literaria, artística científica y técnica, libertad de cátedra y de información) puesto que el apartado 4 de este precepto establece como límite de las mismas el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen.

En este punto debemos hacer una pequeña referencia a la interesante elaboración doctrinal alemana denominada *Drittwirkung*, formulada por Ipsen en 1954, que aboga por la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales, es decir, éstos no serían únicamente eficaces frente al Estado, sino también frente al resto de los ciudadanos, puesto que tanto pueden ser vulnerados por aquél como por los particulares. De esta forma, los derechos fundamentales operan en dos ámbitos; en primer lugar entre el Estado y el ciudadano, así cuando éste pretende el ejercicio de un derecho fundamental frente a la actuación de un órgano del Estado, podrá reclamarle la protección y eficacia correspondiente y el Estado deberá respetar el contenido constitucional y legal de ese derecho. En segundo lugar, también es posible que muchos derechos reconocidos constitucionalmente, entre ellos los fundamentales, puedan ser lesionados por otros ciudadanos, originándose de este modo un conflicto de derechos entre particulares¹⁰⁸.

En este sentido nuestro Tribunal Constitucional ha señalado la obligación que los poderes públicos y el legislador tienen de respetar y garantizar los derechos fundamentales en todos los ámbitos (SSTC. 129/89, de 17 de julio, F. Jco. 3º y 120/1990, de 27 de junio, F. Jco. 7º), en coherencia con el art. 9.1 CE establece la sujeción de los poderes públicos y de los ciudadanos a sus disposiciones, entre las que se reconoce a la intimidad como un derecho fundamental que posteriormente

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable, de modo inmediato y directo, a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que no entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional, tan pronto como hubiera lugar a ello, una vez conocida.

¹⁰⁸ Hoy en día se distingue entre *Drittwirkung* mediata e inmediata; la primera exige que los poderes públicos actúen previamente configurando la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares de acuerdo con su contenido constitucional; la segunda considera que los derechos fundamentales rigen de forma directa entre los particulares, sin necesidad de esa intervención estatal previa.

será desarrollado por la LO 1/1982, cuyo artículo 1 señala que este derecho será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, sin hacer referencia a la especialidad del sujeto que la ocasione.

No existe, por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico un reconocimiento expreso de la *Drittwirkung*, por ello algunos autores como CABEZUELO ARENAS propugnan facilitar la protección que otorga el recurso de amparo a aquellos casos en los que la vulneración del derecho no provenga únicamente de las actuaciones o decisiones de los poderes públicos, sino también de los particulares¹⁰⁹.

A tenor del art. 44.1.b) de la LOTC, las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que, además de otros requisitos, la violación del derecho o libertad sea imputable, de modo inmediato y directo, a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, en los supuestos en los que la lesión del derecho se haya producido en las relaciones entre particulares, no podría utilizarse esta vía de protección que proporciona el recurso de amparo, quedando como único camino el procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 53.2 de la Constitución Española. En este contexto, la STC 55/1983, de 22 de junio establece: *“Con respecto a la cuestión de si, cuando las presuntas violaciones de derechos fundamentales son debidas a un particular, cabe recurso de amparo para su protección, entiende esta Sala que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la Sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo el análisis de los hechos denunciados, es la Sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión”* (F. Jco. 5º).

¹⁰⁹ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 123 y ss.

V.1. Caracteres del derecho a la intimidad

Analizada la condición de derecho fundamental, la intimidad es como también dijimos un derecho de la personalidad y tiene, por tanto, un carácter originario o innato, extinguiéndose con la muerte, lo que no impide, en su caso, el ejercicio de acciones específicas por parte de determinados familiares en los supuestos previstos por la ley¹¹⁰.

HERRERO-TEJEDOR, siguiendo en su exposición a Beltrán de Heredia, señala que los derechos de la personalidad son derechos individuales, porque lo es el interés que con ellos se protege y porque son reconocidos de forma específica a favor de cada persona individualmente considerada; son derechos privados porque tratan de asegurar a cada individuo el goce de su propio ser privativo y personal, tanto físico como espiritual, no su actuación externa o pública y, por último son derechos absolutos, en el sentido de que son ejercitables frente a todos, no en cuanto a su contenido, donde se verán limitados por los derechos de los demás y por las exigencias del orden público¹¹¹.

Otra característica significativa de los derechos de esta índole es la extrapatrimonialidad, ya que recaen sobre bienes que están fuera del comercio, lo que no es obstáculo para que algunos sean susceptibles de valoración económica o de transacciones pecuniarias¹¹²; en estos casos la negociación no versa sobre el derecho en sí mismo considerado, sino que evita que sea tachada de ilegítima una determinada intromisión en la vida privada del que otorga su consentimiento. Sin embargo, esto no supone la abdicación del derecho pues la renuncia, al contrario de lo que sostienen frecuentemente los periodistas de determinados medios de comunicación, no abarca toda la intimidad de una persona ni es vinculante hacia el futuro, sino que sólo se refiere al acto concreto objeto del contrato.

¹¹⁰ Véase al respecto los artículos 4, 5 y 6 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

¹¹¹ HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Cóllex, Madrid, 1990, p. 55.

¹¹² No obstante, el consentimiento expreso del titular del derecho, previsto en el art. 2.2 de la LO 1/82 de 5 de mayo, permite la celebración de suculentos contratos en el ámbito de la denominada "prensa rosa" o de los "programas del corazón", donde se comercia con los aspectos más íntimos de la vida de personajes famosos.

Como se desprende de lo anterior, estamos ante derechos indisponibles e irrenunciables, ya que el sujeto carece de disposición sobre ellos en el sentido de que no puede hacer dejación de su titularidad. Son igualmente intransmisibles, inexpropiables, inembargables e imprescriptibles¹¹³; puesto que no puede realizarse un negocio traslativo sobre ellos y la expropiación forzosa es incompatible su naturaleza, ya que al no poder evaluarse económicamente no podría determinarse el justiprecio, sin perjuicio de que por el daño moral causado por una intromisión ilegítima se pueda conceder una indemnización. En cuanto a su inembargabilidad, al no poder transmitirse no existe el peligro de que el deudor los haga salir de su patrimonio, ni tampoco pueden ser objeto de ejecución para extinguir las deudas.

Por último, su propia naturaleza convierte a los derechos regulados en la LO 1/1982 en imprescriptibles, tanto a efectos de su adquisición como de su pérdida, que vienen determinadas respectivamente por el nacimiento, según lo previsto en el art. 30 del Código Civil¹¹⁴, y la muerte que determina la extinción de la personalidad a tenor del art. 32 del mismo texto legal.

No obstante, el transcurso del tiempo sí puede determinar la improcedencia de una reclamación judicial si se ejercita la acción fuera del plazo previsto legalmente; pero estaríamos únicamente ante la presentación extemporánea de la demanda basada en unos hechos concretos y no ante la extinción del derecho.

La renuncia a la protección prevista en la LO 1/1982 será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere su art. 2. En este sentido, el Preámbulo de la propia norma señala que el consentimiento no implica la absoluta abdicación de los derechos sino solamente el desprendimiento parcial de alguna de las facultades que los integran. Por tanto, la voluntad del individuo juega un importante papel permitiendo de esta forma que se reduzca el ámbito legalmente protegido.

¹¹³ Véase en este sentido el art. 1.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2.

¹¹⁴ Este precepto establece que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

V.2. Desarrollo legislativo

El contenido de los derechos fundamentales no necesita desarrollo legislativo para su aplicación ni para su eficacia, no obstante, como ya señalamos, de lo dispuesto en los artículos 53.1 y 81 CE, dicho desarrollo debe realizarse mediante Ley orgánica que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. En base a ello se han promulgado dos leyes que tienen por objeto la protección de la intimidad: en primer lugar, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, con la que se pretende la garantía civil de estos derechos previstos en el art. 18.1 CE y, en segundo lugar, la LO 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, que desarrolla el contenido del art. 18.4 de la Norma Fundamental. A continuación pasamos a analizar someramente ambas normas para completar nuestro análisis sobre el contenido de uno de los derechos fundamentales que nos ocupa en este Capítulo.

V.2.1) La LO 1/1982 de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

El artículo 1 de esta norma establece que estos derechos serán protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, según lo establecido en la propia ley, sin embargo, cuando aquéllas sean constitutivas de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal. De este modo, el concepto básico y delimitador, en torno al que gira la protección otorgada por esta norma es el de “intromisión ilegítima”, lo que supone una perturbación o violación del ámbito protegido, de tal modo que si aquélla se produce habrá una lesión del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Por tanto, los mecanismos tuitivos ya no se fundamentan en el resarcimiento patrimonial por el daño causado, aunque se mantiene la indemnización que se extenderá al daño moral y se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, así como el beneficio obtenido por el causante de la misma¹¹⁵; ahora el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su libre desarrollo, por ello el art. 9.3 de la LO 1/1982 establece que la

¹¹⁵ Art. 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo.

existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Así los ciudadanos tienen un ámbito de intimidad protegido de tal modo que las intromisiones ilegítimas provocan una sanción sin necesidad de demostrar la existencia de un daño. La facultad de exclusión es *erga omnes*, ya se trate de otros ciudadanos, de los medios de comunicación o de la propia Administración Pública.

El artículo 7 de esta Ley Orgánica determina lo que ha de considerarse como tal describiendo una serie de posibilidades o formas materiales de intromisión que según nuestro Alto Tribunal deben ser entendidas a título enunciativo y no como *numerus clausus*¹¹⁶. Las dos primeras hacen referencia al emplazamiento y la utilización de aparatos de escucha, de filmación, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas; la tercera se refiere a la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona que afecten a su reputación y buen nombre, así como a la divulgación o publicación de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo; la cuarta recoge la revelación de datos privados conocidos a través de la actividad u oficial de quien los revela; la quinta hace referencia a la captación de la imagen de una persona en momentos de su vida privada; la sexta supone la utilización del nombre la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios o comerciales y la séptima la imputación de hechos o juicios de valor que lesionen la dignidad de otra persona. Como podemos observar, la intimidad en sentido estricto no aparece tutelada por sí misma en ninguno de los supuestos señalados, sólo lo estará si además se vulnera el honor o la propia imagen, o se utilizan determinados medios técnicos para su ataque.

En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986, cuyo fundamento jurídico 3º establece que la protección a los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos; esa protección se manifestará también

¹¹⁶ Así lo manifiesta la STS 480/1989, de 19 de junio, en su F. Jco 1º: “El artículo 2º de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, regula el ámbito de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, estableciéndose en el artículo 7 distintos supuestos de intromisión ilegítima en aquellos derechos, pero sin que ésta pueda calificarse de catálogo cerrado o «numerus clausus» sino como meramente enunciativa y abierta”. En el mismo sentido se expresa la STS de 28 de octubre de 1986, F. Jco. 3º (Caso Paquirri).

permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enunciados en el artículo 7 de la ley, que se consideran los más significativos, frecuentes y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad, pero que no constituyen, sin embargo, “*numerus clausus*”.

Estamos, por tanto, ante derechos de la personalidad, que corresponden a la persona por el hecho de serlo, desde que nace, y se extinguen con su muerte, lo que no impide el posterior ejercicio de acciones en determinados casos¹¹⁷. Así, según el artículo 4, la legitimación corresponderá a quien haya designado a tal efecto en su testamento la persona fallecida, pudiendo recaer esa designación en una persona jurídica. En su defecto estarán legitimados el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo del afectado; y a falta de todos ellos el ejercicio de las acciones corresponderá al Ministerio Fiscal que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubiesen transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. Este mismo plazo se observará cuando la designada en el testamento fuese una persona jurídica.

El art. 5 prevé que cualquiera de los parientes señalados en el precepto anterior podrá ejercitar las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido, al igual que si son varias las personas designadas en el testamento. El art. 6 establece que estas mismas personas estarán legitimadas cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, así como continuar la acción entablada cuando aquel falleciere. Las acciones de protección frente a intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas (art. 9.5)¹¹⁸.

¹¹⁷ A juicio de VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984, p. 174, no estaríamos ante una transmisión de derechos, sino más bien ante una legitimación especial para el ejercicio de estas acciones.

¹¹⁸ El importe de la indemnización en el caso del art. 4 corresponderá a las personas previstas en su párrafo 2º y, en su defecto a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados; en los casos del art. 6 la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

Centrándonos en el derecho a la intimidad propiamente dicho, VIDAL MARTÍNEZ considera únicamente como sujeto de este derecho, por tratarse precisamente de un derecho de la personalidad, a la persona física, es decir, al ser humano considerado en su proyección social e integrado en el grupo familiar, lo que excluiría a las personas jurídicas del ámbito de protección de la Ley. El objeto o bien protegido sería la especial libertad que la persona reclama en el ámbito de lo íntimo y el contenido vendría determinado por el conjunto de facultades que integran este derecho (el disfrute de la intimidad o facultad de aprovechamiento, de realizar el interés del titular, la facultad de exclusión *erga omnes*, la potestad de configurar dentro de ciertos límites el ámbito protegido y prioridad frente a otros derechos y libertades)¹¹⁹.

En el mismo sentido se manifiesta MURILLO DE LA CUEVA al afirmar que debido al carácter personalísimo de este derecho no puede ser reconocido más que a las personas físicas, lo que no es óbice para que se haya reconocido jurisprudencialmente a las personas jurídicas el derecho a la inviolabilidad de su domicilio, que supone una mejor defensa de los individuos y de sus intereses, de la libertad y de la seguridad¹²⁰.

Si bien algunos autores mantienen la tesis de que los derechos de la personalidad son privativos de la persona humana o individual, otros consideran que pueden extenderse de forma limitada a las personas jurídicas, pero no excluirse completamente, como ocurre con el derecho al honor¹²¹. Así, la jurisprudencia las considera como indubitados sujetos pasivos de posibles ataques contra el honor; por ejemplo, en el ámbito penal, el Auto del Tribunal Supremo 147/1980, de 2 de mayo, establece que *“visto que el honor a qué se refiere la Ley de 1978 ...es tanto el honor individual como el honor de las personas jurídicas”* y en materia civil la STS 173/1987, de 23 de marzo, considera que *“el derecho al honor puede verse atacado, lesionado o vulnerado por la divulgación a través de los medios de comunicación e*

¹¹⁹ Ob. cit., p. 57 y ss.

¹²⁰ MURILLO DE LA CUEVA, P. L., *“El derecho a la intimidad”* en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 46 y 47.

¹²¹ HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Cóllex, Madrid, 1990, p. 58.

información y especialmente los de muy alta audiencia pública, de actos, hechos, noticias, etc., relativas a personas tanto físicas como sociales, que pueden afectar tanto a su propia estimación, como a la esfera familiar y a su consideración socio-profesional”.

Desde otra perspectiva, la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, de 11 de noviembre, en su fundamento jurídico 3º, reconoce a las comunidades de carácter étnico o social legitimación para defender su derecho al honor: *“Tratándose de un derecho personalísimo, como es el honor, la legitimación activa corresponderá, en principio, al titular de dicho derecho fundamental. Esta legitimación originaria no excluye, ni la existencia de otras legitimaciones (v. gr., la legitimación por sucesión de los descendientes, contemplada en los arts. 4 y 5 de la L.O. 11/1982 de Protección del Derecho al Honor), ni que haya de considerarse también como legitimación originaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo”.*

Posteriormente la STC 139/1995, ahondando en esta doctrina señala que, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas¹²², con lo que se admite la posibilidad de que sean titulares de este derecho.

En cuanto a la intimidad personal, el Auto del Tribunal Constitucional 257/1985, de 17 de abril, señala en su fundamento jurídico 2º que el derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la Constitución, por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas puedan ser titulares del mismo.

Con respecto al derecho a la intimidad familiar la STC 19/1983, de 14 de marzo, en su fundamento jurídico 2º, niega a las personas jurídicas la titularidad y el ejercicio de este derecho al señalar que hay derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares

¹²² STC 139/1995, de 26 de septiembre, F. Jco. 5º.

las personas jurídicas, como la libertad personal (art. 17) y el derecho a la intimidad familiar (art. 18).

Por último, con referencia al derecho a la propia imagen, a juicio de HERRERO-TEJEDOR¹²³, según está configurado por la LO 1/82, no es aplicable a las personas jurídicas, dado que su afectación no podría reconducirse a una vulneración de la imagen pública sino de la imagen corporal.

Según el art. 2 de la LO 1/1982, la protección civil de estos derechos quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o para su familia¹²⁴. De esto parece desprenderse, según VIDAL MARTÍNEZ¹²⁵, que cada persona puede configurar su propio ámbito de intimidad, manteniendo con sus propios actos una mayor o menor reserva, lo que supondría en caso de reclamación judicial además de la valoración del caso concreto, un tratamiento personalizado de cada supuesto.

En este sentido el Tribunal Supremo, en la sentencia de 4 de noviembre de 1986, establece que la delimitación de la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudencialmente, delimite el ámbito digno de la protección (F. Jco. 7º)

Según el art. 2 de la LO 1/1982, no se considerará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando esté autorizada expresamente por ley, en

¹²³ HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Cóllex, Madrid, 1990, p.68.

¹²⁴ El contenido de este artículo ha sido objeto de críticas por parte de un sector doctrinal (véase al respecto CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 19 y ss.) que considera que si el art. 18 CE ha de ser desarrollado por una ley orgánica y ésta a su vez se remite a los usos estamos en una situación contraria a la voluntad del Constituyente, pues se confía a aquellos una materia que incluso está vedada a las leyes ordinarias. Así, la efectividad de la prohibición de discriminación o del principio de igualdad puede verse comprometida por la subordinación del derecho a unas normas mutables y cambiantes como son los usos sociales, lo que a juicio de la mencionada autora produciría una reducción del ámbito del derecho respecto a algunas personas debido a esos usos y a los comportamientos individuales.

¹²⁵ Ob. cit., p.65.

caso de consentimiento expreso del titular del derecho¹²⁶ o cuando se trate de opiniones manifestadas por diputados o senadores en el ejercicio de sus funciones¹²⁷. El consentimiento es revocable en cualquier momento, pero deberán indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

El art. 8 prevé que tampoco se reputarán 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. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerza un cargo público o una profesión de notoriedad o de proyección pública y la imagen se capte durante un acto público en lugares abiertos al público. Tampoco imposibilitará la utilización de su caricatura, de acuerdo con el uso social y lo mismo ocurrirá con la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Es precisamente este régimen de excepciones a lo que debe entenderse por intromisión ilegítima el que lleva a algunos autores¹²⁸ a considerar que estamos ante una noción de intimidad estricta o restringida vinculada únicamente a las manifestaciones más reservadas de la vida personal y familiar como son el propio cuerpo, la salud, la sexualidad, las relaciones familiares o la propia muerte, es decir a las materias que forman parte de un ámbito personalísimo.

En este punto debemos referirnos a la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre el derecho a la intimidad, de 28 de octubre de 1986, que resolvió sobre la comercialización del vídeo que recogía la cogida y posterior

¹²⁶ El art. 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, regula el consentimiento de los menores e incapaces, que deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los demás casos habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, previo conocimiento del Ministerio Fiscal; si este se opone en el plazo de ocho días, resolverá el Juez. VIDAL MARTÍNEZ propugna una interpretación restrictiva de este precepto a fin de evitar la patrimonialización de los derechos del menor o incapaz en esta materia; ob. cit., p.174.

¹²⁷ Al respecto, el art. 71.1 CE establece que los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

¹²⁸ En tal sentido MURILLO DE LA CUEVA, ob. cit., p.43.

asistencia en la enfermería de la plaza del torero “Paquirri”. Si bien su viuda y demandante obtuvo sentencia favorable en ambas instancias, el Tribunal Supremo estimó que no hubo violación de los derechos a la intimidad y a la imagen, casa la sentencia y absuelve de la demanda al considerar que las imágenes filmadas no forman parte de la intimidad del matador: *“La sentencia, acertadamente ha puesto el énfasis, llegado ya el torero a las dependencias de la enfermería, en aquella parte del vídeo en el que se afirma materializada la intromisión en la intimidad, en la que se recogen (muy brevemente, por cierto, según el ritmo propio de la gravísima ocurrencia) imágenes de las heridas cuando son examinadas al parecer por algún sanitario al cual dirige el herido frases explicativas de la forma del percance y ello al tiempo que simultáneamente dialoga también con otras varias personas de las que llenan la dependencia, las cuales, fuera de los sanitarios, debieron ser inmediatamente desalojadas a juzgar por las conminaciones al efecto que también son audibles. No son tales imágenes, obtenidas en el momento mismo del ingreso en la enfermería, sino el final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal, que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, anente a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común”* (F. Jco. 6º).

Esta resolución fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, que dictó la Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, que la anula y considera que se ha producido una infracción del derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo. Entrando en el fondo del asunto, el máximo intérprete de la Constitución estima que los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE sólo corresponden a la persona física viva, por ello niega la protección constitucional con relación al derecho a la imagen, pues su titular falleció, pero mantiene la existencia del derecho a la intimidad familiar cuyos titulares son su viuda y los parientes más próximos. Así, el fundamento jurídico 4º señala que el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras

personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión, pero no cabe duda de que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad, por lo que existe al respecto un derecho propio y no ajeno a la intimidad, constitucionalmente protegible.

Con relación al supuesto de autos el fundamento jurídico 8º establece: *“Ha de rechazarse que las escenas vividas dentro de la enfermería formasen parte del espectáculo taurino, y, por ende, del ejercicio de la profesión del señor Rivera, que por su naturaleza supone su exposición al público. Sea cual sea la opinión que pueda tenerse sobre la denominada fiesta nacional y sobre la importancia que en ella puedan tener, como parte del espectáculo, no sólo las heridas y muerte infligidas al animal lidiado, sino también el riesgo de graves lesiones e incluso la muerte de los lidiadores, lo cierto es que en ningún caso pueden considerarse públicos y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivada de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el art. 10 de la C.E”.*

V.2.1.a) La intimidad familiar

Si bien hasta ahora nos hemos referido a la regulación del derecho a la intimidad con carácter general, fundamentalmente a su ámbito personal, no debemos olvidar que el art. 18.1 CE garantiza también el derecho a la intimidad familiar y que el art. 39 de la Carta Magna prevé que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”; por ello resulta ineludible referirnos a este concepto que constituye la base del derecho que vamos a analizar.

La familia es una institución social de ámbito universal, con distintas características según la época y la cultura de que se trate, que resulta esencial en la organización de la sociedad, por ello ha sido reconocida y regulada por los diferentes ordenamientos jurídicos. Tradicionalmente se sustenta en el matrimonio y en la relación paterno-filial surgida del mismo, de ahí que la denominada familia nuclear abarcase a los cónyuges, los descendientes y los ascendientes. Sin embargo, los cambios sociales y culturales e incluso los avances científicos de las últimas décadas han propiciado una notable evolución del concepto de familia: hoy ya no se basa exclusivamente en el matrimonio, sino que cada vez están más extendidas las uniones de hecho, los cónyuges no tienen por qué ser de distinto sexo, ni los hijos biológicos. El divorcio, la adopción, el matrimonio entre homosexuales o la fecundación in vitro, hacen posible que en la actualidad existan muchos tipos de familia, que no se fundamentan en los tradicionales lazos de sangre o en el parentesco, sino en nuevos modelos de convivencia social que poco a poco van alcanzando reconocimiento y eficacia jurídica¹²⁹.

Como señala la Profesora GARCÍA VÁZQUEZ, nuestra Constitución no manifiesta expresamente en su articulado qué debe entenderse por “familia”, ni la identifica con la que tiene origen en el matrimonio, regulando ambas instituciones de forma diferenciada en los artículos 39 y 32 respectivamente. El amparo que la Carta Magna otorga a la familia deriva también del carácter social de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2 CE), lo que motiva una atención adecuada a los distintos modos de convivencia que existan en la sociedad. Por tanto y como corresponde a una sociedad plural, junto a la familia de origen matrimonial, existen otras, siendo la fórmula empleada por la Constitución congruente con la evolución que en la sociedad española podría experimentar la realidad familiar¹³⁰.

No obstante, como señala esta autora, la familia que se origina en el matrimonio es la que toman en cuenta tanto la Declaración Universal de Derechos

¹²⁹ En este sentido destaca el fundamento jurídico 4º de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, que reconoce la existencia de diversas modalidades de vida familiar como corresponde a una sociedad plural.

¹³⁰ GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.51 y ss.

Humanos como los demás Tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España. Por su parte, la jurisprudencia constitucional considera que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial son realidades jurídicamente diferentes, por lo que en principio su tratamiento también sería distinto. La unión matrimonial es una institución social garantizada por la Constitución que proporciona una certeza jurídica en el ejercicio de los derechos, lo que no ocurre con la convivencia *more uxorio*, que no es una institución reconocida constitucionalmente.

Igualmente, el TEDH, en base al art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha desarrollado una línea jurisprudencial que impone a los Estados el respeto efectivo a la vida familiar, fundamentalmente en el ámbito de las relaciones paterno-filiales y las medidas relacionadas con los extranjeros, lo que genera una eficacia preventiva que contribuye a ampliar el contenido de este derecho. En este sentido, la consideración únicamente de “cónyuges” como aquellos que lo son legalmente, puede resultar contraria a esta jurisprudencia que, en la Sentencia de 13 de junio de 1979, considera que la vida familiar comprende también la que se deriva de las relaciones que resulten de una unión no matrimonial, declarando que el art. 8 del Convenio no distingue entre “familia legítima e ilegítima”¹³¹. Posteriormente, la Sentencia de 18 de diciembre de 1986, señala que ese precepto protege, no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural¹³².

Por su parte REBOLLO DELGADO define la familia como el grupo social organizado en base a una comunidad de vida e intereses y señala que nuestra Constitución opta por un concepto de familia plural o abierto, al igual que la LO 1/1982 se basa en un concepto flexible de intimidad familiar, puesto que en su art. 4 legitima procesalmente para el ejercicio de acciones a una pluralidad de personas que no siempre están unidas por vínculo de parentesco¹³³.

¹³¹ STEDH de 13 de junio de 1979, Caso Marchk.

¹³² STEDH de 18 de diciembre de 1986, Caso Johnston. Véase al respecto GARCÍA VÁZQUEZ, “El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España”, ob. cit., p. 52 y ss.

¹³³ Ob. cit., p. 281 y ss.

Este autor considera la intimidad familiar como una extensión de la intimidad personal, definiéndola como el derecho a que permanezcan desconocidos aspectos, no de la persona individualmente considerada, sino en su condición de miembro de una familia, protegiéndose de este modo un conjunto de circunstancias relativo a la vida de otras personas con las que guarda esa vinculación especial. Así, se producirá una violación de la intimidad personal si la intromisión va dirigida o la sufre la persona individual, y una lesión de la intimidad familiar si la intromisión se produce porque una persona pertenece a una familia determinada.

El Tribunal Constitucional parece considerar la existencia de un derecho a la intimidad único que abarca tanto la personal como la familiar al establecer en la Sentencia 231/1988¹³⁴, ya analizada, que el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo¹³⁵.

¹³⁴ STC 231/1988, de 2 de diciembre, F. Jco. 4º.

¹³⁵ La STC 197/1991, de 17 de octubre, extiende la protección de la intimidad familiar a los padres adoptivos al considerar que la identificación de la madre biológica del menor y la publicación de sus circunstancias personales (ejercicio de la prostitución), forma parte de la intimidad del adoptado y de los adoptantes, aún en el caso de que éstos tengan relevancia pública por su profesión: *“Los hechos relacionados en la noticia publicada, muy en particular el de la identificación de la persona de la madre del hijo adoptado, y su particular profesión, son hechos que sin dificultad alguna han de entenderse como relativos a la vida privada de la persona y de la familia. Además, por su concreto contenido deben considerarse como ofensivos para una persona razonable y de sensibilidad media... la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además en este caso sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el artículo 39.2 C.E”* (Caso Sara Montiel, F. Jco. 3º).

El fundamento jurídico 4º señala que aunque el derecho a la intimidad, como límite a la libertad de información, deba ser interpretado restrictivamente, ello no supone que los personajes públicos, por el hecho de serlo, y aún menos sus familiares, hayan de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad. En este caso, la información cuestionada se refería a la existencia de una adopción y a sus circunstancias, incluida la divulgación del origen del menor con identificación de su madre natural y de sus características personales y profesionales, no existiendo elementos que permitan deducir la relevancia pública de todos esos datos. Más allá de esos hechos dados a conocer por los padres adoptivos, respecto a los cuales el velo de la intimidad ha sido destapado, prevalecerá el derecho a la intimidad del menor adoptado, y por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres adoptivos en relación con otras circunstancias de la adopción no reveladas, y que, por su propia naturaleza, han de considerarse que pertenecen a la esfera de lo privado y de lo íntimo.

Por su parte, la STC 151/1997 anuló la separación del ejército de un militar sometido a Tribunal de Honor por consentir el adulterio de su mujer al entender que esta cuestión forma parte de la intimidad personal y familiar: *“ No cabe duda de que el comportamiento omisivo reprochado se refería a algo tan privado como es la propia relación conyugal y se proyectaba sobre algo tan peculiarmente íntimo*

V.2.2) La intimidad y las nuevas tecnologías: la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal

El art. 18.4 CE ordena al legislador limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, así como el pleno ejercicio de sus derechos. Este precepto demuestra como los “padres de la Constitución” ya eran conscientes a finales de los años 70 de la importancia que la tecnología informática podía alcanzar en nuestras vidas, lo que seguramente no llegaron a imaginar es que tres décadas después, el grado de desarrollo alcanzado en esta materia y su uso indebido, llegase a poner en jaque la seguridad de los ciudadanos, las empresas e incluso de los propios Estados.

En la mente de todos están los virus que periódicamente se envían a través de la red y amenazan con devorar todo lo que tenemos almacenado en el disco duro de nuestro ordenador, las estafas realizadas en tarjetas de crédito y cuentas bancarias, así como otros delitos de carácter pornográfico y sexual que encuentran en las nuevas tecnologías el caldo de cultivo perfecto para obtener víctimas fáciles

como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente, que, sin duda, integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18 C.E. Este artículo protege ese núcleo de relaciones no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la «acción» ajena (STC 231/1988) y, con ello, a la sin duda contundente injerencia que significa la sanción de los comportamientos desarrollados en el área de intimidad” (STC 151/1997, de 29 de septiembre, F. Jco. 5º).

Nuestro Alto Tribunal considera también que el derecho a la intimidad familiar no fue debidamente respetado en la STC 201/1997, al otorgar el amparo a un interno que quería comunicarse con sus familiares en euskera y le fue prohibido por la dirección del centro penitenciario: *“El razonamiento del Director del establecimiento penitenciario, aunque apoyado en los arts. 51 L.O.G.P. y 100 del Reglamento Penitenciario, llega a una conclusión que resulta desproporcionada. El encontrarse el recluso clasificado en primer grado de tratamiento no comporta, per se, una peligrosidad indiscutible para los principios de seguridad y buen orden. Y la reglamentaria presencia de un funcionario no puede convertirse (con las pertinentes excepciones que han de quedar razonablemente plasmadas en el acto de autorización condicionada o de denegación) en un fundamento jurídico para prohibir las comunicaciones familiares en la lengua propia de cada uno, cuya celebración es tutelada con el máximo respeto a la intimidad de los reclusos por la L.O.G.P. (art. 51.1, párrafo segundo).*

La comunicación familiar no es un derecho absoluto, como no lo son ninguno de los derechos constitucionalmente protegidos. Su ejercicio puede ser limitado o condicionado (SSTC 36/1982, 53/1985, 214 y 314/1991, 142 y 371/1993 y 57/1994, entre otras muchas). Sin embargo, cuando la dirección del establecimiento penitenciario estime que su acuerdo es razonable, ha de hacer explícita, con claridad y precisión, la ponderación de los valores que ha efectuado, a fin de llevar a cabo su decisión restrictiva del derecho fundamental, en este caso, la intimidad familiar del recluso. Y esa resolución ha de cumplir las exigencias que este Tribunal tiene establecidas para la constitucionalidad de tales decisiones” (STC 201/1997, de 25 de noviembre, F. Jco. 7º).

de convencer¹³⁶. La situación resulta especialmente preocupante si tenemos en cuenta el auge que las redes sociales han alcanzado en los últimos años y la afición de millones de usuarios de relatar en ellas hasta los más mínimos detalles de su vida.

Nos movemos en un mundo cada vez más informatizado, por ello podríamos pensar que esa ingente y continua transmisión de datos está acabando con nuestra intimidad y si bien es cierto que, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el ámbito comunitario e internacional, se han dictado normas para tratar de preservar nuestros derechos, la realidad es que la tecnología, al igual que el delito, va siempre por delante del legislador. De ahí que el mandato constitucional del art. 18.4 tenga hoy, si cabe, una mayor relevancia y esté cada día más presente en la elaboración legislativa y en la actuación de la Administración.

Como fruto de esta labor se dictó la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD) con el fin de salvaguardar los derechos de los ciudadanos en el contexto

¹³⁶ A título de ejemplo y relativa a los delitos de esta naturaleza, podemos mencionar la STC 173/2011, de 7 de noviembre. En este caso se impugnó la sentencia que condenaba, al ahora demandante de amparo, como autor de un delito de distribución de pornografía infantil a una pena de prisión de cuatro años. El material de naturaleza pedófila, contenido en numerosos ficheros de su ordenador personal portátil, fue descubierto por un informático encargado de repararlo, quien puso la situación en conocimiento de la policía. El portátil fue intervenido y su contenido examinado, sin la pertinente autorización judicial, por parte de la policía.

Si bien se reconoce que los soportes informáticos quedan protegidos por el derecho a la intimidad, el Tribunal deniega el amparo. Señala que si los datos personales relativos a una persona están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida cuando son individualmente considerados, con más razón se protegerá el cúmulo de información sobre la vida privada o profesional almacenada en un soporte informático, ya sea una agenda electrónica o un ordenador, a través de los cuales podrán conocerse datos de la esfera más íntima del ser humano. Sin embargo, el Tribunal justifica en este caso las injerencias producidas pues, en primer lugar, descarta que la conducta del encargado del establecimiento de informática que presentó la denuncia e hizo entrega del ordenador a la policía constituya una lesión del derecho a la intimidad.

Se entiende que éste contaba con el consentimiento presunto del recurrente para encenderlo y acceder a cualquiera de los ficheros, ya que de la entrega para su reparación del ordenador sin clave se puede presumir que el recurrente no tenía intención ni voluntad alguna de preservar para su esfera íntima, exclusiva y personal ninguno de los archivos, incluidos aquéllos donde se encontraba el contenido pedófilo. En segundo lugar, justifica el acceso policial a la información contenida en el portátil personal, ya que, pese a no contar con la autorización judicial correspondiente, dicha injerencia supera el juicio de proporcionalidad: se trata de un supuesto de urgente necesidad, pues la policía perseguía el fin legítimo de esclarecer un delito de distribución pornografía infantil; además, se intenta evitar la posibilidad de hacer desaparecer las pruebas borrando los ficheros ilícitos de ese ordenador.

de la tecnología informática. Pero más allá de la actividad normativa y a medida que avanzaba el desarrollo informático, un sector doctrinal, encabezado en nuestro país por LUCAS MURILLO DE LA CUEVA¹³⁷, ponía de manifiesto los graves perjuicios que el tratamiento incontrolado de los datos de carácter personal puede ocasionar a las personas invadiendo ámbitos de su vida que no se corresponden con el de intimidad ni con su naturaleza reservada, pues en muchos casos los datos que son objeto de un tratamiento automatizado no tienen un carácter personalísimo o sensible.

En este sentido se habla de la libertad informática o autodeterminación informativa como derecho fundamental de los ciudadanos a controlar los datos que de ellos se conocen, sean o no íntimos, y que estaría recogido en el art. 18.4 CE., puesto que *“no es ajeno al proceso evolutivo experimentado por los derechos fundamentales deducir, a partir de elementos propios de alguno o algunos de los ya reconocidos, nuevas categorías que adquieren sustantividad propia y facilitan, al permitir que sobre ellos se articulen mecanismos específicos de protección, la satisfacción de necesidades materiales concretas”*¹³⁸.

Así, el ámbito de la protección de datos es más amplio y además de los elementos característicos de la tutela de la intimidad (prohibición de conductas, sanción al incumplimiento, indemnización de perjuicios) incluye otras facultades que permitan al ciudadano controlar la información que de ellos se dispone para impedir que pueda ser utilizada por terceras personas de forma que les perjudique, preservando de este modo la propia identidad y la dignidad, tales como determinar los datos que desea que se conozcan, que esos datos sean exactos, actuales y que se hayan obtenido de forma lícita. El grado de autodeterminación, de la disposición que cada uno haga de sus datos, dependerá del carácter más o menos íntimo de los mismos.

¹³⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *“El derecho a la intimidad”* en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

¹³⁸ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *“El derecho a la intimidad”*..., ob. cit., p. 55.

La exposición de motivos de la LORTAD ya hablaba de que se estaba estableciendo un nuevo y más consistente derecho a la privacidad de las personas y el Tribunal Constitucional parece reconocerlo en la sentencia 254/1993, de 20 de julio, al señalar que con lo dispuesto en el art. 18.4 C.E. se ha incorporado una nueva garantía constitucional, como mecanismo de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona. Estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental: el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (F. Jco. 6º).

Analizando lo dispuesto en otras partes de esta resolución, RUIZ MIGUEL¹³⁹ cree que el Tribunal Constitucional lo que hace es considerar al art. 18.4 CE como una indicación expresa del contenido esencial del derecho a la intimidad, entendiendo más adecuado hablar de “intimidad informática” para referirse al mismo. El fundamento jurídico 7º de la Sentencia señala que la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones Públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades .

Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de esos ficheros son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el art. 18 CE, que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente salvaguardados, y dichas facultades de información conforman el contenido del derecho a la intimidad que vincula directamente a todos los poderes públicos.

Posteriormente, la STC 11/1998, de 13 de enero, se refiere ya con claridad a este tema al señalar, en su fundamento jurídico 4º, que *“la llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un*

¹³⁹ RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995, p.96 y 97.

programa informático («habeas data») y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención». Pero sin duda la sentencia clave en la valoración de la autodeterminación informativa es la 292/2000, de 30 de noviembre, que reconoce de forma expresa este derecho fundamental con carácter autónomo y contenido diferente al derecho a la intimidad. Precisa el Tribunal Constitucional que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporta por sí sólo una protección suficiente frente a la nueva realidad derivada del progreso tecnológico, de manera que el constituyente quiso garantizar mediante el art. 18.4 no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto¹⁴⁰.

El derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades consistentes en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a ser informado sobre el destino y uso de los mismos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar, en definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales.

Estos poderes se concretan exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele (STC 292/2000, F. Jco. 7º).

La peculiaridad respecto de la intimidad radica en su distinta función, lo que lleva aparejado que también su objeto y contenido difieran. Mientras que el derecho fundamental a la protección de datos trata de garantizar un poder de control sobre los datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico

¹⁴⁰ STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. Jco. 4º.

ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado; el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida.

El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos datos que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado. De este modo, su objeto de protección 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 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. 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 individuo¹⁴¹.

Igualmente el Tribunal Supremo perfila este derecho en la Sentencia 179/2006, de 14 de febrero: *“El derecho de autodeterminación informativa debe entenderse 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. No obstante, este derecho como todos, tiene excepciones y puede ser limitado por razones de otro interés preponderante”*.

¹⁴¹ F. Jco. 5º y 6º.

Para adaptar el ordenamiento interno a la Directiva Comunitaria 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁴², se dictó la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que deroga la LO 5/1992. Esta nueva ley, que carece de Exposición de Motivos, tiene por objeto garantizar y proteger, en lo relativo al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente su honor y su intimidad personal y familiar. Se aplicará a todos los ficheros de datos, informatizados o no, registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento y al uso posterior de éstos tanto por el sector público como por el privado; se basará en el principio del consentimiento y en que los fines o el empleo de los datos han de ser legítimos, determinados y explícitos.

El art. 7 regula los denominados “datos sensibles”, que son los relativos a la ideología, religión, creencias, afiliación sindical, origen racial, salud y vida sexual de las personas. La normativa prohíbe los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen estos extremos y se requiere el consentimiento expreso del afectado para su tratamiento, que además deberá constar por escrito cuando se trate de datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias o bien venga dispuesto por una ley con relación a los demás datos señalados.

Según el art. 10, el responsable del fichero y quienes intervengan en el tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional y al deber de guardarlos, incluso después de finalizar su relación con el fichero. Estos datos sólo podrán ser comunicados a un tercero, previo consentimiento del

¹⁴² La normativa comunitaria establece un régimen mínimo de protección que no limita las facultades de los Estados miembros para otorgar una protección mayor con relación a los datos de carácter personal. Esta Directiva sirve para armonizar la normativa sobre protección de datos de los Estados miembros con la finalidad de garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad, en el tratamiento de datos personales en el sector de las comunicaciones (art. 1). Se trata de establecer los derechos y obligaciones de los abonados y de los proveedores en este ámbito; así el proveedor está obligado a preservar la seguridad de sus servicios, a garantizar la confidencialidad de las comunicaciones y se limitan los datos que puede almacenar respecto al usuario.

interesado, para el cumplimiento de los fines relacionados con las funciones del cedente y del cesionario. No será preciso el consentimiento cuando la cesión esté autorizada en una ley ni en los demás supuestos especificados en el art. 11. 2.

El art. 13 permite impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración del comportamiento del afectado, basada en el tratamiento de sus datos personales que ofrezca una definición de sus características o personalidad¹⁴³ y el art. 14 reconoce la consulta pública y gratuita en el Registro General de Protección de Datos, donde se podrá recabar la información oportuna sobre la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable.

Los arts. 15 y 16 regulan los derechos de acceso, rectificación y cancelación. El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de los mismos y las comunicaciones realizadas o que se prevean realizar. Serán rectificadas o cancelados los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en esta Ley y también cuando resulten inexactos o incompletos.

Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en esta Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran un daño o lesión en sus bienes o derechos, tendrán derecho a ser indemnizados (art. 19).

Por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, que nace con la finalidad de cumplir los mandatos contenidos en esta norma y de regular aquellos aspectos que, tras años de vigencia de la ley, se observó que necesitaban un mayor desarrollo normativo. Así, comprende el ámbito correspondiente a los Reales Decretos 1332/1994, de 20 de junio y 994/1999, de 11 de junio, que deroga expresamente, ante la necesidad de fijar criterios aplicables a los ficheros y tratamientos de datos personales no

¹⁴³ Ya la STC 30/1999, de 8 de marzo, había estimado con anterioridad a esta Ley que el art. 18.4 CE consagra un derecho autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos, evitando que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios (F. Jco. Único).

automatizados, así como desarrollar los procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos.

VI. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO EUROPEO

El reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el ámbito judicial europeo se realiza a través de dos órganos fundamentales: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que pasó a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con la entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁴⁴.

A pesar de que los tratados constitutivos de la Comunidad Europea no contienen un reconocimiento expreso de derechos fundamentales, el paulatino traspaso de competencias de los Estados miembros a las instituciones comunitarias puso de relieve la necesidad de otorgarles protección también en el ámbito europeo, lo que se produciría a través de la jurisprudencia del TJCE, que de forma puntual se ha pronunciado sobre cuestiones relativas a estos derechos.

Tomando como punto de partida la idea de disponer de un catálogo de derechos fundamentales en el ámbito comunitario, el 7 de diciembre de 2000 se aprobó en Niza la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como un documento inicialmente de carácter declarativo, basado en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en los instrumentos internacionales de los que son parte, en especial, el Convenio Europeo de Derechos humanos. Las dudas suscitadas sobre la interpretación de la Carta, fundamentalmente referidas a su eficacia vinculante, se disiparon con su inclusión

¹⁴⁴ Al primero le corresponde la de interpretación y aplicación del Derecho comunitario y sus resoluciones tienen carácter vinculante en los Estados miembros de la Unión Europea. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también denominado Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos) es un tribunal internacional instaurado para garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cualquier persona que considere haber sido víctima de una vulneración de esos derechos mientras se encontraba legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede acudir ante TEDH.

en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, sin embargo la falta de vigencia del mismo afectó también a la de la propia Carta, lo que no impidió que fuese utilizada como elemento de interpretación de los derechos fundamentales por diversos tribunales nacionales e invocada ante el propio TJCE.

Posteriormente, el Tratado de Lisboa de 2007 reconoce en su art. 6 los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, y establece que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. De esta forma, tras el fallido intento del Tratado constitucional, se reconoce valor jurídico a la Carta, lo que, no obstante, no la convierte en un texto de carácter constitucional, sino que le otorga la misma fuerza vinculante que corresponde a los Tratados.

Donde sin duda nos vamos a encontrar con una extensa jurisprudencia, emanada del TEDH, es en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el que se pretende un reconocimiento mínimo en los Estados miembros que favorezca el desarrollo y garantía de estos derechos y libertades.

En este ámbito, el término “vida privada” adquiere un amplio significado que abarca un conjunto de derechos del individuo (incluso actividades comerciales o profesionales) entre los que se incluye el derecho a la intimidad; debido al carácter expansivo y cambiante de este derecho, que varía con el paso del tiempo, incluso de un lugar a otro, el TEDH no ha delimitado de forma exacta su contenido incluyendo en él aspectos que exceden de lo previsto en legislaciones nacionales como la española.

La vida privada en el ordenamiento europeo se configura en dos ámbitos: uno interior, referido al individuo, que afecta a su moralidad, a su pensamiento y a su cuerpo, y otro externo, donde se le atribuyen al sujeto las mismas facultades que sobre sí mismo, pero con referencia a los demás; forman parte de ambos los datos a él relativos, su domicilio, sus comunicaciones, sus relaciones personales y afectivas, la familia o lo físico. Por su parte, el TEDH ha ampliado de forma continuada el contenido de la vida privada a otros ámbitos como la integridad psíquica y moral, la vida sexual o la protección de datos. En esos dos ámbitos de la vida privada el

sujeto es soberano y tiene derecho a controlar y disponer de todo lo referido a ella, pero el ordenamiento jurídico europeo establece un umbral mínimo de protección que opera frente a todos¹⁴⁵.

La jurisprudencia del TEDH extiende el derecho a la vida privada a los extranjeros de terceros Estados, con independencia de su situación jurídico-administrativa, exigiendo únicamente que estén bajo la jurisdicción de un Estado miembro, puesto que este derecho se fundamenta en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de su personalidad. Con respecto a las personas jurídicas, sólo se les reconoce alguna manifestación puntual de este derecho como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de la correspondencia, es decir en lo relativo a sus lugares de trabajo y a sus comunicaciones comerciales.

El CEDH reconoce de forma expresa el derecho a la vida privada y sus excepciones en el art. 8: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

A continuación analizamos la jurisprudencia europea en los aspectos que resultan más relevantes para el derecho que estudiamos.

¹⁴⁵ REBOLLO DELGADO, ob. cit., p. 353 y 354, pone de manifiesto que resulta difícil distinguir este concepto de vida privada del de intimidad. Ésta tendría un contenido más restringido, que opera también en un ámbito *ad intra* y en otro *ad extra*, y que esa distinción proviene de la adopción por parte del TEDH de la teoría de las esferas o de los círculos concéntricos, según la cual hay un ámbito del individuo en el que se desenvuelve lo que él no quiere dar a conocer a los demás, que se identificaría con la intimidad.

VI.1. El derecho a la intimidad familiar

La jurisprudencia europea otorga una especial importancia al ámbito familiar, fundamentalmente en dos áreas, una relativa a los hijos y a su formación, y otra relacionada con los extranjeros y sus familias.

Para el TEDH lo importante es el nacimiento del hijo, con independencia de la unión legal o de hecho de los padres, de la forma y del tiempo que hayan convivido¹⁴⁶; y en coherencia con esta premisa maneja un concepto amplio de familia, que estaría constituida por el conjunto de relaciones entre los individuos que la componen, incluyendo la educación de los hijos, las relaciones entre los progenitores, su filosofía de vida, religión o costumbres¹⁴⁷. Además de las relaciones paterno-filiales, se incluyen en el ámbito familiar la existente entre otros parientes cercanos como los abuelos y los nietos¹⁴⁸, así como las facultades de los padres sobre los hijos, que les permite limitar la libertad del niño en su cuidado y educación¹⁴⁹, pero su protección y su vida privada familiar prima sobre algunos derechos de los progenitores como el régimen de visitas¹⁵⁰.

Como advierte la Profesora GARCÍA VÁZQUEZ, el contenido del derecho a la intimidad personal y familiar no tiene el mismo alcance en nuestra jurisprudencia constitucional que en la del TEDH, lo que en la práctica reviste gran relevancia, pues ante un mismo supuesto este Tribunal podría entender vulnerado el art. 8 del CEDH, al amparo del derecho a la vida familiar, mientras que nuestro Tribunal Constitucional, en base a su interpretación estricta del concepto de intimidad familiar se vería imposibilitado a reconocer cualquier lesión de este derecho fundamental, vetando la imposibilidad de interponer un recurso de amparo¹⁵¹.

¹⁴⁶ STEDH de 13 de junio de 1979, Caso Marcks.

¹⁴⁷ STEDH de 13 de julio de 1995, Caso Nasri vs. Francia.

¹⁴⁸ STEDH de 9 de junio de 1998, Caso Bronda.

¹⁴⁹ STEDH de 28 de noviembre de 1988, Caso Nielsen vs. Dinamarca.

¹⁵⁰ SSTEDH de 7 de agosto de 1996, Johansen vs. Noruega, y de 28 de octubre de 1998, Caso Söderbäck contra Suecia.

¹⁵¹ GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 56 y ss. Si bien el derecho a la vida familiar de los extranjeros tiene un fundamento constitucional, no puede afirmarse que exista un verdadero derecho fundamental de los

En nuestro ordenamiento interno, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional configura la intimidad de forma amplia, basándola en un concepto abierto, vinculado al principio de la dignidad humana. Así, se diferencia entre el derecho a la vida familiar y el derecho a la intimidad familiar, configurándose éste, como ya hemos visto, como un derecho fundamental que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, que corresponde a todas las personas por igual y, por tanto, también a los extranjeros.

Por otra parte, aunque la jurisprudencia del TEDH ha ampliado de forma notoria el contenido del derecho a la vida familiar, no infiere del CEDH un derecho ilimitado a la reagrupación familiar, ni el derecho a residir en el territorio de un Estado parte del cual no se ostente la nacionalidad, así como tampoco colige la protección absoluta de los miembros de la familia en supuestos de expulsión. No obstante, la influencia de esta jurisprudencia en los ordenamientos jurídicos internos de los distintos Estados firmantes del Convenio se pone de manifiesto tanto en el ámbito legislativo como en el jurisprudencial, sobre todo en materia de reagrupación familiar¹⁵².

El derecho a la protección de la vida familiar está garantizado por el art. 8 del CEDH, según el cual, toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. La autoridad pública no podrá interferir en el ejercicio de este derecho salvo, como hemos visto, cuando la 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 de las

extranjeros a la vida familiar, por lo que sería perfectamente compatible con la Constitución supeditar el reconocimiento de este derecho en nuestro país a la regularidad de la estancia del extranjero en España, sin perjuicio de que ostente el derecho a su intimidad personal o familiar, entendida en sentido estricto, con independencia de la situación administrativa en la que se encuentre. Del mismo modo señala que el derecho a la reagrupación familiar no tiene la consideración de derecho fundamental, ni el art. 18 CE constitucionaliza de ningún modo un derecho fundamental a la protección de la vida en familia en cualquier circunstancia.

¹⁵² Como recuerda GARCÍA VÁZQUEZ, ob. cit., p. 59 y 60, el TEDH no es una instancia superior supranacional de revisión o control, por lo que no impone medidas a los Estados para reparar las violaciones del Convenio, sino que sus resoluciones tienen únicamente carácter declarativo y no poseen eficacia ejecutiva directa, siendo más relevante su función de interpretación del Convenio, que la propiamente judicial de aplicación del mismo.

infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Por aplicación del principio de territorialidad previsto en el art. 1 del Convenio, los extranjeros que se encuentren en cualquier Estado parte del mismo también gozan del derecho previsto en el art. 8 y deberán ser protegidos contra las injerencias ilegítimas de los poderes públicos en la vida familiar. No obstante, el ejercicio de este derecho puede verse limitado por las políticas migratorias de los Estados siempre que estén previstas en la ley, se justifiquen en función del fin perseguido y resulten proporcionadas a las circunstancias por las que se adoptaron. Estamos ante una serie de conceptos jurídicos indeterminados que, aunque supongan un amplio margen de libertad para los Estados, deberán interpretarse conforme a los criterios establecidos por el TEDH en sus resoluciones.

Así, este Tribunal analiza la reagrupación familiar de los extranjeros, en base al art. 8 del Convenio, en supuestos muy diversos y operando giros copernicanos en su jurisprudencia, que alcanza su mayor nivel de garantismo, en la materia que nos ocupa, a partir de los años noventa. Por ejemplo, en la Sentencia de 21 de junio de 1988, se estudia la denegación de la prórroga de autorización de residencia en los Países Bajos a un padre divorciado extranjero, que le impedía visitar de forma regular a su hija de corta edad, fruto de su matrimonio con una neerlandesa. Según el Tribunal Europeo, imposibilitar a este ciudadano extranjero la relación con su hija supondría una injerencia inadmisibles en su derecho a la vida privada y familiar, contraria al art. 8.2 del Convenio porque al expulsarlo se romperían los estrechos lazos que se habían creado entre el padre y su hija¹⁵³.

En el Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, a tres mujeres residentes regulares en este Estado, que se casan en sus países de origen, se les niega posteriormente la posibilidad de entrada de sus esposos en éste país, en un momento en el que la normativa de extranjería inglesa autorizaba la reagrupación familiar de las mujeres de los extranjeros. Sin embargo, contra todo pronóstico, el Tribunal de Estrasburgo desestima el recurso al considerar que no existe vida familiar anterior al derecho de residencia y señala que no se presentan

¹⁵³ Caso Berrehab contra los Países Bajos.

pruebas concluyentes que demuestren que no puede producirse la reagrupación familiar en los países de origen de sus maridos¹⁵⁴.

En el Caso Beldjoudi se discute la preponderancia de la vida familiar sobre la expulsión de un extranjero delincuente, que una vez planteada no se lleva a cabo por considerarlo una injerencia de ese derecho recogido en el art. 8.1 del CEDH¹⁵⁵. El gran número de recursos interpuestos tras esta resolución, fundamentalmente contra Francia y Alemania, por argelinos y turcos respectivamente, hizo variar la jurisprudencia posterior en base a la prioridad de los Estados a controlar el acceso de los no nacionales, sobre el derecho a la reunificación familiar¹⁵⁶; por tanto, no existe la obligación general de permitir la reagrupación familiar en cualquier supuesto, sino que la limitación de este derecho puede estar justificada por la necesidad de controlar los flujos migratorios y además se examinarán otras circunstancias muy diversas, como los vínculos existentes en el país de residencia o la gravedad del delito cometido.

VI.2. La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones

Nos encontramos ante dos derechos fundamentales que no deben quedar preteridos en este estudio, puesto que son considerados por la jurisprudencia europea como manifestaciones de la vida privada. Por su parte, el respeto al

¹⁵⁴ STEDH de 28 de mayo de 1985.

¹⁵⁵ STEDH de 26 de marzo de 1992, Caso Beldjoudi contra Francia.

¹⁵⁶ En tal sentido, vid. SSTEDH de 19 de febrero de 1996, Caso Güll contra Suiza, y de 28 de noviembre de 1996, Caso Ahmut contra Países Bajos. En el primero de estos casos se trataba de decidir si un matrimonio con autorización de residencia, concedida por razones humanitarias, debido a la necesidad de recibir un tratamiento médico tras sufrir un grave accidente, tiene derecho a que su hijo menor, que había residido siempre en Turquía y había crecido en el entorno cultural y lingüístico de este país, obtenga autorización para residir con sus padres en Suiza. El Tribunal alega que a pesar de la difícil situación en la que se encuentra esta familia, no puede considerarse que Suiza haya vulnerado las obligaciones derivadas del art. 8.1 del CEDH y por tanto no se ha producido una injerencia en la vida familiar, al no disponer los esposos de un derecho de residencia permanente. Así, del art. 8 no se deriva la obligación de los Estados de respetar la elección del lugar de residencia de las parejas casadas.

En el Caso Ahmut contra Países Bajos se solicita la reagrupación familiar de dos hijos de un matrimonio anterior que residían con su madre en Marruecos antes de que ésta falleciese. El TEDH se muestra conforme con la decisión de las autoridades holandesas que denegaron la petición, señalando que el Sr. Ahmut decidió separarse de sus hijos trasladándose a vivir a Holanda, que aún posee la nacionalidad marroquí y que no existe ningún obstáculo para su retorno a Marruecos.

domicilio implica la protección de un ámbito espacial donde se desarrolla gran parte de la vida privada de las personas y el TEDH lo configura de forma amplia incluyendo en este concepto los locales donde se realiza la actividad comercial o profesional¹⁵⁷, aunque también pueda decaer a favor de principios de mayor calado como el interés general¹⁵⁸.

En otras ocasiones considera que atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de las personas y privarles del disfrute de su domicilio, perjudicando así su vida privada y familiar, injerencia de la que puede ser responsable el Estado tanto por acción como por omisión o inactividad¹⁵⁹. La protección de la morada se extiende a las personas que viven en ella frente a molestias externas como el ruido excesivo que la haga difícilmente habitable¹⁶⁰. Como vemos, se trata de una concepción expansiva del derecho a la vida privada pero carente de una delimitación concreta que permita distinguir de forma nítida una línea interpretativa determinada.

Con relación al secreto de las comunicaciones, el art. 8.1 del CEDH alude únicamente a la correspondencia y el TEDH analiza inicialmente aspectos concretos de esta materia como el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de los presos, pero posteriormente la jurisprudencia ampliará la protección que otorga este precepto a otras formas de comunicación como las conversaciones telefónicas, debido a la relevancia que tienen en la vida privada y el menoscabo que para los derechos de la persona supone esa injerencia.

En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo además de las escuchas, considera vulnerado el contenido del Convenio por cualquier medio que, sin consentimiento del interesado, pueda determinar a quién se llama, cuándo y por cuánto tiempo¹⁶¹, es decir, la medición global de las comunicaciones telefónicas

¹⁵⁷ SSTEDH de 30 de marzo de 1989, Caso Chappel c. Reino Unido, y de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania.

¹⁵⁸ SSTEDH de 26 de agosto de 1996, Caso Buckley; y de 28 de octubre de 1998, Caso Osman.

¹⁵⁹ STEDH de 19 de febrero de 1998, Caso Guerra vs. Italia.

¹⁶⁰ SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, Caso López Ostra c. España, y de 2 de diciembre de 2001, Caso Hatton contra Reino Unido.

¹⁶¹ STEDH de 2 de agosto de 1984, Caso Malone.

(origen, destino, duración), cuando se efectúa para un fin distinto de su objetivo de contabilidad, constituye una injerencia en la vida privada.

La STEDH de 27 de mayo de 1997, Caso Halford contra Reino Unido, incluye en la vida privada las comunicaciones que se realizan desde el lugar de trabajo o desde cualquier otro, tanto público como privado y restringe las excepciones contenidas en el art. 8.2 del Convenio, realizando una interpretación restrictiva del concepto “necesario en una sociedad democrática”, y condenando al Estado por no establecer los mecanismos necesarios para limitar la actividad de la policía en sus investigaciones.

En el célebre Caso Valenzuela Contreras contra España¹⁶² el TEDH aborda un supuesto de intervención telefónica acaecida con anterioridad a la reforma de la LECrim de 1988, considerando que el art. 18.3 CE, sin posterior desarrollo en caso de las escuchas telefónicas es insuficiente, es decir, además de realizarse con autorización judicial es preciso que ésta tenga suficiente cobertura legal. En esta línea pone de manifiesto que algunas de las condiciones que se desprenden del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la “ley” y garantizar en consecuencia el respeto de la vida privada y de la correspondencia, no están incluidas en el art. 18.3 CE ni en las disposiciones de la LECrim (...), principalmente la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas y la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas.

La STEDH de 18 de febrero de 2003 (Caso Prado Bugallo) condena a España por la insuficiencia y falta de calidad de la ley española en sede de intervenciones telefónicas. El TEDH admite que si bien el ordenamiento jurídico español ha avanzado considerablemente con la reforma de 1988, ésta continúa siendo insuficiente porque no ofrece una reglamentación exhaustiva en la materia. Estima que las garantías que rodean la intervención de las comunicaciones telefónicas en nuestro país junto con las exigencias que se derivan de su jurisprudencia no son

¹⁶² STEDH de 30 de julio de 1998.

adecuadas para evitar la arbitrariedad de los poderes que tienen encomendada esta función.

Por tanto, que la injerencia esté “prevista por la ley” no sólo supone una remisión al Derecho interno de los Estados, sino que la jurisprudencia europea también exige que esa regulación cumpla una serie de requisitos que protejan a los ciudadanos de ataques arbitrarios de los poderes públicos. Por ello el derecho interno debe ser lo suficientemente preciso para que los ciudadanos conozcan las circunstancias y condiciones que permitan la adopción de una medida de intervención telefónica, de ahí que se necesiten normas claras y detalladas en esta materia. No obstante, la violación del derecho al secreto de las comunicaciones no siempre supone la invalidez de las pruebas obtenidas por este medio, puesto que el Tribunal mantiene una posición flexible en los casos en los que se investigan delitos muy graves¹⁶³.

VI.3. La extensión del art. 8.1 del CEDH a otras materias

Como ya señalamos, la jurisprudencia del TEDH va ampliando de forma progresiva el contenido del derecho a la vida privada a otras materias que no aparecen expresamente recogidas en el art. 8.1 pero que considera relacionadas con él. Así ocurre con la vida sexual y especialmente con la transexualidad o la elección de sexo, como ámbitos estrechamente relacionados con la intimidad y la vida privada de las personas, cuestiones que deben dar lugar a un examen permanente por parte de los Estados contratantes en los que no existe sobre esta materia ni una legislación uniforme ni tampoco la misma concepción social, si bien cada vez es mayor el grado de reconocimiento en este ámbito.

En la Sentencia de 30 de julio de 1998¹⁶⁴ se aborda la pretensión de las demandantes, antes de sexo masculino, para que el Estado les facilite documentos de identificación que no pongan de manifiesto su sexo originario. El TEDH hace referencia a motivos de interés general, recogidos en resoluciones anteriores, que justifican el mantenimiento de un registro de nacimientos destinado a relatar los

¹⁶³ STEDH de 15 de junio de 1992, Caso Luidi contra Suiza.

¹⁶⁴ Caso Sheffield y Horshan contra Reino Unido.

hechos históricos y que no podía modificarse para indicar el cambio de sexo de una persona ni dar lugar a la expedición de partidas que no contengan alguna indicación del sexo de la persona tal como figura en el registro. El Tribunal ya precisó en la Sentencia B. contra Francia que aún no reinaba entre los Estados miembros del Consejo de Europa un consenso suficientemente amplio sobre la manera de tratar una serie de cuestiones jurídicas complejas planteadas por los cambios de sexo y añade que queda probado que una operación de cambio de sexo no lleva consigo la adquisición de todos los caracteres biológicos del sexo opuesto, a pesar de los progresos científicos en esta materia.

Para el Tribunal, el transexualismo sigue planteando cuestiones complejas de naturaleza científica, jurídica, moral y social que no son objeto de un enfoque generalmente coherente en los Estados contratantes y que las situaciones en que las demandantes pueden tener que divulgar su antiguo sexo no se producen con una frecuencia tal como para considerar que causan un perjuicio desproporcionado al derecho de las interesadas al respeto de su vida privada.

El Tribunal señala igualmente que el Estado demandado se ha esforzado, en cierta medida, en minimizar los riesgos para los transexuales de que les hagan preguntas embarazosas relativas a su sexo, permitiéndoles obtener el carnet de conducir, el pasaporte y otras clases de documentos oficiales con el nuevo nombre y sexo y que la utilización de las partidas de nacimiento como medio de identificación ha sido oficialmente desaconsejada. Estima que las demandantes no han probado que pesara sobre el Estado demandando la obligación positiva, que resulta del artículo 8 del Convenio, de reconocer jurídicamente su nuevo sexo y en consecuencia, a su juicio, no se ha producido violación de esta disposición.

La falta de acuerdo en la adopción de esta resolución quedó patente en el escaso margen por el que fue aprobada, once votos contra nueve, y en la consistencia de las divergencias doctrinales de los diferentes votos particulares emitidos por los miembros del Tribunal.

Desde una perspectiva comunitaria puede traerse a colación la Sentencia dictada el 30 de abril de 1996 en el asunto P. contra S. y Cornwall County Council, en la que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) consideró que una discriminación basada en el cambio de sexo equivalía a una discriminación

basada en el sexo y concluyó que el artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la puesta en marcha del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que concierne al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesional y las condiciones de trabajo, se oponía al despido de un transexual por motivos ligados a su cambio de sexo. Cuando una persona es despedida porque tiene la intención de someterse o se ha sometido a un cambio de sexo, es objeto de un trato desfavorable respecto a las personas del sexo al que pertenecía antes de esta operación: tolerar tal discriminación significaría ignorar, respecto a dicha persona, el respeto por la dignidad y la libertad a la que tiene derecho y que se debe proteger.

Como ya hemos afirmado, según reiterada jurisprudencia del TEDH, el derecho a la educación es otro ámbito que puede afectar a la vida privada, reconociendo el derecho de los padres a que la enseñanza de sus hijos se realice conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas¹⁶⁵.

Por último y con relación a la protección de datos, se impone a los Estados límites en la recogida de datos de carácter personal por parte de los poderes públicos y se permite que el interesado acceda a esos datos y que pueda oponerse a su utilización abusiva¹⁶⁶. Por ejemplo, la STEDH de 24 de septiembre de 2002¹⁶⁷ reconoce a una persona que pasó su infancia en diferentes orfanatos, el derecho a acceder a los registros que le permitan reconstruir su trayectoria vital y sus vínculos familiares. Tampoco se considera lícita la conservación, sin finalidad concreta, de fichas personales por los servicios secretos estatales¹⁶⁸. Sin embargo, sí es posible el tratamiento de datos médicos que sean adecuados para la correcta gestión sanitaria y para que se garantice la intimidad de los afectados, como, por ejemplo, en el caso de enfermos seropositivos¹⁶⁹.

¹⁶⁵ SSTEDH de 23 de julio de 1968, sobre el régimen lingüístico en Bélgica, y de 7 de diciembre de 1976, Caso Kjeldsen contra Reino Unido.

¹⁶⁶ STEDH de 4 de mayo de 2000, Caso Rotaru contra Rumanía.

¹⁶⁷ Caso M. G. contra Reino Unido.

¹⁶⁸ STEDH de 16 de febrero de 2000, Caso Amman contra Suiza.

¹⁶⁹ STEDH de 25 de febrero de 1997, Caso Z. contra Finlandia.

VII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

VII.1. La intimidad personal y la intimidad corporal

Como hemos visto, el derecho a la intimidad encierra una pluralidad de contenidos que se hallan en constante evolución y varían en función de la época, la sociedad de que se trate o el lugar en que nos encontremos, incluso el propio concepto de intimidad puede ser entendido de manera muy diferente por un individuo u otro. Siguiendo a REBOLLO DELGADO¹⁷⁰ podemos analizar la diferencia entre derecho a la intimidad y derecho a la intimidad personal señalando que ambos tienen como fundamento un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana¹⁷¹. Así, el derecho a la intimidad hace referencia a un ámbito genérico que incluye personas, lugares, datos; es decir, un conjunto de facultades relativo a determinadas esferas de la vida del ser humano que el ordenamiento jurídico protege, mientras que la intimidad personal se refiere de forma concreta al individuo, a un espacio físico y psíquico relativo a la persona individualmente considerada.

En un Estado democrático, las personas, como titulares de estas facultades, tienen la consideración de sujetos de Derecho, y como tales deben ser tratadas en el ámbito procesal, especialmente en el proceso penal, pero ocurre que aquí, en el marco de las diligencias de investigación, como son las intervenciones corporales, el propio individuo, es decir, el cuerpo del sujeto, puede convertirse a su vez en objeto de prueba para la práctica de determinadas pericias que hoy en día arrojan resultados incontestables para el esclarecimiento de los hechos. Por ello, esa actuación de los poderes públicos sobre la persona afectará sin duda alguna al

¹⁷⁰ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2005, p. 273.

¹⁷¹ STC 231/1988, de 2 de diciembre, F. Jco. 3º.

contenido del derecho a la intimidad¹⁷²; así, puede incidir en su derecho a la intimidad personal, pero al mismo tiempo, al recaer sobre el propio cuerpo, puede invadir lo que se denomina el derecho a la intimidad corporal.

La distinción entre ambos conceptos, clave para entender la doctrina sobre intervenciones corporales mantenida por nuestro Tribunal Constitucional, la encontramos en las dos sentencias cardinales que ha dictado en esta materia: la 37/1989 y la 207/1996, que analizaremos a continuación y que iremos desgranando en otros epígrafes de este trabajo.

La primera de las resoluciones, de 15 de febrero de 1989, analiza el caso en el que se acordó practicar a la imputada un examen ginecológico para comprobar si había sido objeto de una interrupción voluntaria del embarazo, presuntamente constitutiva de un delito de aborto: señala el Alto Tribunal, en su fundamento jurídico 7º, que la Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1) de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune 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.

Añade 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 operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona.

De esta forma el Tribunal Constitucional considera la intimidad corporal como una parte o una manifestación de la intimidad personal, que no se extiende a todo el cuerpo humano, sino solamente a aquellas partes reservadas al pudor o al recato, que no serán determinadas de forma subjetiva, sino en virtud de los criterios

¹⁷² Así lo ha reconocido la Comisión Europea de Derechos Humanos en sus decisiones de 4 de diciembre de 1978 (8239/78) y de 13 de diciembre de 1979 (8278/79) al considerar que toda intervención médica compulsiva constituye una intromisión en el derecho al respeto de la intimidad, que el CEDH recoge y protege en su art. 8.

arraigados en la cultura y la sociedad. Siguiendo esta línea, no se admite, por tanto, la existencia de espacios objetivos de intimidad, lo que propició en su momento importantes críticas doctrinales tanto por el carácter restrictivo que se otorga a la intimidad corporal como por la ambigüedad de los conceptos utilizados¹⁷³. A pesar de ello esta doctrina se consolidó posteriormente en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1990 de 19 de julio o 57/1994 de 28 de febrero.

Esta misma concepción restrictiva es sostenida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de enero de 1993, según la cual el registro bucal efectuado al detenido para extraerle unas papelinhas de cocaína no incide en el derecho a la intimidad personal, al no constituir esa cavidad natural del cuerpo humano un espacio subjetivamente íntimo, sino que se trata de una 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. Jco. 2º).

Igualmente la STS de 18 de enero de 1993 señala, en su fundamento jurídico 2º, que ante la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en esta materia, ha de estimarse 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, por lo que entendemos que su utilización por la policía no requiere autorización judicial, máxime cuando, como ocurrió en el caso presente, ello se hizo sin protesta alguna por parte de quienes así fueron examinados¹⁷⁴.

¹⁷³ Véase al respecto GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Cóllex, Madrid, 1995, p.48; HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 381 y 382; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La intimidad corporal devaluada (Comentario a la sentencia nº 37/1989, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional", en Revista del Poder Judicial, nº 14, 1989, p.123 y ss., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las intervenciones corporales, su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p. 508 y 509;

¹⁷⁴ Para HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 382, para realizar este tipo de exploraciones debe exigirse autorización judicial, puesto que además de afectar al derecho a la intimidad, pueden incidir en el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, ya que conllevan determinados perjuicios, que se agravarían en casos específicos como el de una mujer embarazada, que desaconsejen el empleo de estas técnicas,

Partiendo de que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en sus Decisiones 8239/1978, de 4 de diciembre y 8278/1978, de 13 de diciembre de 1979, referidas a análisis de sangre, ha declarado que toda intervención médica compulsiva implica una intromisión en el derecho al respeto de la vida privada consagrado en el art. 8 CEDH, algunos autores consideran que el derecho a la intimidad se vulnera, aunque no sea en el mismo grado, tanto en una intervención corporal grave, como si incide en partes del cuerpo no afectadas por el pudor o el recato, puesto que al constituir un patrimonio exclusivo del sujeto está prohibida, en principio cualquier injerencia externa en las mismas¹⁷⁵.

Sin embargo, que el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no sea coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, tal y como reiteran las resoluciones señaladas, lleva a ETXEBERRÍA GURIDI¹⁷⁶ a considerar que las partes del cuerpo humano excluidas del ámbito determinado por el pudor o el recato quedan al margen de la protección dispensada por el art. 18.1, sin perjuicio de que puedan afectar a otros derechos, como la integridad física.

Por su parte, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, realiza una importante clasificación de los actos de investigación que pueden recaer sobre el cuerpo humano y ahonda en la doctrina ya establecida, ampliando el contenido de la intimidad corporal al disponer que en las inspecciones y registros corporales puede verse afectado este derecho fundamental si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como ocurrió en el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad¹⁷⁷.

debiendo decidir el órgano judicial, en base al principio de proporcionalidad si resulta procedente la restricción de estos derechos.

¹⁷⁵ Ob. cit., p.382 y 383.

¹⁷⁶ *Las intervenciones corporales...* ob., cit., p.512.

¹⁷⁷ F. Jco. 2º. Se consideran como inspecciones y registros corporales los que 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 las que, en principio, no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, una lesión o menoscabo del cuerpo humano.

Son intervenciones corporales las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos,

Alegaba el recurrente, en este supuesto, que la diligencia pericial acordada por el Juzgado de Instrucción supuso una vulneración de su derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), en una doble vertiente: como derecho a la intimidad corporal y, desde una perspectiva más amplia, como derecho a la intimidad personal. Tras recordar la doctrina ya expuesta, establecida en resoluciones anteriores, señala el Alto Tribunal que 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 ejecución¹⁷⁸, no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal, ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo. En cambio, sí puede ser compartida la alegación relativa a la segunda de las manifestaciones señalada del derecho a la intimidad.

Pues en efecto, el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE tiene un contenido mucho más amplio que el relativo a la intimidad corporal¹⁷⁹, por ello diligencias o actos de prueba como las intervenciones corporales, pueden conllevar por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.

Así ocurre en este caso, en el que a través de un análisis del cabello, se pretendía averiguar si el imputado en un proceso penal era consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y el tiempo desde que lo pudiera ser, ya

uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado; el derecho que se verá afectado por lo general en este caso es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, aunque sólo sea de su apariencia externa.

Con relación a esta distinción que realiza el Tribunal Constitucional señala ETXEBERRÍA GURIDI, *Las intervenciones corporales...*, ob. cit., p.515, que existe la posibilidad de que una misma diligencia incida tanto en el derecho a la intimidad como en el derecho a la integridad física, por ejemplo, una inspección vaginal acompañada de una citología.

¹⁷⁸ A realizar por el Médico Forense.

¹⁷⁹ Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, como ya señalamos en el apartado 1.4 de este epígrafe, al hablar sobre la concepción objetiva, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación 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 y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993 y 143/1994).

que, con independencia de la relevancia que ello pueda tener a los fines de la investigación penal, 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 el hecho de haber consumido en algún momento algún género de drogas.

Si bien dicha conducta es en nuestro ordenamiento en sí misma impune, 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 y del derecho al honor.

A juicio de HERRERO-TEJEDOR se produce aquí una confusión de los ámbitos protegidos por la intimidad y el honor, puesto que el contenido esencial del derecho a la intimidad se reduce a la protección de un ámbito o reducto donde se veda que otros penetren, sin necesidad de que pueda resultar un juicio de reproche que haga desmerecer ante la comunidad al afectado por la revelación y que por tanto sería diferente a la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre tal y como prevé el art. 7.3 LO 1/1982¹⁸⁰.

Otras resoluciones del Tribunal Constitucional desarrollan esta doctrina en diferentes ámbitos en los que también es posible la práctica de una diligencia de intervención corporal. Así el Auto 221/1990, de 31 de mayo establece que no existe intromisión ilegítima en la intimidad por el hecho de someter a una persona a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad: *“El derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera de la vida privada personal y familiar de los ciudadanos, pero ello no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares. No hay vulneración del derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones <<como consecuencia de deberes y relaciones*

¹⁸⁰ HERRERO TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, Cóllex, 1998, p.116.

jurídicas que el ordenamiento regula>> (STC 170/1987). Del mismo modo no puede entenderse intromisión a la intimidad personal aquellas actuaciones que no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (STC 37/1989), como tampoco se infringe el derecho a la integridad física cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada por la Autoridad judicial” (F. Jco. 3º). En el mismo sentido se pronunciaría posteriormente la STC 7/1994, de 17 de enero.

Sin embargo, la STC 57/1994, de 28 de febrero, considera desproporcionada y que atenta contra la intimidad, la orden de desnudarse y hacer flexiones dada a un interno en un centro penitenciario, después de tener una comunicación íntima, con la finalidad de evitar que objetos y sustancias peligrosas pudieran ser introducidas en el establecimiento: la desnudez impuesta al destinatario de la medida 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.

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, pues ello quebrantaría su intimidad corporal; si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse recortado cuando exista la necesaria justificación, y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad.

No obstante, ello no ocurre así en el presente caso, por varias razones: de las actuaciones no se desprende que el examen visual del cuerpo del recluso hubiera de llevarse a cabo por personal del centro penitenciario adecuado para tal finalidad. De otra parte, a la situación de desnudez del recluso viene a agregarse otro elemento significativo como es que, en tal situación, aquél se halle obligado a practicar varias flexiones, lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse, por último, que por la posición inhabitual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña una situación susceptible de causar mayor sufrimiento psíquico a quien la sufre. De todo lo expuesto cabe concluir que, en el presente caso, la medida impugnada por el

recurrente de amparo no es conforme con la garantía del derecho a la intimidad personal contenida en el art. 18.1 CE en atención a los medios utilizados para su práctica (F. Jco. 7º).

VII.2. La intimidad genética

Como hemos visto en los apartados anteriores el contenido del derecho a la intimidad carece de límites precisos y se encuentra en constante evolución, no sólo por la distinta concepción que cada cual pueda tener de este derecho, sino también porque el desarrollo científico ha posibilitado la creación de nuevas técnicas de investigación, inimaginables en otra época, que inciden de lleno en el ámbito más personal del ser humano, al utilizar su propio cuerpo como medio de prueba y sobre todo porque a través de ellas se obtiene una gran cantidad de información perteneciente a la esfera más íntima del individuo.

Hoy en día los análisis genéticos permiten recabar mucha más información que la meramente identificatoria, se habla en este sentido de “información esencial”, porque afecta a la propia esencia de la persona, ya que cada individuo posee un código genético único y exclusivo (a excepción de los gemelos homocigóticos) que puede ser individualizado a través de muestras biológicas mínimas, de tal forma que cada persona posee un ADN propio y distinto de los demás¹⁸¹.

Así, mediante estos análisis podemos obtener una prueba de identificación, vital en una investigación criminal o en una demanda de paternidad, pero además nos pueden suministrar importantes datos sobre la denominada “herencia genética” de un individuo. El ADN contiene el código genético de cada persona que permite conocer, por ejemplo, la predisposición que tiene a padecer determinadas enfermedades o a transmitir las a sus descendientes¹⁸², es decir, pueden obtenerse

¹⁸¹ Véase CUESTA PASTOR, P. J., “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, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Granada, 2002, p. 77 y ss.

¹⁸² Los estudios científicos sobre el genoma humano permiten en la actualidad la identificación prematura de genes defectuosos que provocan distintas enfermedades. Así, es posible determinar que personas tienen la condición de portadoras, aquellas que no encontrándose en situación de riesgo portan genes que pueden transmitir a su descendencia; las portadoras de genes de enfermedades de manifestación tardía y las que son susceptibles de padecer enfermedades concretas dependiendo de diversos factores como los de carácter ambiental. Esto permite la

datos relevantes sobre su salud, su personalidad, sus potencialidades intelectuales e incluso sus tendencias sexuales o psicológicas.

Por tanto, la intimidad afectada en este ámbito no es únicamente de carácter individual, sino que se trata de datos familiares que se adquieren y se transmiten de forma hereditaria, de ahí que se hable de intimidad genética para hacer referencia a la información, altamente sensible, que los análisis genéticos permiten obtener de éste ámbito tan reservado y profundo de la esencia de una persona¹⁸³.

En este sentido, ROMEO MALANDA sostiene que la información genética, como conocimiento de “sí mismo”, forma parte de la propia realización de la persona y del derecho a la personalidad reconocido en el art. 10.1 CE del que es una proyección especial¹⁸⁴.

Este derecho ya aparece reconocido en el art. 7 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1998, que afirma que deberá protegerse, en las condiciones estipuladas por la ley, la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o con cualquier otra finalidad. Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997, ya señalaba en su art. 10.1 que *“toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud”*.

prevención y el tratamiento precoz de esas enfermedades, así como la elección de la descendencia para evitar que las padezcan sus hijos, pero también abre el camino al uso indebido de esa información tan íntima y confidencial de las personas.

¹⁸³ La STS 225/1989, de 13 de marzo, que analiza el caso de una atleta española excluida de la competición por presentar una alteración cromosómica, circunstancia dada a conocer por la Federación Española de Atletismo a los medios de comunicación, señala en su fundamento jurídico 1º que el patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma, pero sí hacer referencia a todos aquellos biológicos, espirituales o caracteriológicos que componen el ser de una persona, como pueden ser los datos analíticos o profesionales, cuya divulgación por el sujeto que los posee provoca una publicidad de los mismos, como ocurre con los análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos, etc. Añade el fundamento jurídico 3º que *“no puede arrogarse un derecho de información sobre la base de quebrantar un derecho fundamental como es el de la intimidad y existen siempre términos hábiles para divulgar la exclusión o baja de una atleta sin dar publicidad de algo tan íntimo y arcano que afecta a la personalidad de una persona, como es su conformación cromosómica”*.

¹⁸⁴ ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Granada 2006, p.146.

En este sentido, la Recomendación nº R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos, establece que la expresión "datos genéticos" se refiere a todos los datos, cualquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados. También se refiere a todos los datos sobre cualquier información genética que el individuo porte (genes) y a los datos de la línea genética relativos a cualquier aspecto de la salud o la enfermedad, ya se presente con características identificables o no.

Como señala SUÁREZ ESPINO, el derecho a la intimidad genética también se fundamenta, de forma implícita, en el art. 18 de la Constitución Española, que reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, y lo define como el derecho que confiere a su titular la facultad de determinar las condiciones en que se podrá acceder a la información contenida en sus genes, puesto que al igual que ocurre con la intimidad informática o la autodeterminación informativa, este derecho desborda el concepto clásico de intimidad: no es un simple derecho de defensa frente a injerencias externas no deseadas, sino que otorga a su titular un conjunto de facultades mucho más activas, como son los derechos de acceso, rectificación o cancelación¹⁸⁵.

Siguiendo a la citada autora, el derecho a la intimidad genética presenta un elemento objetivo, compuesto por el genoma humano y, por extensión, por cualquier parte del cuerpo humano cuyo análisis permita acceder a la información contenida en los genes, y otro subjetivo, constituido por el consentimiento del titular de este derecho y que resulta asimilable al concepto de autodeterminación informativa o facultad de control que tiene toda persona para determinar las condiciones en que se podrá acceder a sus datos personales.

Estamos ante un derecho subjetivo, que requiere el ejercicio efectivo por parte de su titular y le confiere la facultad de defenderse de intromisiones no consentidas

¹⁸⁵ SUÁREZ ESPINO, M. L., *El derecho a la intimidad genética*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 89. En la misma línea, otros autores, entre los que podemos señalar a SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J.C., "Nuevos retos biológicos en la investigación criminal", www.ical.es/locus/54/.../informe_retos_biológicos_investigación_criminal, también definen el derecho a la intimidad genética como el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética del individuo.

en su esfera privada, pero que al mismo tiempo presenta una dimensión objetiva que exige su garantía, protección y defensa por parte del Estado, incluso antes de que ese derecho resulte lesionado, mediante los correspondientes procedimientos y órganos de control. Con ello se trata de evitar tanto la extralimitación de los poderes públicos en este ámbito, por ejemplo, con fines de investigación criminal, como los posibles abusos de los particulares, como empresas o compañías de seguros interesadas en conocer el perfil genético de sus empleados y asegurados con para garantizar que contratan a personas sanas y más rentables económicamente¹⁸⁶.

Estos descubrimientos, que suponen un notable avance en el ámbito de la medicina y la salud, pueden también conducirnos a situaciones no deseadas, en las que se convierta al ser humano en un mero objeto de conocimiento, si se utilizan de forma abusiva, puesto que los datos genéticos permiten identificar a una persona y además revelar información desconocida por ella misma, como la posibilidad de padecer una enfermedad en el futuro o de que la padezcan sus hijos, así como información genética sobre otros parientes. La utilización de la informática en este ámbito, si bien ha permitido el avance de las investigaciones, incrementa también la posibilidad de que se produzcan arbitrariedades a través del cruce de información¹⁸⁷,

¹⁸⁶ En este sentido SUÁREZ ESPINO, ob.cit., p.90, aboga por la creación de un organismo público independiente, similar a la Agencia de Protección de Datos, que vele por la utilización no abusiva de la información genética.

Debemos tener en cuenta, aunque no se refiera a este tipo de información, pero sí a la relacionada con la salud de las personas, que la STC 196/2004, de 15 de noviembre, otorgó el amparo por vulneración del derecho a la intimidad personal, en el caso de un despido por falta de aptitud, deducido de un reconocimiento médico efectuado por la empresa, donde se detectó que la recurrente era consumidora de drogas, al no estar dicho reconocimiento justificado por riesgos laborales ni por el consentimiento de la trabajadora, que no fue informada de forma expresa al respecto: a la recurrente no se le comunicó ni por la empresa ni por sus servicios médicos cuál era la información buscada con los análisis médicos y, en concreto, no se le informó de que se analizaría su consumo de estupefacientes.

Así señala el Alto Tribunal, en los fundamentos jurídicos 7º y 8º que el trabajador tendrá que someterse conforme a la Ley, a pruebas y controles médicos como condición para el acceso o el mantenimiento del puesto de trabajo, sólo para la evaluación o identificación de patologías o condiciones de salud contraindicadas para el trabajo, pero el convenio colectivo no puede introducir en la regulación de los reconocimientos médicos elementos incompatibles con la protección que otorga el art. 18.1 CE, añadiendo restricciones no previstas en la Ley.

¹⁸⁷ En este sentido la denominada “teoría del mosaico”, a la que ya nos hemos referido en un epígrafe anterior, pone de manifiesto que el entrecruzamiento de datos de carácter personal, que aisladamente considerados no aportan una información significativa, cuando se unen y combinan entre sí, pueden llegar a revelar detalles de carácter íntimo del individuo, por ejemplo, un análisis de ADN realizado en el seno de una investigación policial o judicial puede poner de manifiesto la existencia de una filiación desconocida para esa persona hasta entonces.

ya que cada vez resulta más sencillo acceder a las bases de datos de cualquier entidad, pública o privada.

Igualmente el estudio del genoma humano¹⁸⁸ posibilita el conocimiento de características de la personalidad del individuo como la capacidad intelectual, el carácter, cualidades físicas, etc. Todo ello permitiría clasificar a las personas en categorías de riesgo o incluso utilizar los análisis genéticos como instrumento de control social; así, por ejemplo, el conocimiento estos datos haría posible que una empresa no contratase a las personas que pudieran padecer una grave enfermedad o que una compañía de seguros se negase a cubrir el riesgo de quien presentase esa probabilidad en su herencia genética. Por tanto, el conocimiento indebido de estos datos podría generar situaciones de discriminación o, incluso, la estigmatización de una persona por motivos biológicos; de ahí que los ordenamientos jurídicos deban establecer estrictas medidas de control sobre el almacenamiento y transmisión de este tipo de información, altamente sensible pero igualmente necesaria en nuestros días, sin perjuicio de la responsabilidad penal o, en su caso, disciplinaria, en la que puedan incurrir aquellos que utilicen o difundan datos genéticos de forma ilegal.

Hoy en día puede obtenerse una muestra biológica, para acceder al perfil genético de un individuo¹⁸⁹, sin necesidad de realizar una extracción sanguínea, por

¹⁸⁸ El genoma humano es un término que se utiliza para describir el contenido total de ADN en cada célula humana y contiene el conjunto de instrucciones (código genético) para la síntesis de las proteínas, que son, en última instancia las responsables de la fisiología y morfología de las células, que, a su vez, son los componentes básicos de nuestros tejidos y órganos (Véase al respecto ALONSO ALONSO, A., “*Conceptos básicos de ADN forense*”, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004, p. 1861).

¹⁸⁹ Un *gen* es un segmento de ADN que contiene la información para la síntesis de una proteína. Se estima que el número de genes humanos es de 30.000 aunque solo representan una pequeñísima fracción (2-3 por 100) del ADN total de una célula. El resto de ADN, que representa la fracción mayoritaria del genoma nuclear humano, está compuesto en gran parte de secuencias de ADN repetitivo sin una función clara y que se suele denominar «ADN no codificante» en el sentido de que no codifica información para la síntesis de proteínas. Es el que más interés tiene en genética forense, ya que se trata de regiones de ADN con una gran variabilidad de tamaño entre los individuos de la población.

Un «*perfil genético*» es el patrón de estos fragmentos cortos de ADN ordenados por su tamaño. Dicho patrón es fácilmente convertible en un sencillo código numérico muy fácil de almacenar, manejar y comparar, ofreciendo un alto poder de discriminación genética tanto en la identificación de vestigios biológicos de interés en la investigación criminal como en la investigación biológica de la paternidad ya que estos perfiles genéticos tienen una procedencia al 50 por 100 paterna y materna. (Véase al respecto de ambas definiciones y para mayor información ALONSO ALONSO, A., “*Conceptos básicos de ADN forense*”... p.1863).

ejemplo, mediante la toma de saliva, la recogida de una colilla o el análisis realizado a sus familiares, es decir, no siempre es necesario acordar una intervención corporal, con la consiguiente injerencia en su integridad física, para poder practicar una prueba de ADN; ello no significa, sin embargo, que en estos casos se mantenga indemne la intimidad del sujeto porque la información que ese análisis nos puede facilitar afecta a la naturaleza más recóndita del ser humano.

En este sentido la STS 803/2003, de 4 de junio, señala con relación a la extracción de saliva del imputado: *“Como se sabe, el conocimiento del perfil genético de un individuo, al que cabe acceder a través de la determinación de su ADN, permite obtener información amplia y muy sensible sobre sus características biológicas, razón por la que la materia, en principio, concierne directa e intensamente al derecho a la intimidad personal. Ahora bien, 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 pudiera obtenerse por cualquier otro procedimiento de los que permiten una identificación fiable. Con lo que, tanto desde el punto de vista del modo de operar sobre el sujeto, como por razón del fin, la prueba en cuestión no representó una intromisión relevante en el ámbito de la integridad física y tampoco en el de la intimidad del recurrente”*.

Siguiendo en esta materia a ALONSO ALONSO, podemos distinguir entre ADN codificante, para referirnos a los genes con información para la síntesis de proteínas, y no codificante o relativo a las regiones de ADN cuya secuencia no aporta dicha información (características físicas, predisposición a padecer enfermedades, etc.) sino que lo único que proporciona su estudio es un código anónimo diferenciador denominado “perfil genético”, formado por una colección de fragmentos de ADN ordenados de acuerdo a su tamaño que son característicos de cada individuo¹⁹⁰.

Esta información carece de valor hasta que es comparada con otro perfil anónimo de una muestra de referencia para establecer la identidad o la no identidad

¹⁹⁰ Ob. cit., p. 1867 y ss.

genética entre las muestras comparadas o su grado de parentesco genético. Por tanto, el perfil genético que se obtiene del ADN no codificante es como el código de barras que sirve para identificar un producto pero que no indica nada sobre sus características, de ahí que algunos autores¹⁹¹ sostengan que su utilización con fines identificativos es similar a la reseña dactilar.

No obstante, desde la perspectiva de una posible afectación del derecho a la intimidad sí existen notables diferencias entre estas dos técnicas: de la huella dactilar sólo se pueden obtener datos identificativos, mientras que de la muestra biológica con la que se realiza el análisis de ADN se podrían estudiar otras regiones codificantes, es decir, se podrían estudiar un número cada vez más amplio de genes que revelarían datos de gran trascendencia para el individuo, como la posibilidad de acceder a todo su genoma a partir de una muestra de saliva.

Sin embargo, algunos autores ponen de manifiesto que el perfil de ADN puede revelar información sobre la etnia del sujeto, aunque no se aprecie en sus rasgos externos, sobre su sexo cromosómico, sobre alguna anomalía del mismo o bien sobre una adscripción psicológica y social al sexo distinta de la genética, no debiendo descartarse que en el futuro los estudios sobre ADN no codificante nos puedan proporcionar todavía una mayor información de la que hoy conocemos.

También debemos recordar que la definición de “datos genéticos” prevista en la Recomendación nº R (97) 5 del Consejo de Europa, a la que aludimos con anterioridad, se refiere a todos los datos sobre cualquier información genética que el individuo porte, tenga o no características identificables; se trata, por tanto de datos que afectan a la salud de las personas y que deben gozar de la protección específica prevista para este tipo de datos de carácter personal¹⁹².

¹⁹¹ En este sentido ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008, p.117. ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000, p.194; y HERRERO TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, Cóllex, 1998, p.124.

¹⁹² Véase al respecto ROMEO CASABONA, C. M. y ROMEO MALANDA, S.: “*Los identificadores de ADN en el sistema de justicia penal*”, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 62 y ss. Estos autores sostienen que debería otorgarse a toda información biológica y, en concreto, a los perfiles de ADN, la misma protección que a los datos sobre la salud, aunque ambas categorías tengan una naturaleza y, en principio, un contenido diverso, deber ser equiparados en su tratamiento jurídico.

Otro aspecto fundamental que distingue el análisis genético de la huella dactilar radica en que mediante aquél puede determinarse el tipo de fluido o de tejido biológico del que proviene el ADN, dándonos así una valiosa información sobre la comisión de un delito o el grado de implicación de una persona en el mismo, puesto que no es igual, ni parangonable, detectar la huella dactilar del sospechoso en la escena del crimen que identificar restos de su semen en el interior del cuerpo de la víctima.

Sin embargo, hoy en día no podemos obviar la información primordial que nos proporcionan estas nuevas técnicas de investigación, en aras de la defensa del derecho a la intimidad, que como todos los derechos fundamentales no tiene carácter absoluto¹⁹³, por lo que, teniendo en cuenta la doctrina sobre el principio de proporcionalidad seguida por nuestra jurisprudencia¹⁹⁴, debemos optar por los métodos y aplicaciones que resulten menos lesivos y, en consecuencia, utilizar en los análisis genéticos el denominado ADN no codificante, tal y como recoge la LO 10/2007, de 8 de octubre, como veremos más adelante, que permite la identificación del individuo protegiendo otros aspectos básicos de su intimidad genética.

VII.2.1) El tratamiento de datos genéticos de carácter personal en el ámbito médico: los bancos de datos genéticos poblacionales y los biobancos de muestras biológicas para investigación biomédica. El deber de informar a terceros interesados y el derecho a no saber

Para obtener legalmente los datos genéticos de una persona es preciso su consentimiento expreso¹⁹⁵, que deberá recabarse tras haberle informado de modo

¹⁹³ A título de ejemplo recordar las SSTC 73/82, 170/87 y 142/93 que, entre otras muchas, recogen la reiterada doctrina de nuestro Alto Tribunal de que los derechos fundamentales, por el mero hecho de serlo, no resultan intocables, sino que pueden ser limitados y su virtualidad restringida como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, es decir, pueden ceder en ciertos casos ante exigencias públicas por no ser derechos de carácter absoluto.

¹⁹⁴ Este principio se analiza en el Capítulo IV del presente trabajo.

¹⁹⁵ El art. 7.3 de la LO 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal establece: “Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”. Por tanto, no es preciso que dicho consentimiento se preste por escrito. El párrafo 6 de dicho precepto señala que “Podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo,

preciso y adecuado sobre las circunstancias relativas al tratamiento de esa información, por ejemplo, quién es el responsable del fichero, los derechos de control que le asisten, la finalidad que se persigue con la recogida de esos datos, etc. Dicho consentimiento podrá ser revocado con las limitaciones previstas para la documentación clínica, que deberá conservarse para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial¹⁹⁶.

Una de las cuestiones más polémicas, con relación a la recogida de datos genéticos, es la creación de bancos poblacionales mediante el análisis masivo de muestras biológicas humanas. Estas bases de datos presentan indudables beneficios en el ámbito médico, por ejemplo, poder estudiar la influencia que los factores genéticos y medioambientales tienen en la aparición o el desarrollo de algunas enfermedades, lo que, sin duda, mejorará su forma de prevención y su tratamiento, pero también presentan problemas jurídicos o incluso importantes dudas de carácter ético, como recabar el consentimiento informado de los titulares de los datos, la conveniencia o no de informar sobre los hallazgos inesperados, evitar el uso indebido de los datos de manera discriminatoria, etc. No debemos olvidar que, a diferencia de lo que ocurre con el perfil genético, los estudios poblacionales y la investigación biomédica precisan del análisis de ADN codificante, por lo que la información que se extrae de los mismos es mucho más reveladora de las características específicas del individuo, afectando por ello de forma mucho más grave a su intimidad genética.

Destacan en este ámbito los bancos de datos creados en Islandia y en Estonia, que fueron los primeros países en acopiar este tipo de información. En el

cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”.

¹⁹⁶ Art. 17.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente. Por su parte, el art. 39 del RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, prevé que los documentos que constituyen el archivo maestro del mismo deberán conservarse según su normativa específica o, en su caso, las directrices de la Comisión Europea que publicará el Ministerio de Sanidad y Consumo.

primer caso se hizo mediante la Ley 139/1998, sobre bases de datos en el sector de la salud, constituida por las historias clínicas de la población islandesa con fines sanitarios, como la mejora de los tratamientos, aunque también con fines de investigación. Sin embargo, pronto surgió la polémica al ceder el gobierno de aquel país su explotación en exclusiva, a una empresa privada americana, lo que comprendía el acceso a los datos de los pacientes del sistema nacional de salud sin el consentimiento expreso de éstos, que sólo podrían oponerse a la utilización de esa información con efectos futuros, es decir, para evitar la incorporación de nuevos datos, pero no impedía el uso de los que ya había en el banco. Tampoco se establecían garantías suficientes para asegurar la confidencialidad de los datos, aunque se encriptasen algunos, como el nombre y el domicilio. Todo ello, unido a que la cesión se había hecho de forma exclusiva a una entidad privada extranjera, que evidentemente pretendía la obtención de beneficios económicos, llevó a que la Corte Suprema Islandesa declarase en 2003 que la ley no protegía de forma adecuada los datos personales de los ciudadanos y motivó que la empresa cesionaria optase por utilizar únicamente el material biológico donado de forma voluntaria.

La Ley promulgada en Estonia, de 13 de diciembre de 2000, sobre investigación con genes humanos, aprendió de los errores islandeses, admitiendo únicamente los datos de personas que, de forma voluntaria y expresa, han prestado su consentimiento informado para ser incluidos en ese banco gestionado por la Fundación Estonia del Genoma, garantizándose la confidencialidad de la información mediante un encriptado de mayor calidad.

Como señalan ROMEO CASABONA y ROMEO MALANDA, estas experiencias ponen de manifiesto que las bases de datos genéticos pueden ser utilizadas para fines muy diferentes a las que fueron creadas y, por tanto, ajenos a los intereses de los ciudadanos, pues hay una tendencia de subordinar la norma a la tecnología y no al revés, lo que pone en peligro las relaciones tradicionales entre médico y paciente, con sus derechos y deberes respectivos¹⁹⁷.

¹⁹⁷ ROMEO CASABONA, C. M. y ROMEO MALANDA, S.: *“Los identificadores de ADN en el sistema de justicia penal”*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 151.

Diferentes a las anteriores son las bases de datos biogenéticas en las que los investigadores almacenan la información que obtienen en sus estudios y la ofrecen a la comunidad científica, generalmente a cambio de una contraprestación económica, para desarrollar nuevos proyectos.

En definitiva, la utilización de muestras biológicas en la investigación biomédica puede generar algunos problemas que no siempre están previstos en las normas que regulan este tipo de experimentación con material biológico de origen humano, puesto que no se trata de ensayos clínicos, dado que no se experimenta directamente con seres humanos, sino con una parte que ha sido separada de su cuerpo y que tienen un origen diverso como los desechos quirúrgicos, los restos de pruebas diagnósticas como los derivados de las extracciones de sangre, biopsias o la placenta, el cordón umbilical, etc., así como las obtenidas mediante la donación de órgano, tejidos o embriones. La posibilidad de destinar este material, y la información en él contenida, a fines distintos de los inicialmente previstos genera conflictos tanto éticos como jurídicos.

La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, define en su art. 3 los biobancos como establecimientos públicos o privados, sin ánimo de lucro, que acogen una colección de muestras biológicas concebida con fines diagnósticos o de investigación biomédica y organizados como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino. Sus objetivos son promocionar la investigación científica poniendo a disposición de los investigadores material biológico de origen humano, adecuadamente clasificado y conservado, así como prevenir el tráfico ilícito de este tipo de muestras, partiendo de la cesión gratuita de las mismas, aunque repercutiendo los costes que origine su obtención, procesamiento, conservación y entrega¹⁹⁸. Igualmente asumen los biobancos el procedimiento relativo al consentimiento del sujeto y de sus datos personales.

El art. 5 de la citada Ley establece las normas relativas a la protección de datos personales y a las garantías de confidencialidad. Así, se garantizará la protección de la intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos personales que resulten de la actividad de investigación biomédica, conforme a lo

¹⁹⁸ Art. 69 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Las mismas garantías serán de aplicación a las muestras biológicas que sean fuente de información de carácter personal.

La cesión de datos de carácter personal a terceros ajenos a la actuación médico-asistencial o a una investigación biomédica, así como los datos obtenidos del sujeto fuente que pudieran revelar información de carácter personal de sus familiares, requerirán el consentimiento expreso y escrito del interesado. También se prohíbe la utilización de datos relativos a la salud de las personas con fines distintos a aquéllos para los que se prestó el consentimiento.

Los datos genéticos de carácter personal sólo podrán ser utilizados con fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia cuando el sujeto interesado haya prestado expresamente su consentimiento, o cuando dichos datos hayan sido previamente anonimizados. En casos excepcionales y de interés sanitario general, la autoridad competente, previo informe favorable de la autoridad en materia de protección de datos, podrá autorizar la utilización de datos genéticos codificados, siempre asegurando que no puedan relacionarse o asociarse con el sujeto fuente por parte de terceros¹⁹⁹.

VII.2.1.a) El deber de informar a terceros interesados y el derecho a no saber

Como ya hemos apuntado con anterioridad, los avances científicos han demostrado la importancia del factor hereditario en el desarrollo de algunas enfermedades de carácter genético, de forma que si una persona es proclive a padecer una determinada patología, sus parientes más cercanos pueden presentar esa misma predisposición. Esto hace que se plantee la posibilidad de que esos datos genéticos no sean tratados solamente como datos personales, sino que también pudieran tener la consideración de datos familiares. Sin embargo, como señala SUÁREZ ESPINO, no podemos hablar de un derecho de los familiares más próximos a ser informados de los resultados de ese análisis, porque el titular de los

¹⁹⁹ Art. 50. 2 y 3 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

datos y, por tanto, el único que puede disponer de ellos es el sujeto al que se le ha practicado la prueba genética²⁰⁰.

No obstante, ante la gravedad de los resultados y la negativa del interesado a no informar a su familia, parecería lógico que el facultativo comunicase el hallazgo obtenido a los parientes con mayor riesgo de padecer la enfermedad, es decir, a los más próximos en grado, que son los que presentan más similitudes genéticas, a los fines de su prevención y tratamiento. Por tanto, el deber de confidencialidad del médico, sólo cedería cuando ese fuese el único medio para evitar un perjuicio grave y sólo se revelen los datos que resulten estrictamente necesarios para evitarlo.

En este sentido se manifiesta la Recomendación nº 3, de 10 de febrero de 1992, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre pruebas genéticas y de cribado con fines sanitarios, al señalar en el principio 9, que regula el secreto profesional, que *“en el caso de grave riesgo genético para otros miembros de la familia, deberá considerarse, de acuerdo con la legislación nacional y las normas deontológicas, el informar a los familiares sobre extremos pertinentes a su salud o a la de sus futuros hijos”*. El principio 11, relativo a los descubrimientos inesperados, prevé igualmente que la comunicación de este tipo de hallazgos, a los familiares de la persona sometida a las pruebas, será autorizada por la legislación nacional únicamente si aquélla se niega expresamente a informarles, incluso cuando corran peligro sus vidas.

Por otra parte, uno de los derechos fundamentales del paciente es recibir de los facultativos que le atienden la información apropiada, de forma que le resulte comprensible, sobre su estado de salud. No obstante, la doctrina²⁰¹ se plantea si esto impone al médico, en todo caso, la obligación de suministrar esa información, aún en contra de la voluntad del enfermo, es decir, si existe lo que se ha denominado “el derecho a no saber”. Este derecho se incluiría dentro del ámbito de la autodeterminación informativa, concretándose en el derecho de su titular a no ser informado sobre determinadas cuestiones que le afecten, es decir, a decidir la

²⁰⁰ SUÁREZ ESPINO, M. L., *El derecho a la intimidad genética*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 98.

²⁰¹ SUÁREZ ESPINO, M. L., *El derecho a la intimidad genética*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 104 y ss.

cantidad de información que quiere recibir al igual que puede decidir los datos que quiere que conozcan los demás sobre su vida.

Se habla así de un derecho que proteja a los ciudadanos frente al impacto que puede ocasionarle recibir una información que él no ha solicitado y que adquiere especial relevancia en el ámbito de los análisis genéticos, mediante los cuales podrá enterarse de que va a padecer una determinada enfermedad, de que puede transmitirla a sus hijos o incluso la existencia de filiaciones desconocidas o el conocimiento de que la que tenía atribuida no se corresponde con la realidad.

El art. 10 del Convenio de Oviedo²⁰², después de establecer que toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud, prevé, sin embargo, que deberá respetarse su voluntad a no ser informada y que, de modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de estos derechos.

Pocos meses después, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano aprobada por la Asamblea General de la ONU el 11 de noviembre de 1997, en su art. 5.c) establece que se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias.

Con respecto a la legislación interna española, en la Ley de Autonomía del Paciente la renuncia a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente²⁰³. Tal previsión resulta lógica si tenemos en cuenta que todavía diferentes patologías no disponen de terapia alguna y solamente podemos saber que se van a producir, con el correspondiente impacto en la vida del afectado, al que tampoco puede aplicársele, de momento, remedio para esa enfermedad.

²⁰² Art. 10.2 y 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997.

²⁰³ Art. 9.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente.

VII.2.2) Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal

Como hemos visto, el ADN se ha convertido en un instrumento esencial de la moderna medicina forense que es utilizado en la investigación de muchos delitos por las autoridades judiciales y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Su principal baza, la comparación de perfiles genéticos, constituye a la vez su mayor limitación en aquellos casos en los que no existe autor conocido, ni siquiera sospechoso con el que comparar el ADN extraído de la muestra biológica que poseemos. Por ello desde hace años se han creado en diferentes países las denominadas bases de datos de ADN con fines de investigación criminal²⁰⁴, que permiten el tratamiento automatizado de los perfiles genéticos con la finalidad de realizar una comparación sistemática de los mismos entre diferentes causas penales, lo que está permitiendo reducir el índice de delitos sin autor conocido, especialmente en relación a los que presentan una reincidencia alta. Así, la coincidencia entre distintos perfiles de ADN extraídos de vestigios anónimos, revela la presencia de un mismo perfil en diferentes escenas criminales y permite relacionar distintos delitos con un mismo individuo; si además coincide con el perfil correspondiente a un sospechoso o a un condenado, obtendremos un dato identificativo de primera magnitud sobre la procedencia individual del vestigio.

Estas bases de datos también resultan de gran utilidad en los procesos de identificación humana que se realizan en casos de conflictos bélicos o después de grandes catástrofes, pues afectan a un gran número de víctimas y el grado de conservación de sus cuerpos no permite, en muchos casos, su identificación; por ello

²⁰⁴ La creación de bases de datos con perfiles genéticos de personas puede obedecer a distintas finalidades y no sólo a la investigación criminal. Así, puede tener por objeto la resolución de conflictos relativos a la filiación, como sucedió con el Banco Nacional de Datos Genéticos de Argentina, creado en 1993 con el fin de obtener y almacenar información genética que permitiese esclarecer la identidad de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio durante la dictadura militar de ese país; o como puede ocurrir en España, si prosperan las peticiones formuladas, en tal sentido, por las asociaciones de afectados en el llamado “Caso de los niños robados”, relativo a la desaparición tras el parto, en diferentes hospitales, de bebés recién nacidos que se dieron por muertos y presuntamente fueron “vendidos en adopción” a otras familias.

Igualmente pueden responder a fines médicos o farmacéuticos como las creadas en Islandia o en Estonia. En otros casos, como sucede en Estados Unidos, se crean bases de datos de perfiles de ADN con fines de identificación de personas que por su profesión tienen un mayor riesgo de fallecimiento o desaparición en circunstancias excepcionales, como son los miembros de las Fuerzas Armadas. En el País Vasco se creó en 2004 un fichero de desaparecidos en la Guerra Civil Española, que permita su identificación relacionando los datos de los restos que se encuentren en las fosas comunes con los de sus familiares.

el perfil genético obtenido de estos restos humanos puede ser comparado de forma sistemática con los perfiles de ADN obtenidos a partir de muestras de referencia de familiares o de muestras *ante-mortem* de las propias víctimas contenidas en un cepillo de dientes, un peine, etc.

No obstante, la creación de estos ficheros en los que se archivan los resultados de los test genéticos realizados a los vestigios biológicos, hallados en la escena del crimen u obtenidos mediante una intervención corporal, provoca la colisión de derechos contrapuestos: los del individuo cuyos datos personales se almacenan en un sistema informático, con el consiguiente riesgo de una indebida transmisión o divulgación de los mismos, y el interés público en la resolución de los delitos, fin para el que hoy en día las nuevas tecnologías constituyen un instrumento esencial. De este modo surgen dudas sobre qué información ha de registrarse, sobre qué delitos, ¿los graves, los de carácter sexual por su elevada reincidencia?, ¿los datos relativos a los imputados o los condenados?, etc²⁰⁵.

No cabe duda que la creación de ficheros de este tipo para luchar contra la criminalidad debería ser regulada por una ley específica, basada en el principio de proporcionalidad; las bases de carácter universal que incluyesen los perfiles de ADN de toda la población o de amplios sectores de la misma, colisionaría con distintos derechos fundamentales, al aportar, como ya dijimos, una información sobre el individuo mucho mayor que la contenida en los ficheros de huellas dactilares; ello dificultaría el control de su contenido y aumentaría el riesgo de su utilización abusiva o indebida. Un menor reproche obtienen, sin embargo, los ficheros relativos a delitos

²⁰⁵ La Recomendación nº 1, de 10 de febrero de 1992, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la utilización de los análisis de ADN dentro del marco de la administración sistema de justicia penal prevé la realización de estas pruebas con gran amplitud, considerando que deben ser autorizadas en todos los casos en que resulten apropiadas, cualquiera que sea el grado de gravedad de la infracción, para facilitar el derecho de defensa del sospechoso o del acusado en poder demostrar su inocencia. Sin embargo, resulta más restrictiva en cuanto a la incorporación de los resultados de los análisis genéticos a ficheros automatizados, considerando que deberá tratarse de delitos graves que atenten contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas.

La legislación de los países de nuestro entorno tampoco es uniforme en esta materia, en algunos como Francia tenían inicialmente un carácter muy restringido ya que sólo se incluían en esos ficheros los resultados relativos a delitos sexuales, pero poco a poco se fue ampliando a otros injustos penales, abarcando prácticamente todos los castigados con penas de prisión; otros como Inglaterra, tienen un carácter verdaderamente extenso, incluyendo en el archivo biológico a toda persona que a juicio de la policía sea idóneo incluir (criminales condenados, acusados, arrestados e incluso autores de infracciones administrativas). Véase al respecto SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J.C., "Nuevos retos biológicos en la investigación criminal", www.ical.es/locus/54/, p. 22.

de carácter grave y violento, como los que suponen un ataque contra la vida, la integridad de las personas o la libertad sexual, debido al importante grado de reincidencia que existe en este tipo de criminalidad, lo que permitiría la identificación con relación a delitos que en el futuro pudiesen cometer estas personas.

En el caso del material biológico de las víctimas y de los vestigios encontrados en la escena del crimen, perteneciente a autores no identificados (lo que se denomina la muestra dubitada), no ofrece mayores problemas al contar, en el primer caso, con el consentimiento de la persona interesada y no afectar a la intimidad de ningún individuo en concreto, hasta que no tenga lugar la identificación, en el segundo supuesto²⁰⁶.

Por tanto, el carácter sensible de estos datos, el importante grado de protección con el que deben contar y su posible utilización en ulteriores investigaciones, propició que desde hace años se reclamase, desde diversos ámbitos, la regulación específica de esta materia en nuestro país. En el año 2003 la disposición final primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de proporcionar cobertura jurídica a determinadas prácticas de investigación.

La nueva redacción dada a los artículos 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal consistió, esencialmente, en regular la posibilidad de obtener el ADN a partir de muestras biológicas provenientes de pruebas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, de manera que dichos perfiles de ADN puedan ser incorporados a una base de datos para su empleo en esa concreta investigación. Sin embargo, la reforma no contempló otros aspectos importantes, como la posibilidad de crear una base de datos en la que, de manera centralizada e integral, se almacenase el conjunto de los perfiles de ADN obtenidos, a fin de que pudiesen ser utilizados, posteriormente, en investigaciones distintas o futuras, incluso sin el consentimiento expreso del titular de los datos. Hasta ese momento, en nuestro país, los datos almacenados se utilizaban fundamentalmente para la identificación de cadáveres y la determinación de relaciones de parentesco.

²⁰⁶ Véase más ampliamente ROMEO CASABONA, C.M. y ROMEO MALANDA, S.: *Los identificadores de ADN en el sistema de justicia penal*, Aranzadi, Navarra, 2010, p.157 y ss.

Así, existían varios ficheros de perfiles de ADN y vestigios biológicos, pertenecientes a distintos cuerpos de seguridad, inconexos entre sí, cuya cobertura legal se basaba únicamente en la orden ministerial que los había creado y en la legislación sobre protección de datos. En este sentido, en 1994 se crea en el Cuerpo Nacional de Policía una base de datos para la identificación de implicados en delitos mediante bandas de ADN, para usos de investigación policial²⁰⁷. En el año 2000 se crean el fichero “ADN Humanitas”, para la identificación genética de restos cadavéricos, y el “ADN Veritas” de vestigios y muestras para su cotejo con muestras indubitadas, que reemplaza al creado en 1994²⁰⁸.

Por su parte, la Guardia Civil contaba desde 1998 con el fichero “FÉNIX” para la identificación genética de personas desaparecidas y de cadáveres sin identificar²⁰⁹ y, mediante OM de 7 de marzo de 2000, se creó la Base de Datos de ADN de Interés Criminal (ADNIC), donde se archivan los datos obtenidos de vestigios biológicos encontrados en la escena del crimen y de otras muestras biológicas desconocidas relacionadas con una investigación criminal. Igualmente, dentro de su ámbito territorial respectivo, la Ertzaintza en el País Vasco y los Mossos d’Esquadra en Cataluña, contaban con ficheros de esta naturaleza, respectivamente, desde 2003 y 2007.

Sin embargo, la continua globalización de los delitos y la asunción por parte de España de una serie de obligaciones con otros países en esta materia, para compartir la información disponible en los respectivos ficheros y bases de datos, exigían la adopción de medidas materiales y jurídicas adecuadas. De ahí la promulgación de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, cuyo objetivo fundamental es, tal y como señala su artículo 1, la creación de una base de datos en la que de manera única, se integren los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en los que se almacenan los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN que se hayan realizado en el marco de una investigación criminal, o en los procedimientos de identificación de cadáveres o de averiguación de personas

²⁰⁷ Mediante Orden Ministerial de 26 de julio de 1994.

²⁰⁸ Ambos ficheros fueron creados mediante la Orden del Ministerio del Interior, de 21 de septiembre de 2000, que sustituye a la de 1994.

²⁰⁹ Creado por la OM de 18 de marzo de 1998.

desaparecidas, y que orgánicamente se integra en el Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad.

Según el art. 3 se inscribirán 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 y el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de delincuencia organizada. También 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 no precisará el consentimiento del afectado, que 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. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.

El art. 4 prevé que sólo podrán inscribirse en la base de datos policial 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. Estos datos sólo podrán utilizarse por las unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como por las autoridades judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos antes señalados y podrán cederse a la policía y las autoridades judiciales de países terceros de acuerdo con lo establecido en los convenios internacionales ratificados por España, a las policías autonómicas y al Cuerpo Nacional de Inteligencia (art. 7).

De lo expuesto se deduce que los datos inscritos pueden utilizarse en la investigación concreta para la que fueron obtenidos, o bien en otras que se sigan por la comisión de los delitos señalados en el art. 3, que son los que revisten una mayor gravedad y repercusión social. A ello debemos añadir que no se permite la inclusión

de perfiles de ADN de carácter codificante, es decir, que puedan revelar cualquier dato o característica genética que no sea la identidad o el sexo del sujeto.

Otro aspecto esencial de la Ley es la posibilidad de ceder los datos archivados, pues el uso de esta información es lo que en realidad justifica la creación del archivo. Corresponde a la Policía Judicial remitir los identificadores para su inscripción en la base de datos, procediendo con todas las garantías desde la recogida del vestigio, su traslado, conservación y custodia, hasta la anotación de los datos, evitando de esta forma que puedan resultar contaminados y provocar la invalidez de la prueba.

La conservación de los identificadores no superará el tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito o para la cancelación de antecedentes penales si hubiese sentencia condenatoria. En todo caso se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria, una vez que sean firmes dichas resoluciones.

En el supuesto de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá una vez transcurrido el tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito. Los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento. Los identificadores obtenidos a partir del ADN respecto de los que se desconozca la identidad de la persona a la que corresponden, permanecerán inscritos en tanto se mantenga dicho anonimato, una vez identificados, se aplicará lo ya señalado a efectos de su cancelación (art. 9).

Por lo que respecta al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en relación con la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN se podrá efectuar en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo.

Por último, la Disposición Adicional Tercera, que debemos traer a colación, regula la obtención de muestras biológicas y señala que para la investigación de los delitos enumerados en el artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado (muestra indubitada), así como del lugar del delito (muestra dubitada). 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 ello se desprende que las muestras dubitadas que sean halladas en el escenario delictivo podrán ser recogidas directamente por la policía judicial, sin intervención judicial, pero garantizándose siempre la cadena de custodia de las mismas. En este sentido la STS 685/2010, de 7 de julio, distingue varios supuestos en relación con la toma de muestras para la obtención del ADN:

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, aún 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 judicial²¹⁰.

²¹⁰ STS 685/2010, de 7 de julio, F. Jco. 2º.

VII.2.2.a) Breve referencia al Derecho Comparado

La creación de bases de datos de ADN con fines de investigación criminal, que permitan intercambiar información entre los Estados miembros, ha sido impulsada desde las instituciones comunitarias a través de sendas Resoluciones del Consejo relativas al intercambio de resultados de análisis de ADN, de 9 de junio de 1997 y de 25 de julio de 2001, respectivamente. En el mismo sentido se ha venido pronunciando el Consejo de Europa a partir de la Recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, de su Comité de Ministros, sobre la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal.

Se trató así de que estos ficheros se estructurasen mediante una normativa común que facilitase el intercambio de información entre los distintos países, con la finalidad de contar con un instrumento de identificación esencial en la lucha contra el delito, sobre todo, aunque no de forma única, el de ámbito internacional, como en el caso de narcotráfico, trata de seres humanos²¹¹, terrorismo, etc.

Se establecen así directrices de carácter genérico, referidas, por ejemplo, a la toma de las muestras biológicas y las garantías necesarias para proteger la integridad física de las personas, sobre la protección de los datos de carácter personal que se intercambien, la no utilización para fines distintos de la identificación en el marco de una investigación criminal, la eliminación de los datos cuando ya no sean necesarios, etc.

Sin embargo, en cuestiones fundamentales, como las condiciones de almacenamiento de la información, a qué delitos se referirá ésta o los períodos de conservación de los datos en caso de condena, se deja a los Estados miembros decidir libremente; y también se permite que los datos obtenidos de los análisis realizados con fines médicos puedan ser usados en una investigación criminal en las circunstancias expresamente establecidas en el derecho nacional.

El 27 de mayo de 2005, diversos Estados, entre ellos España, firman el Tratado de Prüm, relativo a la cooperación transfronteriza, en particular en materia

²¹¹ Sobre esta cuestión, puede consultarse GARCÍA VÁZQUEZ, S. y FERNÁNDEZ OLALLA, P., *La trata de seres humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal²¹². Este convenio prevé la creación de ficheros nacionales de análisis de ADN, la consulta automatizada de los perfiles de ADN entre los agentes policiales de los Estados parte, la comparación automatizada de esos perfiles y la obtención de material genético molecular y la transmisión de perfiles de ADN solicitados por la policía de un Estado a la de otro donde se encuentra la persona que es investigada.

Más recientemente, la Decisión-Marco 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, cuyo objeto es intensificar la cooperación en esta materia, especialmente el intercambio de información entre las autoridades responsables de la persecución de los delitos, establece las disposiciones de protección de datos que rigen la transferencia automatizada de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y datos de registros nacionales de matriculación de vehículos.

El funcionamiento de estos ficheros y su régimen jurídico difiere de forma notoria según el país de que se trate. En Reino Unido la base de datos de ADN tiene un carácter único y central, contiene información verdaderamente extensa, incluyendo en el archivo biológico a toda persona que a juicio de la policía sea idóneo incluir (criminales condenados, acusados, arrestados e incluso autores de infracciones administrativas). No obstante, esta normativa se verá afectada por la Sentencia de 2008, dictada en esta materia por el TEDH y que analizamos un poco más adelante. En Holanda la creación de un registro central sobre perfiles de ADN se realiza por ley que es objeto de desarrollo reglamentario posterior donde se regulan la destrucción de los datos, los plazos de mantenimiento, etc. En Francia se creó en 1998 el Fichero Nacional automatizado de huellas genéticas que tenía inicialmente un carácter muy restringido ya que sólo se incluían en él los resultados relativos a delitos sexuales, pero poco a poco se fue ampliando a otros delitos penales, abarcando hoy prácticamente a todos los castigados con penas de prisión; fija el mantenimiento de los identificadores de ADN en cuarenta años para los condenados por delito y en veinticinco para los demás casos.

²¹² Inicialmente este Tratado fue firmado por Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Holanda y Luxemburgo. Posteriormente se adhirieron al mismo Eslovenia, Finlandia, Italia y Portugal.

Por último, es preciso señalar que las legislaciones internas deberán adaptarse a la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 4 de diciembre de 2008, en el Caso S. y Marper contra Reino Unido, según la cual, la conservación sistemática e indiscriminada por parte de autoridades públicas de huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN de personas no condenadas, vulnera el Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, por tratarse de una injerencia que no cumple el requisito de necesidad en una sociedad democrática.

Esta resolución estudió la reclamación efectuada por dos ciudadanos británicos, uno de ellos menor de edad, a los que se les negaba la cancelación de sus datos en los archivos policiales, en concreto las huellas dactilares, las muestras celulares y los perfiles de ADN, a pesar de que los procedimientos penales dirigidos contra ellos habían concluido con el sobreseimiento y el archivo de la causa, pues la legislación británica vigente en ese momento permitía que pudieran mantenerse por tiempo indefinido²¹³.

El TEDH pone de manifiesto que tanto las muestras biológicas como los perfiles de ADN son portadores de información relevante que puede afectar al derecho a la vida privada, al contener datos sensibles de una persona como son los relativos a su salud, a su código genético o a su origen étnico, por lo que debe mantenerse un equilibrio entre los medios técnicos que se usen para la investigación criminal y la protección del derecho recogido en el art. 8 de Convenio.

Asimismo, considera que existe un riesgo de estigmatización cuando personas que no han sido condenadas por ningún delito y que gozan de la presunción de inocencia, son tratados de la misma forma que las que sí lo fueron, siendo todavía más grave esa situación en el caso de un menor de edad, debido a la importancia que ello pueda tener en su desarrollo e integración en la sociedad.

²¹³ S. fue detenido y procesado con once años por tentativa de robo, meses más tarde se acordó el sobreseimiento; Marper había sido imputado por acoso a su pareja, pero la causa se archivó por desistimiento de la denunciante.

CAPÍTULO II

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS EN LAS INTERVENCIONES CORPORALES

PARTE SEGUNDA

EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

PARTE SEGUNDA

EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

I. CONCEPTO: LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y MORAL. LA INCOLUMIDAD CORPORAL Y PERSONAL

El art. 15 de la Constitución Española establece que todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Tanto por su ubicación en nuestra Carta Magna, dentro del Capítulo Segundo del Título I, como por su propio contenido, el derecho a la integridad se configura como un derecho fundamental, inherente a la dignidad de la persona, necesario para el libre desarrollo de su personalidad y, en consecuencia, atribuible a todo ser humano. Para evitar repeticiones innecesarias, en este punto debemos dar por reproducido el análisis realizado en el epígrafe anterior con relación al derecho a la intimidad, en su misma condición de derecho fundamental, tanto en lo relativo a su interpretación, como a su regulación y protección especial²¹⁴.

La referencia tanto al ámbito físico como al moral, implica que la protección constitucional otorgada abarca la integridad personal en su conjunto, es decir, no sólo los ataques que supongan una lesión de carácter corporal, sino también aquellos que causen daños en el ámbito psicológico y moral de la persona. Según CANOSA USERA, partidario de un concepto amplio de integridad, que englobaría la inviolabilidad de la persona, *“la integridad personal abarcaría el cuerpo humano con*

²¹⁴ El art. 10.2 CE prevé que las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. De lo establecido en el art. 53.1 de la CE se desprende que estos derechos vinculan a todos los poderes públicos y que su ejercicio sólo podrá regularse por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial; el art. 81.1 prevé que tales leyes tendrán el carácter de orgánicas. Por último, recordar también que los derechos fundamentales gozan de una especial protección al ser susceptibles de recurso de amparo según determinan el art. 53.2 CE y el art. 41 de la LOTC. Igualmente estamos ante un derecho que debido a su intensa conexión con la dignidad humana, no puede ser derogado ni en situaciones excepcionales, donde pueda autorizarse la suspensión de otros derechos, tal y como prevé el CEDH o nuestra propia Constitución, cuyo art. 55 al señalar los derechos que pueden resultar afectados durante los estados de excepción y sitio no menciona los recogidos en el art.15. De lo anterior se desprende que el derecho a la integridad goza de la máxima protección prevista en la Constitución, precisamente por ser un derecho fundamental.

*todos sus componentes, desde las moléculas que forman sus genes, incluyendo por tanto la integridad genética, hasta su anatomía y apariencia, así como las potencialidades intelectuales y sensoriales, incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o padecimiento psicológico o moral*²¹⁵.

En este sentido la STC 207/1996, de 16 de diciembre, recoge en su fundamento jurídico 2º la reiterada doctrina de este Tribunal, según la cual mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también frente a toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.²¹⁶

Esta resolución también establece que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, es decir, el derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. 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, pero no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física. Por tanto, no es necesario que la salud resulte afectada, pero sí que la lesión se produzca sin consentimiento del sujeto pasivo.

Algunos autores aluden a un concepto más amplio proveniente del derecho alemán: el de incolumidad personal, que englobaría los siguientes derechos:

1. El derecho a la integridad física, es decir, el derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano corporal.
2. El derecho a la salud física y mental, esto es, a no ser sometido a enfermedades que pongan en peligro la salud.
3. El derecho al bienestar corporal y psíquico, entendido como el derecho de la persona a que no se le haga padecer dolor o sufrimiento.

²¹⁵ CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, 1ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2006, p.89.

²¹⁶ En el mismo sentido las SSTC 120/1990 (F. Jco. 8º), 137/1990, 215/1994 y 35/1996.

4. El derecho a la propia apariencia personal, a no ver desfigurada su imagen externa²¹⁷.

Más difícil resulta determinar lo que ha de entenderse por integridad psíquica y moral. Si bien en algunos textos, como el Pacto de San José de Costa Rica, se hace referencia expresa a tres aspectos de la integridad (física, psíquica y moral), con carácter general, la mayoría de las legislaciones distinguen entre el ámbito físico o corporal y el moral, psicológico, mental o espiritual, variando la terminología utilizada muchas veces en función del idioma de que se trate²¹⁸.

En muchos casos un mismo acto, como ocurre con la tortura, puede ocasionar además de la lesión física un grave ataque a la integridad moral, porque amén de dañar el cuerpo de la víctima le produce un terrible menoscabo psicológico, es decir, una lesión en su integridad psíquica. Mientras que la primera es fácilmente determinable, la segunda requiere normalmente de un examen mucho más complejo y va unida al concepto de humillación o envilecimiento, a la degradación de la persona y supone un ataque especialmente grave a su dignidad, lo que puede ocasionar un trastorno psicológico en la víctima que impida el libre desarrollo de su personalidad. De ahí que algunos autores consideren que aquellas conductas que atentan contra la dignidad de la persona implican igualmente un atentado contra la integridad moral de la misma²¹⁹.

El Profesor CANOSA USERA considera que hay lesión de la integridad psíquica cuando el menoscabo psicológico causa un trastorno en el libre desarrollo de la personalidad y lesión de la integridad moral cuando simplemente se degrada a la víctima²²⁰. A nuestro juicio, de esta distinción puede deducirse que la integridad

²¹⁷ GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Cóllex, Madrid, 1995, p. 50; HERRERO-TEJEDOR, F., *La intimidación como derecho fundamental*, Madrid, Cóllex, 1998, p. 112 y 113.

²¹⁸ En inglés se utiliza con más frecuencia la expresión “*psychological integrity*”, mientras que en francés se usa “*intégrité moral*”.

²¹⁹ ROMEO MALANDA, Sergio, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Granada 2006, p.144.

²²⁰ CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, 1ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 95.

psíquica estaría en íntima conexión con la salud mental del sujeto y que su lesión le ocasionaría un trastorno, es decir, un daño de mayor o menor entidad (angustia, ansiedad, depresión, etc.) que de alguna forma va a condicionar o dificultar el libre desarrollo de su vida y por tanto de su personalidad; mientras que el ataque a la integridad moral implicaría únicamente una humillación, ofensa o degradación de la persona, en todo caso más leve que el anterior, pero que, sin dejar de herir su espíritu, no llega a provocar trastorno ni afecta al desarrollo de la personalidad.

En la Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre, el Tribunal Constitucional anula el auto dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla, que ordenaba la devolución de una menor con su familia adoptiva cuando aquélla deseaba permanecer con su familia de acogida, en base al daño psicológico que ese retorno podría ocasionarle. El Alto Tribunal considera que la Audiencia rechaza la existencia de un peligro actual fundando su decisión en que ese peligro no existió en el pasado, sin ni siquiera entrar a verificar si en el momento en que se pronuncia se ha producido una situación de riesgo para la salud psíquica de la menor y señala que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse²²¹.

De este modo el Tribunal Constitucional reitera su doctrina de que para que se produzca el menoscabo del derecho a la integridad basta con que exista un peligro grave y cierto, esto es, un riesgo relevante de que la lesión se va a producir, ya sea en la salud física o psíquica de la persona.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Las diversas facetas que presentan algunos derechos les confieren una naturaleza compleja, cuyo análisis nos ayuda a entender sus diferentes contenidos; así, la integridad, bien puede ser considerada como un derecho subjetivo o como una libertad negativa, sin olvidar su vertiente de protección que genera una serie de obligaciones para el poder estatal.

²²¹ Fundamento jurídico 4º y en el mismo sentido SSTC 35/1996, de 11 de marzo, F. Jco 1º; 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 2º y 5/2002, de 14 de enero, F. Jco. 4º.

Inicialmente el derecho a la integridad puede incardinarse dentro del ámbito de la libertad individual, a salvo de las intromisiones de los poderes públicos²²², lo que nos podría llevar a admitir la soberanía del individuo sobre su cuerpo y su espíritu. Sin embargo, al igual que ocurre con el derecho a la vida, el derecho a la integridad no otorga al individuo plena facultad jurídica para disponer sobre su propio cuerpo. Así, en principio, una persona es libre para decidir si se somete o no a una operación o a un tratamiento médico determinado; pero cuando se trata de un menor o de un incapaz, su capacidad de decisión se ve limitada por esas circunstancias y el Estado, a través del correspondiente procedimiento judicial puede autorizar que se le realice una transfusión de sangre o se practique su esterilización, actos que no han sido consentidos por el sujeto y que vulneran su integridad corporal. Por tanto, en determinados casos la libertad del titular del derecho no es absoluta, sino que puede verse limitada por el ejercicio de la potestad estatal, en aras de la defensa de un bien jurídico superior, como puede ser el derecho a la vida.

Para ejercer esa capacidad de decisión sobre su propio cuerpo y espíritu, el sujeto debe tener asegurado un espacio inmune para él e indisponible para el Estado, y en este sentido el derecho a la integridad constituiría una libertad negativa, pues forma parte de un espacio de libertad, en principio ilimitado, en el que no puede incidir el poder público²²³. Éste tiene un deber jurídico de omisión, de no interferencia en la esfera individual de autodeterminación, que el art. 15 de la Constitución refuerza con la prohibición absoluta de las torturas, las penas y los tratos inhumanos o degradantes, que suponen un límite infranqueable para el Estado.

Por tanto, en principio el sujeto puede decidir libremente sobre su integridad, bien consintiendo, bien oponiéndose a cualquier intervención en ella, pues en eso consiste básicamente el ejercicio de este derecho. No obstante,

²²² En tal sentido, la STC 154/2002, de 18 de julio, que anula la condena por homicidio a los padres de un menor testigo de Jehová, que se negó a recibir una transfusión sanguínea, considera que el derecho a la integridad física se incardina en los actos relativos a los derechos de la personalidad (F. Jco. 10º) y señala en su fundamento jurídico 9º: *“al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)”*.

²²³ CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, 1ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2006, p.66.

algunas prácticas que podrían ser una manifestación de esa libertad personal están prohibidas por la ley, como por ejemplo la clonación humana, algunos actos de manipulación genética, la mutilación genital o las lesiones consentidas por la víctima, fuera de los casos previstos legalmente²²⁴. De nuevo vemos como el Estado puede limitar la libertad del individuo, porque la integridad personal, al igual que la vida, es un bien jurídico protegible incluso por encima de la voluntad libremente expresada del titular del propio derecho.

El consentimiento se configura como un elemento esencial en el ejercicio del derecho a la integridad; en su virtud el interesado puede dar su autorización para que se le someta a un tratamiento médico o a una intervención quirúrgica, o bien negarse a que se le practique un análisis de sangre o una extracción de saliva. Tal y como establece el artículo 156 del Código Penal, para que el consentimiento exima de responsabilidad penal en el caso de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, debe ser emitido de forma válida, libre, consciente y expresa por el sujeto, sin que se haya obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, no siendo válido tampoco, en estos casos, el consentimiento prestado por menores e incapaces ni por sus representantes legales. El párrafo segundo permite la esterilización de incapaces autorizada judicialmente, tras un proceso en el que

²²⁴ Aquí se encuadraría la ablación del clítoris realizada a adolescentes por sus propios familiares, fruto de determinadas tradiciones y concepciones religiosas. Las mutilaciones genitales femeninas afectan, según la OMS, a unos 138 millones de mujeres; se trata de una práctica existente ya en el Egipto de los faraones como demostración de la docilidad y obediencia de la mujer, que hoy se sigue manteniendo como un modo de dominación sobre el género femenino, fundamentalmente en países del África subsahariana, especialmente Senegal y Gambia, aunque también se practica en otras zonas como Etiopía o Egipto. En estos últimos países incluso es realizada a algunas mujeres judías o cristianas, porque forma parte de su tradición cultural, por tanto, no es una obligación emanada del Corán ni necesariamente unida a la religión musulmana. En cualquier caso se trata de un gravísimo atentado a la integridad física y a la dignidad de la persona, realizado a menudo en penosas condiciones de higiene que provocan la muerte de muchas menores y afectan a su salud personal y psicológica. Frente a la tímida reacción legislativa de los países occidentales, en muchos Estados africanos (Egipto, Ghana, Guinea, Costa de Marfil, Senegal, etc.) estas prácticas denigrantes han sido proscritas por sus constituciones o castigadas por su legislación penal. *Vid.* GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.195 a 198.

En España, el aumento de los casos detectados sobre todo entre familias inmigrantes de origen subsahariano, motivó que la LO 11/2003, de 29 de septiembre, modificase el art. 149.2 del CP que ahora castiga la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones con la pena de prisión de seis a doce años; si la víctima fuera menor o incapaz podrá imponerse además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por un tiempo de cuatro a diez años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz. Por último señalar que, según el art. 155 del Código Penal, en los delitos de lesiones se impondrá la pena inferior en uno o dos grados cuando medie el consentimiento de la víctima, que en ningún caso será válido si es otorgado por un menor o un incapaz.

deberá tenerse en cuenta, según señala el precepto, el mayor interés del incapaz y en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y dos especialistas.

El derecho a la integridad, si bien tiene el carácter de fundamental no por ello podemos decir que sea absoluto, sino que alguno de sus contenidos pueden ser limitados por el legislador cuando exista una causa justificada para ello (como la investigación de la paternidad o el esclarecimiento de un delito grave), en base al principio de proporcionalidad y a la adecuada ponderación de las circunstancias del caso que deberán hacer los órganos judiciales. En supuestos como estos se considera que la afectación de la integridad es mínima y resulta necesaria para alcanzar el fin legítimo que se persigue. Otros aspectos, como el derecho a no sufrir torturas, no admiten límite ni afectación alguna, pues en ningún caso está justificado que una persona sea sometida a tales prácticas.

En su vertiente de libertad negativa, el derecho a la integridad implica para los poderes públicos una obligación de no hacer, es decir, de abstenerse de llevar a cabo esas conductas prohibidas, pero al mismo tiempo le impone un deber de protección para que otros tampoco puedan realizarlas; de esta forma el Estado tiene la obligación de amparar a los ciudadanos frente a ese tipo de conductas, que tanto pueden proceder del ámbito público como de otros particulares, y debe hacerlo mediante la correspondiente legislación punitiva que sancione ese tipo de actuaciones, esto es, mediante la protección penal. En este sentido se habla de una acción positiva de protección por parte del Estado.²²⁵

III. RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El art. 15 de la CE reconoce el derecho a la integridad física y moral y prohíbe la tortura, las penas y los tratos inhumanos o degradantes. Si bien el reconocimiento de este derecho, que hoy no dudamos en calificar de fundamental, no se produce como tal hasta 1978, la integridad física ya se protegía con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico a través del Código Penal, que sancionaba diferentes conductas relativas a las lesiones y otros atentados contra la indemnidad corporal.

²²⁵ Véase CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, 1ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 84.

Aunque la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes aparecía recogida en diferentes declaraciones internacionales de derechos humanos²²⁶, completándose con la sanción penal de tales conductas en los ordenamientos internos de los Estados, el reconocimiento expreso del derecho a la integridad en el ámbito internacional resulta más bien tardío; el primer texto que lo recoge es el Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969²²⁷, que en su art. 5 establece:

1. Toda persona tiene derecho a la integridad, física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

El precepto referido, que reconoce la denominada integridad personal²²⁸, al referirse tanto la vertiente física como espiritual del derecho, ha generado una abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al interpretar la Convención ha ido ampliando el ámbito de protección del derecho e inspirado su reconocimiento posterior en diversas constituciones iberoamericanas, así como en la portuguesa y la española.

Esta jurisprudencia se centra fundamentalmente en el ámbito de las torturas y los tratos a los que son sometidas las personas privadas de libertad, y en el de las desapariciones, que alcanzaron un triste protagonismo en la historia reciente de algunos países de Latinoamérica.

Esas actuaciones no sólo suponen una lesión del derecho a la integridad sino que están en íntima conexión con el deber de los Estados de proteger los derechos reconocidos en la Convención, de ahí surge su responsabilidad y el deber de

²²⁶ Como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la propia Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984. Por su parte, la Ley Fundamental de Bonn reconoce el derecho a la integridad corporal en el art. 2.2, al igual que la Constitución Portuguesa de 1976 establece en su art. 25 que la integridad moral y física de las personas es inviolable.

²²⁷ Convención Interamericana de Derechos Humanos.

²²⁸ Véase al respecto CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, 1ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2006.

reparación a las víctimas. Además en los casos de desapariciones, la Corte considera que también se produce una violación de la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas como consecuencia directa de su desaparición forzada (Caso Blake, de 24 de enero de 1997) y de la incertidumbre, angustia y frustración que les produce, lo que constituye un trato inhumano y degradante (Caso Bamaca Velásquez, de 25 de noviembre de 2000). Esta interpretación genera la expansión del derecho y de su ámbito de protección, al abarcar no sólo la integridad de las víctimas sino también la de sus familiares.

En el ámbito europeo, aunque el CEDH no menciona expresamente el derecho a la integridad, el TEDH ha otorgado protección, a través del derecho a la vida privada recogido en el art. 8 del Convenio, a aquellos contenidos de la integridad que no podían encuadrarse en la prohibición de la tortura, las penas o los tratos inhumanos o degradantes prevista en el art. 3. Esta proscripción tiene un carácter absoluto e inderogable²²⁹, ya que el derecho que se protege a través de ella no puede ser limitado ni suspendido, ni resulta ponderable con relación a otros bienes jurídicos como podría ser la eficacia policial en la lucha contra el terrorismo²³⁰: el fin perseguido no justifica el empleo de estas prácticas, pues en ningún caso puede someterse a una persona a torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes, que siempre constituyen un atentado contra la dignidad humana.

El TEDH distingue, atendiendo a la gravedad de la conducta, entre torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes²³¹. Todos son ataques a la integridad, y por ende, a la dignidad de la persona y presentan como elemento común el causar algún tipo de sufrimiento que además provoca la humillación de la víctima. En atención a las particularidades de cada caso esa agresión se encuadraría en alguna de las categorías señaladas, desde la más grave (tortura) hasta los tratos degradantes que implican una lesión de menor entidad.

²²⁹ Así lo prevé el art. 15.2 CEDH con relación al art. 3 del mismo texto legal.

²³⁰ SSTEDH, Caso Tomas c. Francia, de 27 de agosto de 1992, y Caso Ascoy c. Turquía, de 18 de diciembre de 1996.

²³¹ El criterio de la gravedad se plasma inicialmente en el Caso Irlanda c. Reino Unido de 18 de enero de 1978, matizándose posteriormente en diversas sentencias.

Para efectuar esta valoración deben tenerse en cuenta circunstancias tales como la duración de la situación de maltrato y sus efectos físicos o mentales, el sexo de la víctima, su edad, su estado de salud, así como las demás que puedan encuadrarse en lo que el TEDH denomina “vulnerabilidad de la víctima”²³².

Se observa además como en las dos últimas décadas, debido al importante grado de sensibilización que existe en la sociedad sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales, el Tribunal ha ido ampliando la protección de la integridad, al estimar encuadrables en alguna de las categorías citadas situaciones que inicialmente no se consideraban como tales²³³; de esta forma el CEDH aparece como un instrumento vivo que debe interpretarse en función de los valores democráticos vigentes hoy en día, de ahí que se incluyan en el art. 3 situaciones que tiempo atrás no se consideraban tan graves. Si bien el TEDH reconoce que en algunas ocasiones puede resultar necesario el uso de la fuerza por parte de los poderes públicos, en cualquier caso deberá emplearse de forma proporcional y respetando siempre la dignidad humana para evitar la vulneración del citado precepto.

De esta jurisprudencia se desprende que constituye tortura todo dolor o sufrimiento grave, físico o psíquico, infligido voluntariamente a una persona, para obtener información, lograr una confesión, coaccionar o castigar, producido intencionadamente, en principio, por un funcionario público o una persona en el ejercicio de funciones públicas. Por tanto, la primera condición exigida para la existencia de tortura es la gravedad del sufrimiento, ya sea físico o mental, aunque es habitual que ambos se produzcan al mismo tiempo, ocasionados, con la finalidad señalada, por quien ejerce funciones públicas²³⁴. El TEDH también considera vulnerado el art. 3 del Convenio cuando el Estado incumple su deber de investigar

²³² Expresión utilizada en la Sentencia del Caso Ribisht c. Austria, de 4 de diciembre de 1995.

²³³ Véase al respecto el Caso Salmouni c. Francia, de 28 de julio de 1999, Henaf c. Francia y Yankov c. Bulgaria, de 11 de diciembre de 2003. Así, se considera vulneración encadenar a la cama del hospital durante una noche a un preso reincidente, con antecedentes por quebrantar permisos carcelarios, o por afeitar la cabeza a un detenido.

²³⁴ A pesar de lo expuesto, el TEDH en alguna sentencia sopesa la posibilidad de considerar como tortura los sufrimientos graves infligidos por un particular en el caso de que los Estados incumplan la obligación de protección para las personas sometidas a su jurisdicción de que nadie sea sometido a ese tipo de trato (Caso A.C. c. Reino Unido de septiembre de 1998).

de forma efectiva los hechos denunciados para conseguir su esclarecimiento; la falta de diligencia al realizar la investigación provoca la impunidad de los culpables y constituye una violación del citado precepto²³⁵, ni siquiera la lucha contra el terrorismo justifica limitaciones en este sentido²³⁶.

Continuando con el criterio de la gravedad, el segundo lugar lo ocupan los tratos inhumanos que serían los sufrimientos físicos o psíquicos provocados voluntariamente con una intensidad particular²³⁷, es decir, aplicados durante horas y que provocan importantes lesiones de uno u otro signo. Se exige aquí la premeditación del sujeto activo pero no su condición de funcionario público, por tanto, podrá ser un particular. Por ejemplo en el Caso Selçuk y Asker c. Turquía, de 24 de abril de 1998, aunque no se causó un daño físico a los recurrentes kurdos, el sufrimiento que les ocasionó la destrucción de sus casas y de sus medios de vida constituyó trato inhumano.

En esta materia destaca por su especial relevancia y las particularidades del supuesto enjuiciado, la STEDH de 12 de octubre de 2006, Caso Mubillanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica, en el que se condena a este país por detener a una niña de cinco años, durante dos meses, en un centro de internamiento para extranjeros, en el que se encontraba sola entre adultos desconocidos, hasta que fue expulsada a la República Democrática del Congo. El 17 de agosto de 2002, Tabitha llegó con su tío al aeropuerto de Bruselas, con la intención de reunirse más adelante con su madre que residía en Canadá. Como la pequeña carecía de los documentos de estadía necesarios, las autoridades belgas le negaron el acceso a su territorio y decidieron su expulsión del país, acordando mientras tanto su ingreso en un centro cerrado, sin la compañía de su tío, al carecer éste de su patria potestad, permitiéndole únicamente hablar en ocasiones con su madre por teléfono, hasta que el 17 de octubre de 2002 se produjo su expulsión.

²³⁵ Caso Ascoy contra Turquía, de 19 de diciembre de 1996. Por su parte la STEDH de 18 de octubre de 2001, Caso Indelicato c. Italia) impone al Estado el deber de investigar la denuncias de torturas y tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando han sido infligidos por particulares.

²³⁶ En el Caso Martínez Sala contra España, de 2 de noviembre de 2004, condena a nuestro país al considerar que los tribunales españoles no investigaron correctamente la denuncia de maltrato físico y psicológico formulada por militantes independentistas poco antes de las Olimpiadas de Barcelona.

²³⁷ Caso Tyrer c. Reino Unido, de 25 de abril de 1978.

En la citada resolución el TEDH reconoce la violación, entre otros, del art. 3 del Convenio relativo a los tratos inhumanos o degradantes²³⁸. Recuerda que este precepto garantiza una protección absoluta contra estos tratos y que prevalece sobre la condición de extranjero en estada ilegal. Señala que las autoridades belgas estaban en condiciones de evitar la detención de la demandante en un centro de internamiento inadecuado para menores, colocándola en una familia de acogida a la espera de reunirse con su madre, tal y como había solicitado su abogado. No se podían desconocer las consecuencias psicológicas ocasionadas a la pequeña con esa decisión, por ello el Tribunal considera que una detención como ésta demuestra una falta de humanidad y alcanza los límites requeridos para ser calificada de “tratamiento inhumano”. La madre también es víctima de esta violación del Convenio porque padeció una inquietud y un sufrimiento profundos a causa de la detención de su hija.

La expulsión constituye igualmente una infracción del art. 3, cuya primera afectada es la hija, ya que teniendo en cuenta su edad y su condición de menor no acompañada, la expulsión representa una falta flagrante de humanidad contra su persona, y en segundo lugar su madre, que sólo tuvo conocimiento de ese hecho después de haberse producido.

Esta interpretación extensiva que hace el TEDH del concepto de víctima, en el que incluye no sólo a la persona directamente afectada por la violación del Convenio, sino también a los familiares que sufren por la situación en la que se encuentra aquélla, recuerda el criterio seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a las familias de los desaparecidos durante las dictaduras que hubo en Latinoamérica, a la que hicimos referencia al comienzo de este epígrafe. No resulta extraño que ambos Tribunales lleguen a la misma conclusión, puesto que, a pesar de tratarse de casos muy distintos y de aplicarse textos internacionales diferentes, la esencia del derecho, su contenido fundamental, resulta igual para todos al tener un carácter universal.

En el último escalafón se sitúa el trato degradante que se caracteriza por la humillación producida a la víctima, sin que se requiera una lesión objetiva, es decir,

²³⁸ También se reconoce la violación del art. 8 de la Convención, referente al derecho al respeto a la vida privada y familiar, y del art. 5.1 relativo al derecho a la libertad y a la seguridad.

no es preciso que se cause sufrimiento físico o mental; la jurisprudencia del TEDH hace referencia a la situación de terror o de angustia que causa la humillación de la persona, incluso la simple amenaza de recibir un maltrato puede ser constitutiva de lesión²³⁹. En este sentido el art. 3 del Convenio comprende el derecho a que las condiciones de privación de libertad para los detenidos sean dignas, de forma que no se les someta a una situación de sufrimiento peor de la que, de por sí, ya implica la detención, debiendo recibir cuidados médicos si los precisan²⁴⁰.

Esta distinción es recogida también por la STC 120/1990, de 27 de junio, cuyo fundamento jurídico 9º señala: “*«tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de 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*”.

Con el fin de proteger a las personas frente al riesgo que podrían correr en un Estado que no sea miembro del Convenio, el TEDH ha estimado también en diversas sentencias que la expulsión, la negación de asilo o la extradición pueden suponer una vulneración del art. 3 si existe un riesgo real de que en ese Estado puedan sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes, produciéndose con esta doctrina una extensión del ámbito de aplicación de dicho precepto²⁴¹. Así, en el caso Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989, estima que la extradición de un ciudadano alemán a Estados Unidos para ser juzgado, con la posibilidad de ser condenado a la pena capital, podría suponerle la espera en el “corredor de la muerte” que es considerada como un trato inhumano o degradante²⁴².

Como señalamos anteriormente, a los contenidos del derecho a la integridad que no resultan encuadrables en el art. 3 del Convenio, el TEDH les ha otorgado

²³⁹ Entre otros los ya citados Casos Tyrer c. Reino Unido e Irlanda c. Reino Unido y también el caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982.

²⁴⁰ STEDH de 27 de julio de 2004, Caso Slimani c. Francia.

²⁴¹ Entre otros, Caso Bensaid c. Reino Unido, de 6 de febrero de 2001 y Jabbari c. Turquía, de 11 de julio de 2001.

²⁴² Sin embargo el TEDH no prohíbe la pena de cadena perpetua como tal, salvo que provoque un grave deterioro del estado de salud del reo; tampoco se fijan límites para el establecimiento a nivel interno de los Estados de las penas privativas de libertad.

protección a través del derecho al respeto a la vida privada reconocido en el art. 8, que también englobaría aspectos de la integridad física y moral. Así lo establece en el Caso X. e Y contra Holanda, de 26 de marzo de 1985, que analiza el asunto de una disminuida psíquica de 16 años que fue obligada a mantener relaciones sexuales en la residencia donde estaba acogida; según el Tribunal estos hechos afectan a la vida privada que cubre la integridad física de la persona y comprende la vida sexual.

Igualmente, en el caso Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002, señala que la imposición de un tratamiento médico sin consentimiento, cuando se trate de un paciente adulto y sano de espíritu, constituye un atentado contra la integridad física que puede afectar a los derechos protegidos en el art. 8 de la Convención. En el mismo sentido se pronuncia en el caso Y.F. contra Turquía, de 22 de julio de 2003, en el que una detenida kurda fue sometida a un examen ginecológico por la policía para comprobar si había sido violada durante su detención.

Por su parte, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, define en su art. 1 la tortura como *“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otros, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia”*. Esta Convención extiende también sus garantías a otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el precepto transcrito²⁴³.

²⁴³ También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea realiza un reconocimiento expreso del derecho a la integridad física y psíquica de toda persona en su art. 3 (art. II-63 del Tratado que establecía una Constitución para Europa), otorgando así una amplia protección a este derecho en el ámbito comunitario.

IV. TITULARIDAD DEL DERECHO Y MINORÍA DE EDAD

Como hemos visto, estamos ante un derecho de la personalidad, inevitablemente unido a la dignidad, en el que el bien jurídico protegido es la integridad física y moral, es decir, mediante el que se defiende la inviolabilidad de la persona, contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu. En concreto, con el derecho a la integridad física lo que se protege es la incolumidad corporal, es decir, el derecho de toda persona a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento²⁴⁴, por ello este derecho es representativo de la individualidad del ser humano y en consecuencia sólo las personas físicas pueden ser titulares del mismo.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho a la intimidad, ninguna de estas específicas características pueden extenderse al ámbito societario de las personas jurídicas, que carecen tanto de entidad corporal, en el sentido físico, como de esencia moral o psicológica, en el sentido espiritual, y, en consecuencia, no pueden ser titulares del derecho a la integridad en ninguno de sus aspectos.

Se trata de un derecho inherente a todo ser humano por el mero hecho de serlo, de ahí que no admita distinción entre nacionales y extranjeros y por ello el TEDH ha limitado la acción de los Estados en casos de extradición cuando exista el riesgo de que el extraditado pueda ser sometido en el país receptor a tratos prohibidos por el art. 3 del Convenio²⁴⁵. Es la denominada aplicación extraterritorial de este precepto la que permite examinar la legislación y el posible comportamiento de Estados que no son parte del Convenio para impedir su vulneración por otros países.

Esta doctrina ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/2004, de 13 de septiembre, en cuyo fundamento jurídico 6º se establece que el procedimiento de extradición exige que el órgano judicial verifique las circunstancias alegadas por el reclamado, para evitar que si se accede a la extradición, se produzca una lesión en los derechos del extraditado, bien porque la lesión de un derecho ya acaecida en el extranjero no fuera restablecida o no se

²⁴⁴ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 2º.

²⁴⁵ Caso Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989.

impida que de la misma se derivaran consecuencias perjudiciales para el reclamado, o bien porque, existiendo un temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro, éstas resulten favorecidas por la actuación de los órganos judiciales españoles al no haberlas evitado con los medios de que, mientras el reclamado se encuentra sometido a su jurisdicción, disponen, de modo que la actuación del Juez español produzca un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado.

En su condición de personas físicas, los menores e incapaces son también titulares del derecho a la integridad física y moral, sin perjuicio de que la minoría de edad o la ausencia de capacidad legal, hagan necesaria la intervención de sus padres o tutores o, en su caso, del órgano judicial competente, en actos concretos relativos al ejercicio del derecho (intervenciones quirúrgicas, esterilizaciones, etc.) que, como ya hemos señalado, puede imponer limitaciones al mismo en aras a proteger el supremo interés del menor o del incapaz²⁴⁶.

Aunque el contenido del derecho fundamental sea el mismo durante toda la vida del individuo, la necesidad de protección de los menores provoca que el ámbito de ejercicio de ese derecho durante su minoría de edad pueda verse reducido, máxime si tenemos en cuenta que durante este período pueden estar sometidos a una relación administrativa de sujeción especial, por encontrarse bajo la tutela de una administración pública, como ocurre en los casos de menores que se encuentran en una situación de desamparo²⁴⁷ o sobre los que, como consecuencia

²⁴⁶ El art. 39 CE, relativo a la protección de la familia, utiliza en sus párrafos 2º y 3º la palabra “hijos”, mientras que en el 4º se refiere a “los niños”, lo que podría suscitar dudas respecto a la inclusión de los adolescentes y jóvenes en este último apartado. Para solventarlas, en virtud de lo previsto en el art. 10.2 CE, debemos acudir a la definición prevista en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, según el cual “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Por ello, la protección establecida en el art. 39.4 CE corresponde a todos los menores de dieciocho años, independientemente de su origen o nacionalidad, lo que permite que esa normativa internacional protectora sea también aplicable a los menores extranjeros que lleguen o residan ya en nuestro país. El art. 2 de la citada Convención sobre los Derechos del Niño asegura su aplicación por los Estados parte a todo niño sujeto a la jurisdicción del Estado en cuestión independientemente de su raza, religión, origen nacional, étnico o social, posición económica o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. *Vid.* ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.88 y ss.

²⁴⁷ Véase el art. 172 del Código Civil.

de la comisión de un delito, se haya acordado una medida de internamiento en un centro de menores²⁴⁸. En los supuestos en los que la Administración asuma la tutela legal de un menor podrá utilizar su potestad de corrección de forma razonable y moderada, pero sólo puede ejercer la fuerza física sobre el mismo en supuestos extraordinarios de policía de seguridad o policía judicial y según lo previsto en las leyes.

En cualquier caso, los poderes públicos están obligados a respetar la integridad física y moral del menor²⁴⁹, cualquier injerencia en la misma sólo se podrá realizar con el consentimiento del aquel cuando tenga suficiente madurez o, en su defecto, de sus representantes legales, conforme a lo dispuesto en los artículos 162.2.1º del Código Civil y 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente, sin perjuicio de que en algunos casos deba soportar injerencias lícitas en ese derecho (por ejemplo, vacunaciones obligatorias). Este último precepto establece que se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

En términos similares se pronuncia el Convenio de Oviedo de 1997 al establecer en su art. 6.2: *“Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución*

²⁴⁸ Véase los artículos 59 y 60 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, relativos a las medidas de vigilancia, seguridad y régimen disciplinario en los centros de menores.

²⁴⁹ En la STEDH de 10 de mayo de 2001, Caso Z. y otros c. Reino Unido, se declaran vulnerados los derechos de varios menores a no sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes, a su intimidad personal y a su integridad física y moral, debido a que se produjo un reiterado incumplimiento de las obligaciones paternas hacia aquéllos y no recibieron una rápida y adecuada atención por parte de las autoridades del Reino Unido que demoraron la asunción de su tutela.

designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”.

Por su parte el art. 162.2.1º del Código Civil prevé que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados salvo en los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. En este sentido, el art. 154, párrafo 3º del mismo texto legal, al establecer las disposiciones generales que han de regir en las relaciones paterno-filiales, ya prevé que si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.²⁵⁰

En el ámbito educativo, los centros escolares también asumen un especial deber de cuidado de los menores y por lo que respecta al derecho a la integridad física y moral, los castigos corporales estarían prohibidos a tenor de lo dispuesto en el art. 6.3.b) de la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, en la que se recoge como derecho básico de los alumnos que se respete su

²⁵⁰ ROVIRA VIÑAS, A., *Autonomía personal y tratamiento médico; una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 169 y ss., considera que sobre esta materia existe una regulación fragmentaria que además, en ocasiones, debe ser objeto de interpretación por las personas que intervengan en el proceso de prestación del consentimiento. Así, el médico debe asegurarse de que su paciente menor de edad es capaz de participar, de comprender y de decidir libremente sobre lo que se le propone desde el ámbito médico; esta responsabilidad debe ser compartida con las comisiones médicas correspondientes y, en casos graves, con el Juez, pues se trata de averiguar si su estado mental por edad le permite comprender la información, valorarla y adoptar una decisión al respecto. Por todo esto estima que los centros sanitarios deben desarrollar protocolos claros sobre los objetivos, la forma y las peculiaridades de las evaluaciones de capacidad de los menores, en relación con la gravedad y la trascendencia del tratamiento. Propone además que por ley se estableciese que en los casos de conflicto, de discrepancia entre el médico y los representantes legales del menor, en situaciones de gravedad o de duda del propio médico, que fuera el Juez el que resolviese sobre la capacidad jurídica del menor en base a los informes médicos que se le faciliten.

Entendemos que si bien esta posibilidad no está recogida de forma expresa en la legislación vigente, en la práctica, es la única solución aplicable a esos supuestos de conflicto que no tengan carácter de urgencia, es decir, que permitan una cierta demora en la aplicación del tratamiento o intervención de que se trate, pues o bien el facultativo al que no se le concede autorización para practicarlo, o bien los representantes legales del menor que se niegan a esa práctica, acudirán a la vía judicial, cuando consideren que la otra parte pretende imponer una decisión que entienden contraria a la vida o la salud del menor, en el primer caso, o a las convicciones morales, religiosas o de otra índole que manifiesten los segundos. Lo que ocurre es que en estos supuestos el Juez no va a resolver sobre si el menor tiene o no capacidad suficiente para decidir esa cuestión, puesto que no estamos ante un procedimiento para dirimir sobre la capacidad de esa persona, sino que teniendo en cuenta la opinión del menor, en atención a su edad y a sus condiciones de madurez, adoptará la resolución que resulte más acorde con los intereses de aquél, al ser precisamente la protección de los intereses del menor en ese caso concreto y no otras cuestiones, lo que deberá presidir la actuación judicial.

identidad, integridad y dignidad personales; la letra f) del mismo precepto reconoce también la protección contra toda agresión física o moral. En igual sentido el RD 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros, establece en su art. 17 que todos los alumnos tienen derecho a que se respete su integridad física y moral y su dignidad personal, no pudiendo ser objeto, en ningún caso, de tratos vejatorios o degradantes; ahondando en esta cuestión el art. 43.2.b) que señala que no podrán imponerse correcciones contrarias a la integridad física y a la dignidad personal de los alumnos.

Por último, es preciso señalar que tras la reforma introducida en el art. 154 del Código Civil por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, que suprime la potestad de los padres para corregir razonable y moderadamente a los hijos, se veda en nuestro ordenamiento la posibilidad de que los progenitores les infieran el más mínimo castigo corporal, lo que podría llegar a constituir una falta o, en su caso, un delito de maltrato o de lesiones.

V. CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El máximo intérprete de nuestra Carta Magna ha ido perfilando el contenido de este derecho en diversas sentencias en las que se recogen los criterios fundamentales de la jurisprudencia del TEDH.

En la STC 65/1986, de 22 de mayo, el recurrente en amparo alega que la pena que le fue impuesta por malversación de caudales públicos tenía una duración desproporcionada y por ello un carácter inhumano o degradante. El Alto Tribunal señala ya de antemano que a él no le corresponde realizar el juicio sobre la proporcionalidad de las penas, cuestión que es competencia del legislador y tampoco cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito.

La calificación de una pena como inhumana o degradante depende de su ejecución y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas

inhumanas) o provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena. Tales consideraciones fueron claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 25 de abril de 1978 (Caso Tyrer), al interpretar el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución (F. Jcos. 3º y 4º).

El Tribunal Constitucional reitera esta doctrina en la Sentencia 89/1987, de 3 de junio, donde considera que denegar la autorización a un recluso para mantener relaciones sexuales no constituye un trato inhumano o degradante, puesto que el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser precisamente una manifestación de la libertad a secas. Quienes son privados de libertad se ven también impedidos de la práctica de relaciones íntimas, sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno y así la abstinencia sexual aceptada por decisión propia o resultado de la privación legal de libertad no pone en peligro la integridad física o moral del abstinente, tanto más cuanto se trata de una abstinencia temporal.

Esta jurisprudencia se consolida en la STC 120/1990, de 27 de junio²⁵¹, relativa a la huelga de hambre protagonizada por presos del GRAPO a los que se alimentó, en contra de su voluntad, por vía intravenosa para salvarles la vida. El fundamento jurídico 6º establece que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de especial sujeción entre la Administración y el recluso y destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de los internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa.

La resolución judicial recurrida resulta equilibrada y proporcionada y no merece el más mínimo reproche, puesto que se limita a autorizar la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la justifica, permitiéndola tan sólo en el momento en que, según la ciencia médica, corra “riesgo

²⁵¹ En el mismo sentido se pronuncia la STC 137/1990, de 19 de julio.

serio” la vida del recluso y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación oral en contra de la voluntad consciente del interno (F. Jco.8º).

En modo alguno puede calificarse de “tortura” o “tratos inhumanos o degradantes”, con el sentido que esos términos revisten en el art. 15 C.E., la autorización de una intervención médica, que, en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ella, 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 (F. Jcos. 7º y 9º).

Según esta resolución tortura y tratos inhumanos o degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de 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.

Se requiere por tanto un elemento subjetivo (el sufrimiento físico o psíquico) y otro subjetivo (la intención de vejar y de doblegar la voluntad del sujeto, así como el modo vejatorio de causar el sufrimiento). En el caso que se analiza se suministró a los internos un tratamiento médico (alimentación intravenosa) imprescindible para salvarles la vida y se realizó además de una forma absolutamente compatible con su dignidad, al prohibirse la alimentación bucal contra la voluntad del preso, que podría constituir un trato degradante, de ahí que la actuación de la Administración penitenciaria no vulnerase en modo alguno el art. 15 CE.

Más recientemente el Alto Tribunal afianza su doctrina sobre las torturas, las penas y los tratos inhumanos o degradantes en la STC 5/2002, de 14 de enero en la que se plantea la vulneración de este derecho fundamental por el ingreso en prisión de una persona enferma y señala que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración de ese derecho, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma. Reitera que la calificación como inhumana o degradante de una pena depende de su forma de ejecución y, así, aunque una concreta medida no pueda

considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que pueda considerarse como tal en razón de los medios utilizados.

La STC 7/2004, de 9 de febrero, analiza de nuevo un caso de torturas en el recurso interpuesto por varios condenados por pertenencia a banda armada, señalando que la alegada vulneración del derecho a la integridad física y moral no es imputable directamente a las resoluciones judiciales recurridas, sino a la actuación policial durante el período de la detención, que incluso dio lugar a condenas por estos hechos y recuerda la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con denuncias de torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio), que vincula la violación de este precepto al incumplimiento por parte de los Estados firmantes del deber que les impone el Convenio de efectuar una investigación efectiva para el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los culpables (F. Jco. 2º).

Considera además nuestro Tribunal Constitucional que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no dejan de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva; y concluye que las declaraciones prestadas ante el Juez Central de Instrucción, inmediatamente posteriores al cese de la incomunicación, están también viciadas por la tortura previamente ejercida sobre los imputados declarantes, en la medida en que su efecto coactivo podía seguir incidiendo en la libertad de éstos, y sin que ello se viese eficazmente contrarrestado por la obtención por el Juez de garantías materiales. No se trata, como plantean los recurrentes, de un problema de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida, cuya nulidad derivaría de su conexión con la anterior, sino de una prueba nula en sí misma al no haber sido practicada con las suficientes garantías materiales, lo que la invalidaría para su consideración como prueba de cargo (F. Jco. 8º).

VI. LA INTEGRIDAD FÍSICA Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El art. 43 de la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud y ordena a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública. En desarrollo de este precepto constitucional se han dictado, entre otras, dos normas básicas, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El concepto de integridad física abarca la plenitud de la estructura físico-orgánica de cada individuo y la funcionalidad de sus distintos componentes, su menoscabo puede consistir en la pérdida o alteración de la sustancia corporal o de la funcionalidad fisiológica de aquéllos; por su parte, la salud consiste en el bienestar del ser humano tanto en el aspecto físico como en el mental y su deterioro en el padecimiento de una enfermedad de una u otra índole.²⁵²

Si bien en este caso no estamos ante un derecho fundamental como lo es la integridad, la correlación entre ésta y la salud resulta inevitable, pues en no pocas ocasiones para preservar este bien jurídico debemos lesionar en mayor o menor medida nuestra integridad, por ejemplo, con una intervención quirúrgica o un tratamiento médico agresivo como puede ser la quimioterapia. En estos casos, será el paciente quien otorgue o no su consentimiento para someterse a esas prácticas, ejercitando de ese modo, como ya hemos visto, su derecho a la integridad. Así lo prevé en su artículo 2 la Ley reguladora de la Autonomía del Paciente que establece que éste tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, e igualmente tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley, debiendo constar dicha negativa por escrito.

El art. 9.2 señala que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo para la salud pública a causa de

²⁵²ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Granada 2006, p.141.

razones sanitarias establecidas por la Ley y también cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Por tanto, el rechazo a un tratamiento médico forma parte de la capacidad de autodeterminación de la persona y del contenido esencial del derecho a la integridad física y se rige, como acabamos de ver, por el principio general de que nadie puede ser obligado a someterse a este tipo de procedimientos médicos sin su consentimiento. Esta autorización es la que legitima la intervención médica y hace que la persona afectada asuma las consecuencias que se derivan de la misma (dolor, hospitalización, limitación funcional, etc.), incluso el consentimiento válidamente emitido exime de responsabilidad penal en los casos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo²⁵³.

De este modo el consentimiento constituye un acto personal²⁵⁴ y voluntario, que para su validez requiere ser emitido de forma libre y consciente por el sujeto tras recibir, de manera que le resulte comprensible, la información adecuada a sus necesidades, así como los riesgos y consecuencias de los posibles medios de curación: es lo que se denomina el consentimiento informado²⁵⁵. Se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, así como los demás que supongan riesgos importantes o repercusiones negativas en la salud del paciente²⁵⁶. La Ley Reguladora de la Autonomía del Paciente lo define en su art. 3 como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después*

²⁵³ Véase al respecto el art. 156 CP.

²⁵⁴ Véase el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, con relación al consentimiento por representación para el caso de personas incapaces o menores de edad, ya comentado en el apartado 2.4 del presente epígrafe.

²⁵⁵ La STS 8078/2011, de 7 de diciembre, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4ª señala que *“el consentimiento informado tiene por objeto asegurar la autonomía de decisión del paciente, que pueda así estar informado sobre los riesgos -y también las ventajas- que pueda suponer determinada intervención, de forma que le sea dable discernir la conveniencia de someterse a la misma, o bien de acudir a tratamientos alternativos, o incluso a cuidados paliativos”*.

²⁵⁶ Arts. 4 y 8 de la Ley 41/2002, reguladora de la Autonomía del Paciente.

de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

En el mismo sentido, la Ley del Parlamento de Galicia 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, reformada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo, dedica su art. 3 al consentimiento informado y señala:

1. “A los efectos de la presente Ley, se entiende por consentimiento informado el prestado libre y voluntariamente por el afectado para toda actuación en el ámbito de su salud y una vez que, recibida la información adecuada, hubiera valorado las opciones propias del caso. El consentimiento será verbal, por regla general, y se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y, en general, en la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

2. La prestación del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención un deber del médico.

3. El paciente tiene derecho a decidir libremente, tras recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Asimismo, tiene derecho a negarse al tratamiento, salvo en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”.

ROVIRA VIÑAS²⁵⁷ considera que el consentimiento informado garantiza el *estatus libertatis* en el que se reconoce un ámbito de autonomía, de plena autodeterminación sobre nuestra integridad corporal, para decidir sobre uno mismo, una esfera de no injerencia sin nuestro consentimiento. Lo anterior, implica la obligación de informar de todos los riesgos y beneficios ligados a un tratamiento o a la intervención médica que se proponga para que el paciente decida de acuerdo con su criterio, libre y expresamente en cada caso, antes, durante y después de la actuación médica y cualquiera que ésta sea.

²⁵⁷ ROVIRA VIÑAS, A., *Autonomía personal y tratamiento médico; una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 33 y ss.

La información y el consentimiento son una garantía para el ejercicio del derecho fundamental a la libertad, la integridad y la intimidad, que el servicio médico tiene la obligación de respetar. Para que esa información sea efectiva debe ser concreta, individualizada, clara, asequible y detallada. Se trata de un procedimiento jurídico que protege los derechos fundamentales del paciente, por lo que no dudamos en calificarlo como un instituto de relevancia constitucional.

También pone de manifiesto el citado autor que la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁵⁸ no vincula la obligatoriedad del consentimiento informado directamente con los derechos fundamentales, sino como parte de la *lex artis*²⁵⁹ y el contrato privado entre médico y paciente; así, muchas resoluciones judiciales argumentan que la obligación del consentimiento informado nace directamente de los códigos morales deontológicos, a menudo expresión del contenido de la *lex artis*, pero no de la Constitución ni de los derechos esenciales del paciente y señalan que el incumplimiento de esa obligación de informar sólo puede tener consecuencias jurídicas de carácter administrativo o civil, pero no sanciones penales.

Defendemos la misma posición doctrinal que ROVIRA VIÑAS cuando manifiesta no compartir este criterio de que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*, pues con ello la responsabilidad del médico que actúa sin consentimiento se fundamenta en un conjunto indeterminado de costumbres

²⁵⁸ STS 830/1997, de 2 de octubre, Sala de lo Civil, Sentencia 4813/2001 de 7 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª y Sentencia 7915/2011, de 29 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, entre otras. Por todas véase la STS 6944/2011, de 11 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, que recoge en su fundamento jurídico 3º la jurisprudencia emanada de este Tribunal, según la cual “*Que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente (a tener por cierta en el caso de autos ante la duda no despejada sobre el cabal cumplimiento de aquella obligación) constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (Sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002 , 26 de febrero de 2004 , 14 de diciembre de 2005 , 23 de febrero y 10 de octubre de 2007 , 1 de febrero y 19 de junio de 2008 , 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo , 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011)*”.

²⁵⁹ Se considera como tal el conjunto de reglas de conducta de carácter profesional que permiten establecer cuando una actuación, en este caso médica, es correcta, independientemente de su resultado.

médicas y prácticas científicas que sólo los propios médicos son capaces de concretar. Estas normas basadas en la experiencia y aplicables a cada acto médico individualizado, determinan quién debe actuar y cómo debe actuar, pero estos criterios generales no deben considerarse como legislación de desarrollo de los derechos fundamentales del paciente. Además, una intervención sin consentimiento, máxime cuando se trata de operaciones de riesgo, constituye una lesión grave y evidente de la integridad física, que por el hecho de producirse en el ámbito médico no debe quedar impune, por lo que propugna la tipificación penal del delito de actuación médica arbitraria, entendiendo como tal la realizada sin consentimiento y que afecte a los derechos fundamentales del paciente²⁶⁰.

Otro ámbito en el que la información suministrada por los facultativos reviste una especial importancia y servirá de base para la adopción de decisiones de gran trascendencia es el de los bebés prematuros. El increíble avance de la medicina neonatal en las dos últimas décadas ha permitido la supervivencia de los llamados “niños diminutos”, que nacen con pocas semanas de gestación y apenas 500 gramos de peso. Las nuevas técnicas utilizadas por los hospitales permiten su recuperación, aunque en muchos casos se den altas tasas de mortalidad y sobre todo graves secuelas de carácter físico o psíquico que acompañarán a esa persona de por vida.

De ahí que los especialistas en la materia se planteen la necesidad de establecer un “límite de viabilidad” que no debería sobrepasarse en estos casos debido al insuficiente grado de desarrollo del bebé que le condicionaría para siempre, en el supuesto de que llegase a sobrevivir. Con carácter general, pues no todas las clínicas utilizan los mismos criterios, ese límite se sitúa en las 23 semanas de gestación y entre los 400 y los 500 gramos de peso. Por debajo de ese tiempo de maduración en el útero, la tasa de mortalidad se aproxima al 100% y en caso de supervivencia las secuelas son gravísimas: lesiones cerebrales, ceguera, sordera, problemas motores, etc. Sin embargo también se dan casos sorprendentes como el

²⁶⁰ ROVIRA VIÑAS, ob. cit. p. 44 a 48 y 132.

de Amilia Taylor, una niña americana de 21 semanas de gestación y 280 gramos que consiguió sobrevivir sin secuelas aparentes²⁶¹.

Por estas razones los pediatras y neonatólogos estiman que la decisión de llevar a cabo la recuperación de estos prematuros extremos y aplicarles los tratamientos posibles debe ser adoptada conjuntamente por el equipo médico y los progenitores del bebé; éstos deberán ser informados de forma clara y precisa de los riesgos y secuelas que puede sufrir su hijo para adoptar la decisión que estimen más conveniente.

Continuando con el análisis de las normas que regulan esta materia, debemos tener en cuenta que la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, señala en su art. 4 los requisitos para realizar esta intervención cuando el órgano procede de un donante vivo y regula de forma muy específica en los apartados b) y c) cómo y quién debe prestar el consentimiento en estos supuestos.

En primer lugar, es necesario que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

En segundo lugar es preciso que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y que también está obligado a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento; y no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.

²⁶¹ Más información sobre esta noticia en www.abc.es/hemeroteca/historico-18-04-2008. Otras informaciones periodísticas señalan que su período de gestación era de 22 semanas (21 semanas y 6 días) y su peso 284 gramos. En cualquier caso está considerada como el bebé viable más prematuro del mundo.

Igualmente la jurisprudencia del TEDH exige el consentimiento del interesado para legitimar los tratamientos e intervenciones médicas y los pacientes pueden negarse a recibirlos aunque ello lleve consigo un resultado letal. Así, la Sentencia de 29 de abril de 2002²⁶² establece que la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente adulto y sano de espíritu, constituiría un atentado contra la integridad física, pudiendo afectar a los derechos protegidos por el art. 8 de la Convención.

Del mismo modo, la Sentencia de 9 de marzo de 2004²⁶³ examina el caso en el que a un menor ingresado en un hospital se le administra un tratamiento (diamorfina), en contra de la voluntad de su madre, que mostró su oposición expresa y reiterada en diferentes ocasiones, porque los médicos creían que el paciente había entrado en una fase terminal y necesitaba aliviar el dolor. El TEDH considera que la decisión de imponer un tratamiento al menor oponiéndose a las objeciones de su madre supuso una injerencia en el derecho del primero al respeto de su vida privada, y en concreto, a su derecho a la integridad física, ya que el marco regulatorio en el Estado demandado se basa en la obligación de proteger la vida de un paciente, salvo en circunstancias excepcionales, pero prioriza el requisito del consentimiento parental y, salvo en situaciones de emergencia, exige que los médicos soliciten la intervención de los tribunales en caso de objeción por parte de los padres. En este caso debió solicitarse el control judicial pues la sucesión de los hechos, a lo largo de varios días, pone de manifiesto que no se trataba de una situación de urgencia.

Nuestro Tribunal Constitucional también ha puesto de manifiesto la interrelación entre salud e integridad en diversas resoluciones, aparte de la Sentencia 120/1990, sobre la huelga de hambre de presos del GRAPO, que analizaremos en las siguientes páginas.

Destaca, por ejemplo, la STC 119/2001, de 24 de mayo, donde admite que la contaminación acústica lesiona el derecho a la integridad cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de la acción u omisión de los poderes públicos rebasen el umbral a partir del cual se ponga en

²⁶² Caso Pretty c. Reino Unido.

²⁶³ Caso Glass c. Reino Unido.

peligro grave e inmediato la salud (F. Jco. 6º). La misma doctrina se repite en la STC 5/2002, de 14 de enero, cuyo fundamento jurídico 4º establece que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma²⁶⁴.

VI.1. Los tratamientos sanitarios obligatorios

Las intervenciones médicas realizadas sin el consentimiento o contra la voluntad del interesado presentan especial importancia en los ámbitos constitucional y penal, afectando a creencias y sentimientos firmemente arraigados en la conciencia de las personas; en este ámbito entran en juego la libertad de pensamiento, religión y conciencia que pueden incidir e incluso colisionar con otros derechos como la vida o la salud de los demás.

La legislación sanitaria a la que nos hemos referido en apartados anteriores, tiene por objeto promover la salud de los ciudadanos, en desarrollo de las previsiones contenidas en el art. 43 CE. Sin embargo, la asistencia médica en nuestro ordenamiento jurídico se configura como un derecho y no como un deber, puesto que el paciente puede escoger entre aceptar el tratamiento que se le ofrece o pedir el alta médica. Así lo prevé el art. 21 de la Ley 41/2002 que señala:

“1. En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.

²⁶⁴ En el mismo sentido STC 35/1996, de 11 de marzo.

2. *En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del Juez para que confirme o revoque la decisión”.*

Por tanto, los facultativos tienen la obligación de informar al paciente de cuál es el tratamiento más apropiado para su enfermedad y éste puede escoger entre seguirlo, rechazarlo o pedir que se le apliquen terapias alternativas si ello fuese posible.

Pero además de las excepciones previstas en el art. 9.2 de la Ley de Autonomía del Paciente, el principio general del consentimiento y la libertad de decisión del individuo en el ámbito de la intervención médica presenta otras excepciones de notoria importancia: son los denominados tratamientos sanitarios obligatorios, entre los que destacan los casos de transfusiones de sangre a testigos de Jehová, la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre y los supuestos de vacunaciones obligatorias, que pasamos a examinar a continuación.

VI.1.1) Transfusiones de sangre a Testigos de Jehová

Un método tan habitual en la praxis médica como es la realización de una transfusión sanguínea, genera en no pocas ocasiones la intervención de los órganos judiciales cuando el destinatario de la misma es un testigo de Jehová²⁶⁵ y se niega a que le sea practicada, aún a sabiendas de que puede poner en peligro su vida. Se produce entonces un conflicto entre la obligación médica de aplicar el tratamiento necesario para salvar la vida del paciente y el derecho a la libertad religiosa de cada persona, que debe resolverse generalmente a través de los juzgados de guardia²⁶⁶.

²⁶⁵ Esta confesión religiosa prohíbe a sus fieles las transfusiones sanguíneas por considerarlas contrarias a los Libros Sagrados.

²⁶⁶ Tradicionalmente se discutía si lo que debía predominar en estos casos era la libertad de conciencia del paciente o bien el derecho a la vida. Sin embargo algunos autores consideraban (véase al respecto diferentes opiniones recogidas por ESPINOSA LABELLA, M., “*Comisión por omisión e imprudencia en la doctrina y la jurisprudencia, con especial referencia a las transfusiones de sangre a los testigos de Jehová*”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 3, junio 2009) que como el suicidio no está sancionado en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco se puede obligar a una persona a que no pueda ejercer el derecho a disponer sobre la propia vida, criticándose el afán de salvar vidas a toda costa. Frente a esta postura ESPINOSA LABELLA señala que se parte de una posición errónea

El contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el art. 16 de la Constitución española, debe ser interpretado conforme a los tratados internacionales ratificados por nuestro país²⁶⁷, entre ellos el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo art. 9 después de reconocer la libertad de pensamiento, conciencia y religión, establece en su párrafo 2º que “ *la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*”. En términos similares se manifiesta el art.18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶⁸ y el art. 3.1 de la Ley de Libertad Religiosa²⁶⁹.

De esto se desprende que la libertad religiosa no se garantiza de modo absoluto, sino que en caso de conflicto podrá ser limitada por otros derechos constitucionalmente protegidos, sobre todo cuando resulten afectados los derechos de los demás, lo que exige una ponderación de la colisión de intereses que se produzca en cada caso concreto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en estos supuestos ha considerado que debía prevalecer el derecho a la vida frente al derecho a la libertad religiosa, por ello en la Sentencia de 27 de marzo de 1990 condena por un delito de homicidio por dolo eventual a un testigo de Jehová que desconectó el catéter a una paciente inconsciente y gravemente herida, que presumiblemente tenía sus mismas

ya que por su propia concepción religiosa los Testigos de Jehová difícilmente pueden querer el suicidio, sino que lo que pretenden es que no se violente su idea religiosa sobre las transfusiones de sangre, aunque puedan perder la vida por esta causa, éste no es su deseo; por tanto, es obvio que el conflicto no es entre el derecho a morir y el derecho a la vida, sino entre sus creencias religiosas y el derecho a la vida.

²⁶⁷ Según lo previsto en el art. 10.2 CE.

²⁶⁸ El art. 18.3 de este instrumento internacional establece: “*La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás*”.

²⁶⁹ LO 7/1980, de 5 de julio, cuyo párrafo primero dispone: “*El ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad Religiosa y de Culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*”.

creencias, impidiendo que se le practicara una transfusión de sangre, a consecuencia de lo cual falleció.

Señala la citada resolución que el problema de precisar en este caso si las creencias religiosas pudieron privarle de la conciencia o del sentido antijurídico de su conducta debe recibir una respuesta negativa, porque el acusado conocía el carácter ilícito de su comportamiento, ya que en la vía de la simple reflexión era posible colegir que la acción realizada estaba en abierta oposición a las normas ético/sociales vigentes, y por vía de información no podía ignorar que aquella norma o regla de conducta religiosa había sido reprobada en repetidas resoluciones de este Tribunal que reconocían el valor indisponible de la vida humana, resolviendo a favor de este bien jurídico el conflicto suscitado con el derecho a la libertad religiosa, ambos constitucionalmente protegidos, pero con preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás. En definitiva, las creencias religiosas indicadas no pueden disminuir la reprochabilidad del hecho por cuanto era del todo exigible al sujeto un comportamiento adecuado a la norma.

La STS 950/1997, de 27 de junio, condena a los padres de un menor de 13 años, testigos de Jehová, como autores de un delito de homicidio por comisión por omisión, con la atenuante muy cualificada de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión. En este caso, el menor fue ingresado en el hospital como consecuencia de las lesiones sufridas por una caída de la bicicleta siendo preciso practicarle una transfusión sanguínea, a lo que sus padres se negaron por motivos religiosos. El centro hospitalario solicitó del Juzgado de Guardia autorización para practicar la intervención y le fue concedida únicamente para el supuesto de que resultase imprescindible para la vida del menor. Cuando los médicos trataron de practicar la transfusión aquél, sin intervención de sus padres, se negó rotundamente a ello reaccionando de forma violenta en un estado de gran excitación, que los médicos consideraron contraproducente, pues podía provocarle una hemorragia cerebral; pidieron entonces a los padres que trataran de convencer a su hijo y estos se negaron, dándole al día siguiente el alta voluntaria.

Tras un periplo por diferentes hospitales en busca de un tratamiento alternativo, que puso de manifiesto la necesidad de la transfusión sanguínea, los acusados regresaron con su hijo a su domicilio de Fraga. Allí el Juzgado de

Instrucción, a la vista del delicado estado en que se encontraba, ordenó que al menor se le aplicase la asistencia médica que resultase necesaria, incluida la transfusión, que le fue practicada tras su traslado al hospital, al que llegó en coma profundo, falleciendo al día siguiente. En el relato de hechos probados consta que si el menor hubiese recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia, dependiendo a largo plazo de la enfermedad que padecía que no pudo ser diagnosticada. Por estos hechos los acusados habían sido absueltos por la Audiencia Provincial de Huesca, en sentencia de 20 de noviembre de 1996.

Por primera vez el Tribunal Supremo establece en esta sentencia que una persona adulta y capaz puede oponer su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección. Sin embargo, cuando el tratamiento resulta necesario para salvar la vida de un menor de edad o evitarle un daño irreparable, la situación es muy distinta y en este caso es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se le efectúe el tratamiento aunque los padres hayan expresado su oposición. El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres; si éstos dejan morir a su hijo porque sus convicciones religiosas prohíben el tratamiento hospitalario o la transfusión de sangre se genera una responsabilidad penalmente exigible.

De esta forma el Tribunal Supremo se aproxima a la posición doctrinal dominante: el derecho a rechazar un tratamiento y a arriesgar la propia vida sólo puede ejercerse personalmente, no puede suplirse la voluntad en estos casos a través del representante legal, puesto que se trata de una decisión de consecuencias irreversibles, que no admite variaciones posteriores en función, por ejemplo, de que madure la personalidad del menor²⁷⁰.

La STC 154/2002, de 18 de julio, otorga el amparo solicitado por los padres, al reconocer que se les ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa,

²⁷⁰ Véase al respecto ESPINOSA LABELLA, M., *“Comisión por omisión e imprudencia en la doctrina y la jurisprudencia, con especial referencia a las transfusiones de sangre a los testigos de Jehová”*, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 3, junio 2009, p.131.

y anula la sentencia dictada por el Tribunal Supremo. Considera el máximo intérprete constitucional que la oposición del menor a la transfusión supuso un ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y a la integridad física aunque no resulta acreditado que tuviese la capacidad o madurez de juicio suficiente para tomar una decisión tan trascendental. Si bien los progenitores ostentaban una posición de garante respecto de la vida de su hijo, el Alto Tribunal no considera exigible que tratasen de disuadirlo cuando rechazó la transfusión, siendo suficiente que le prestasen asistencia médica en los hospitales y acatasen la orden judicial, aunque de forma tardía, lo que llegó a provocarle la muerte; sus creencias religiosas no les obligaban a otro comportamiento al tutelar los derechos del menor, de ahí que su actuación esté amparada por la libertad religiosa.

De lo expuesto y tras esta importante resolución, se deduce que cuando una persona mayor de edad y plenamente capaz rechace el tratamiento deberán buscarse soluciones alternativas y, de no haberlas, no puede imponérsele la transfusión por la fuerza. No obstante, se trata de un derecho personalísimo que sólo puede ser ejercitado por el interesado, de ahí que sus familiares no estén legitimados para rechazar la intervención, salvo que conste de forma clara y fehaciente la negativa del enfermo a aquélla.

En suma, cuando se trate de menores de edad, los padres no podrán poner en peligro la vida de su hijo por sus convicciones religiosas; el Juez deberá resolver el conflicto entre la libertad religiosa y el valor fundamental de la vida, teniendo en cuenta la edad del menor (si tiene suficiente madurez) y el perjuicio irreparable que una decisión tan grave puede ocasionar, es decir, decidirá atendiendo al interés preponderante del menor.

En este sentido, no debemos olvidar lo que el propio Tribunal Constitucional establece en la Sentencia 141/2000, de 29 de mayo²⁷¹, cuyo fundamento jurídico 5º dispone que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, entre ellos, los derechos a la libertad de creencias y a la integridad moral, sin que su ejercicio y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que puedan decidir quienes tengan atribuida su guarda y custodia o su

²⁷¹ En el mismo sentido véanse las SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio y STEDH de 23 de junio de 1993, Caso Hoffmann.

patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y de los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. Así pues, sobre los poderes públicos, y especialmente sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el interés superior del niño o niña²⁷².

VI.1.2) Alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre

A diferencia de los supuestos anteriores en los que la persona que se niega al tratamiento padece previamente una enfermedad, en los casos que ahora vamos a examinar la situación que genera el daño ha sido provocada por el propio enfermo

²⁷² Si bien el art. 27.3 CE reconoce que los poderes públicos han de garantizar el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones, el párrafo segundo de dicho precepto supone un límite a las decisiones de los progenitores o tutores en materia de educación, al establecer que ésta “*tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”. Esto implica que la educación que escojan los padres no deberá obstaculizar el pleno desarrollo y la maduración del menor, ni tampoco su libertad de pensamiento, ni siquiera en el caso de los menores inmigrantes, en virtud de lo dispuesto en art. 16 CE; ese grado de madurez y desarrollo determinarán en cada caso el ejercicio de la libertad de conciencia del menor sobre todo en situaciones de conflicto o desacuerdo con las decisiones paternas.

En supuestos especialmente graves, como aquellos en los que se pretende someter a las niñas o adolescentes a mutilaciones genitales, fundamentándolas en costumbres culturales o religiosas, la libertad de conciencia de los padres, decae no sólo frente a esa misma libertad de la menor, sino sobre todo frente a su derecho a la libertad física y moral que garantiza el art. 15 CE, en base en la dignidad humana y que en ningún caso puede ser vulnerado por códigos éticos o religiosos. Por tanto, el progenitor extranjero no puede apoyarse en su derecho a la libertad de pensamiento para realizar prácticas contrarias a los derechos y libertades de los demás, ni siquiera de sus propios hijos, traspasando así la propia legislación los límites del ámbito familiar, como ocurre ya en otros casos, para salvaguardar los derechos y libertades fundamentales de todas las personas.

En este sentido el art.3.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas*”. Vid. ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.137 a 141 y 283 a 289.

que se niega a ingerir alimentos porque está llevando a cabo una huelga de hambre de carácter reivindicativo.

Como protesta ante la política penitenciaria de dispersión de presos por los diferentes centros del territorio nacional, los reclusos de la organización terrorista GRAPO iniciaron una huelga de hambre anunciando que llegarían hasta las últimas consecuencias si no se modificaba esa situación. De esta forma colocaban a la Administración ante la alternativa de revocar la medida contra la que dirigían su protesta o presenciar pasivamente su muerte.

La decisión de acordar su alimentación forzosa fue impugnada por los presos ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid que estimó la licitud de esa alimentación a partir del momento en que los huelguistas perdieran la conciencia. El Ministerio Fiscal discrepó de esta decisión al entender que la alimentación forzosa debía iniciarse cuando peligrara la vida del interno, sin esperar a la pérdida de su conciencia y la Audiencia Provincial de Madrid aceptando este criterio estimó necesaria la alimentación forzosa por vía parenteral cuando, de acuerdo con los conocimientos médicos, ello fuera necesario para impedir el riesgo de muerte, sin que en ningún caso se suministrase la alimentación por vía bucal en tanto persista su estado de determinarse libre y conscientemente.

Ante el recurso de amparo interpuesto por los presos contra la anterior resolución judicial, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 120/1990, de 27 de junio, resuelve la cuestión planteada en base a la obligación que tienen las autoridades penitenciarias de velar por la salud de los reclusos y, aunque no se plantea el dilema entre el derecho a la vida y la libertad de conciencia, ni se reconoce la existencia de un derecho a morir tutelado por los tribunales, sí parece dar una cierta prevalencia a la libertad del sujeto sobre su propia vida, frente a actos que supongan una limitación de esa libertad.

El Alto Tribunal manifiesta que limita sus consideraciones al caso que resuelve en la sentencia, con el fin de evitar todo confusionismo con otros supuestos de asistencia médica obligatoria distintos a éste, que quizás requieran diferente solución en atención a las diversas condiciones en que se susciten y establece que el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo ordinario y constitucional frente a toda actuación de

los poderes públicos que amenace su vida o su integridad; y les impone el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho²⁷³.

El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. La aceptación de ésta es un acto que la ley no prohíbe pero no un derecho subjetivo de carácter fundamental, por ello no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente. La muerte de los recurrentes puede ser consecuencia de su protesta reivindicativa, pero no un resultado directamente deseado que permitiese hablar, en el caso de que existiese, de ejercicio del derecho fundamental a la propia muerte, ni que este supuesto derecho pueda haber sido vulnerado por la coacción terapéutica²⁷⁴.

El derecho a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 CE resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, lo que puede venir determinado por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional. En este caso, la sujeción especial existente entre la Administración y los reclusos origina una serie de derechos y deberes recíprocos entre los que destaca el deber de la primera de velar por la vida, la integridad y la salud de los segundos; estos valores constitucionalmente consagrados permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de los internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, límites que podrían resultar contrarios a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas²⁷⁵.

²⁷³ En referencia al *nasciturus*, según lo establecido en la STC 53/1985.

²⁷⁴ Fundamentos jurídicos 5º y 7º.

²⁷⁵ Fundamentos jurídicos 8º y 6º.

La decisión de afrontar la propia muerte no es un derecho, sino una manifestación de libertad genérica y es preciso examinar la finalidad que persigue en este caso el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la Ley. Por ello, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria, y otra cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico, pues en este supuesto concreto la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger.

Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo, al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida.

Por ello en esa actuación médica, ajustada a la *lex artis*, no existen indicios de vejación e indignidad. No obstante, la aplicación de tratamiento médico y alimentario forzoso implica el uso de medidas coercitivas que inevitablemente han de comportar concretas restricciones a la libertad de movimiento o a la libertad física en alguna de sus manifestaciones. Pero tales restricciones, en cuanto inherentes a esa intervención médica no violadora de derechos fundamentales, no constituyen lesión de los derechos a la integridad física ni de los recogidos en el art. 17 CE, porque además el art. 45.1 b) de la LOGP permite esas mismas medidas²⁷⁶ (F. Jco. 11º).

²⁷⁶ El citado precepto establece que sólo podrán utilizarse, con autorización del director del centro penitenciario, los medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente, entre otros supuestos, para evitar daños de los internos a sí mismos.

La doctrina sentada en esta resolución se reitera en las SSTC 137/1990, de 19 de julio y 11/1991, de 17 de enero. No obstante, surgieron opiniones discrepantes frente a este criterio jurisprudencial basadas fundamentalmente en los argumentos contenidos en el voto particular emitido en la Sentencia 120/1990 por el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, según el cual la obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, que en relación a su vida y salud, y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria.

También se señala que aunque la alimentación forzosa persiga un objetivo humanitario, de salvaguardia de la vida y la salud, tal objetivo sólo puede realizarse si se trata de un medio transitorio, puesto que si se prorroga indefinidamente, en la medida en que permanezca la situación de huelga de hambre, no garantiza la realización de ese objetivo y provoca un alargamiento innecesario de la degradación física y psíquica de la persona implicada, mantenida artificialmente en vida en condiciones tan precarias que pueden llegar a ser inhumanas. Por ello, es incontrovertible que la solución adoptada por la resolución judicial impugnada, no puede mantenerse indefinidamente sin colocar a la persona en una situación degradante y contraria a su dignidad humana.

Por todo ello, opina el citado Magistrado que, aunque ninguna de las alternativas que se ofrecían era satisfactoria, partiendo de los propios razonamientos de libertad de tratamiento médico del ciudadano libre, la Sentencia debería haber llegado a la conclusión de estimar el amparo, confirmando, en consecuencia, la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Igualmente en el voto particular formulado por el Magistrado don Jesús Leguina Villa, se expresa su disenso con la decisión mayoritaria de denegar el amparo. Desde su punto de vista, los motivos alegados no son suficientes para forzar la voluntad de los recurrentes de negarse a ser alimentados y recibir asistencia médica. No estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda

costa, ninguna relación de supremacía especial, tampoco la penitenciaria, puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aún cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás.

Continúa señalando el citado Magistrado que el deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina cuando renuncia el enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos. Los reclusos que con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás, se niegan a recibir alimentos y asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser subvenidas por los poderes públicos, son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les propongan.

VI.1.3) Las vacunas y la salud pública

Desde hace décadas la utilización de vacunas para prevenir determinadas enfermedades, con un alto índice de contagio entre la población, se ha revelado como un método tremendamente eficaz para el control y, en algunos casos, la desaparición de muchas dolencias que constituían un importante problema sanitario, de ahí que se recomiende un calendario de vacunación infantil desde los primeros meses de vida.

Por ello puede extrañarnos que, a pesar de la enorme trascendencia que las vacunas tienen para la salud pública de los ciudadanos, en nuestro ordenamiento jurídico no haya ninguna norma que de forma explícita imponga el deber de vacunación²⁷⁷; no obstante, como veremos a continuación, algunas disposiciones dispersas permiten a los poderes públicos imponer la vacunación forzosa en supuestos concretos como en caso de epidemia.

²⁷⁷ Este deber sí se ha impuesto legalmente en algunos países, como ocurre en Estados Unidos.

Las políticas de salud pública tienen por objeto la prevención de enfermedades y se apoyan en el art. 43.2 CE en el que se establece que “*competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas*”. En desarrollo de esta previsión constitucional se han dictado distintas normas que permiten la adopción de medidas determinadas por parte de los poderes públicos en situaciones de riesgo o urgencia para la salud colectiva.

Así, la Ley General de Sanidad²⁷⁸ señala como uno de sus principios generales la prevención de enfermedades y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud²⁷⁹, que prevé en su art. 11 las prestaciones que comprende la salud pública, recoge como tales los sistemas de alerta epidemiológica, la respuesta rápida ante emergencias en salud pública y la prevención de enfermedades.

Por su parte, la LO 3/1986²⁸⁰ señala las medidas que pueden adoptar las autoridades sanitarias en situaciones de urgencia o necesidad para la salud pública, tales como el reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas, o bien por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible²⁸¹.

Además como ya hemos señalado anteriormente, la Ley de Autonomía del Paciente²⁸² establece que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar

²⁷⁸ Ley 14/1986, de 25 de abril.

²⁷⁹ Ley 16/2003, de 28 de mayo.

²⁸⁰ LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública.

²⁸¹ Arts. 2 y 3 de la LO 3/1986.

²⁸² Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

con su consentimiento cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley²⁸³

De lo anterior podemos deducir que la protección de la salud pública y la prevención de enfermedades, como fines constitucionalmente encuadrables en el art. 43.2 CE y tutelados a través de las disposiciones que acabamos de señalar, pueden limitar el ejercicio del derecho a la integridad corporal, en concreto el derecho a rechazar el tratamiento médico y dentro de éste el catálogo de vacunas previsto por la Administración Sanitaria (inicialmente no obligatorio, sino sólo recomendable) en los casos en los que exista un riesgo para la salud de la población y en especial en los casos de brotes de enfermedades que pueden prevenirse mediante la vacunación, pero no ampararía la aplicación obligatoria de las vacunas infantiles en el caso de que los padres se nieguen a que su hijo sea vacunado según el calendario sanitario previsto al respecto.²⁸⁴

En todo caso la medida deberá ser adoptada mediante resolución judicial y, al igual que en los demás supuestos de intervenciones corporales, tendrá que cumplir con todos los requisitos que integran el denominado “principio de proporcionalidad”, que será objeto de estudio en el Capítulo III de este trabajo.

Para concluir, es necesario recordar que la competencia para adoptar esta resolución corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa al establecer el art. 8.6 de la Ley 2/1998 que corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las

²⁸³ La única norma que hace referencia a la obligatoriedad de las vacunas es la Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, cuyo artículo único establece: *“Las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendadas y, en su caso, impuestas por las autoridades sanitarias.”* No obstante, debido al carácter ordinario de esta norma, no parece posible que con relación a ella se pueda acordar una decisión administrativa de imposición forzosa de una medida que afecta a derechos fundamentales como la integridad física, sería necesario que tal previsión estuviese contenida en una ley orgánica, a tenor de lo dispuesto en el art. 81 CE.

²⁸⁴ En los últimos años ha cobrado relevancia en determinados países, especialmente en Estados Unidos, un movimiento social que rechaza fundamentalmente la vacunación de los menores de edad por motivos diversos, por ejemplo, que disminuyen la inmunidad, causan reacciones adversas, se realizan únicamente por motivos de carácter económico, etc.

autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.²⁸⁵

VII. INTEGRIDAD E INCAPACIDAD

Como hemos visto, el derecho a la integridad corresponde a todas las personas físicas por el mero hecho de serlo, es decir, desde su nacimiento. Sin embargo su ejercicio puede resultar limitado por diversas causas entre las que se encuentra la falta de capacidad de una persona para actuar por sí misma, ya sea por motivos de índole mental o de carácter físico.

Es en el ámbito médico donde adquieren una mayor relevancia práctica las limitaciones a la capacidad de obrar de las personas en relación con el derecho que estudiamos, puesto que los incapaces también se ponen enfermos y requieren de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas que menoscaban su integridad, pero no pueden en muchos casos otorgar un verdadero consentimiento informado, precisamente porque no tienen la plena capacidad para prestarlo.

En estos supuestos, además del grado de discernimiento que tenga el sujeto, será preciso tener en cuenta otras circunstancias importantes como el tratamiento o intervención que se le vaya a practicar (no es lo mismo un análisis de sangre que una operación de corazón) y, evidentemente, lo dispuesto en la sentencia correspondiente, en el caso de que esa persona haya sido incapacitada judicialmente. Así, el art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

A esta materia hace referencia el artículo 6 del Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997, para la Protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y de la medicina, que regula la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su

²⁸⁵ Ley 2/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

consentimiento y establece en su párrafo 3º que *“Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización”*.

En términos similares se expresa la Ley de Autonomía del Paciente²⁸⁶ cuyo art. 9.3 establece con relación a las personas incapaces: *“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*

1. *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*
2. *Cuando el paciente esté incapacitado legalmente*²⁸⁷.

Por su parte, el párrafo 5 del mismo precepto señala que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, éste participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

Las Comunidades Autónomas han legislado también sobre esta materia de manera semejante a la norma estatal y en algunos casos de forma más específica.

²⁸⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²⁸⁷ El párrafo c) regula el consentimiento por representación en el caso de menores de edad y a él ya nos referimos en el apartado 2.4 del presente epígrafe.

Así, Ley 3/2001, de 28 de mayo, del Parlamento de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes²⁸⁸, establece en su art. 6 que el consentimiento por sustitución se otorgará, entre otras, en las siguientes situaciones:

a) Cuando el paciente esté circunstancialmente incapacitado para tomar decisiones, por criterio del médico responsable de la asistencia, el derecho corresponderá a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

En caso de familiares, se dará preferencia al cónyuge o, en su caso, a quien tenga la condición legal de pareja de hecho. En su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los que ejerzan de cuidadores o, a falta de éstos, a los de mayor edad.

b) Cuando el paciente sea un incapacitado legal, el derecho corresponde a su representante legal, que habrá de acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del incapaz.

Asimismo, cuando a criterio del médico responsable, el incapacitado reúna suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su capacidad. La opinión de éste será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su capacidad.

Según el apartado d), en caso de que la decisión del representante legal sea contraria a los intereses del menor o incapacitado, habrán de ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil.

Aunque esta norma distingue entre la incapacidad circunstancial y la jurídica, no concreta, con relación a la primera, en qué supuestos de urgencia podrá acudir al consentimiento por sustitución, ni establece si el médico quedará vinculado o no por la decisión que adopte la familia. Tampoco se regula el supuesto del incapacitado judicialmente, que a juicio del médico reúna suficientes condiciones de madurez, pero cuya opinión resulte contraria a la de sus representantes legales.

²⁸⁸ Reformada por la Ley 3/2005, de 7 de mayo.

Entendemos que en todos estos casos en que las opiniones entre el paciente y sus representantes, o el propio médico, son divergentes deberá acudirse a la vía judicial para resolver la cuestión, siendo el Juez el que en atención a las circunstancias del caso y basándose en el principio de protección del incapaz, acuerde lo que resulte más conveniente para los intereses de aquél. Si la urgencia del caso no permitiese tal dilación debería aplicarse, a nuestro juicio, la norma general prevista en el art. 9.2 de la ley de Autonomía del Paciente, según el cual los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley o cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

VII.1. La donación de órganos o tejidos por personas incapaces de consentir

Para seguir ampliando los logros científicos alcanzados en los últimos años en el campo de la Biología y la Genética, que nos permitan conseguir la curación o el tratamiento de enfermedades que hasta ahora no lo tienen, es necesario disponer de material biológico humano; esto implica intervenir en el cuerpo de las personas, ya se trate de los propios pacientes o de aquellos que, aún gozando de buena salud, deciden de forma altruista colaborar con la ciencia. Por ello es preciso conciliar el interés científico con el respeto a la dignidad de las personas, estableciendo normas para que la praxis médica se realice de forma adecuada a esos intereses y se garanticen al mismo tiempo los derechos de los afectados.

La rápida expansión en la investigación sobre estas materias, puso también de manifiesto la necesidad de una regulación internacional en este ámbito que se materializó en el Convenio para la protección de los derechos del hombre y de la dignidad del ser humano en relación con las aplicaciones de la Biología y la Medicina, celebrado en Oviedo el 4 de abril de 1997²⁸⁹. Con él se trata establecer un

²⁸⁹ Si bien este Convenio surge en el ámbito del Consejo de Europa, tiene una vocación universal, pues a él puede adherirse cualquier país del mundo.

nivel mínimo de protección de los derechos humanos frente a los posibles abusos en las investigaciones científicas y evitar que la falta de regulación de los Estados sobre esta materia pueda desencadenar la existencia de paraísos para traficar impunemente con órganos y tejidos humanos o realizar manipulaciones genéticas absolutamente incompatibles con la dignidad y los derechos más elementales de la persona.

En este sentido la Directiva 36/2011, de 5 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incluye en su art. 2 la extracción de órganos como una de las infracciones que, en esta materia, deben ser punibles por los Estados miembros, al tratarse de una de las prácticas a las que son sometidas las víctimas de esta lacra social, estableciendo medidas de protección y apoyo de carácter legal, sanitario, o asistencial, con la finalidad de minimizar, en la medida de lo posible las consecuencias tanto físicas como psicológicas que esa actividad delictiva provoca en las víctimas, especialmente si se trata de menores de edad.

El especial interés que en el ámbito biomédico suponen los trasplantes de órganos y tejidos de origen humano motivó la elaboración de un Protocolo adicional a la Convención sobre derechos del hombre y la biomedicina, aprobado en Estrasburgo el 24 de enero de 2002, que desarrolla las líneas básicas sobre la materia establecidas en los artículos 19, 20 y 21 del citado Convenio.

El trasplante de órganos es preciso en el caso de enfermedades incurables en las que la ausencia de un tratamiento adecuado motiva la sustitución del órgano o tejido dañado, por ello es necesaria su obtención de un cadáver o del cuerpo de una persona viva, que de este modo dispone de su integridad y arriesga su salud para que otros puedan curarse. Se trata de un generoso acto de solidaridad ya que la persona que proporciona el material biológico no recibe contraprestación alguna y el beneficio del trasplante recae en el receptor²⁹⁰.

²⁹⁰ En este sentido el art. 21 del Convenio de Oviedo establece que el cuerpo humano y sus partes no deberán ser objeto de lucro. No obstante, el art. 21 del Protocolo Adicional de 2002 no considera que exista beneficio económico en la indemnización de las pérdidas sufridas por el donante vivo, los gastos justificados ocasionados por la extracción, los exámenes médicos u otros relacionados con el trasplante y la indemnización de los daños indebidos causados al donante (por ejemplo, en otros órganos).

El art. 19 del Convenio de Oviedo establece que la extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable.

El consentimiento deberá ser libre y explícitamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad²⁹¹, es decir, deberá ser un consentimiento específico para el trasplante que se vaya a realizar, después de recibir una información adecuada sobre las consecuencias y riesgos, así como las posibles alternativas a la intervención, y podrá ser retirado en cualquier momento²⁹².

El art. 20 regula la protección de las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos y señala:

1. *“No podrá procederse a ninguna extracción de órganos o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5.*

2. *De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:*

I. Si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento.

II. Si el receptor es hermano o hermana del donante.

III. Si la donación es para preservar la vida del receptor.

IV. Si se ha dado explícitamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente.

²⁹¹ El consentimiento informado se regula en el art. 5 del Convenio.

²⁹² Artículos 5 y 13 del Protocolo Adicional de 2002.

V. *Si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma*".²⁹³

Por tanto, se prohíbe la extracción de órganos y tejidos para trasplante de las personas incapacitadas física o psíquicamente para prestar su consentimiento, pero se permite la extracción de tejidos regenerables²⁹⁴ cuando el receptor sea hermano del donante y resulte necesario para salvar su vida, al no haber otro donante compatible, siempre que el incapaz no exprese su rechazo a la extracción y se dé la autorización de su representante legal o autoridad competente. De esta forma, la decisión del incapaz sólo se tiene en cuenta en caso de que sea negativa, es decir, la que no le va a suponer riesgo ni perjuicio alguno y que resulta coherente con el carácter voluntario de la donación de órganos.

Con esta excepción se trata de buscar un equilibrio entre el beneficio terapéutico que obtiene el receptor y el riesgo que puede asumir el donante, sin que se produzca una merma de sus derechos fundamentales. El principio de solidaridad que preside estos actos se ciñe además, en este caso, a parientes muy próximos como son los hermanos.

La prohibición establecida se fundamenta en la falta de desarrollo personal o de capacidad que permita al menor o incapaz decidir sobre un acto de vital importancia que puede condicionar notablemente su futuro, por lo que resulta necesario dotarlos de una adecuada protección frente a decisiones que pueden entrañar un riesgo para su vida o su salud y que implican una lesión de su integridad corporal.

Las mismas previsiones se reproducen en los artículos 13 y 14 del Protocolo Adicional de 2002, cuyo ámbito de aplicación según su art. 2 se extiende además de a los trasplantes de órganos y tejidos de origen humano, a las células, incluyendo las células madre hematopoyéticas. El art. 15 prevé la posibilidad de que

²⁹³ El art. 6 del Convenio de Oviedo, prevé que cuando los menores o incapaces no tengan capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir en la medida de lo posible en el procedimiento de autorización.

²⁹⁴ Son los tejidos capaces de reconstituir su masa y sus funciones tras una extracción parcial, lo que aminora los riesgos para la salud del donante. Véase al respecto TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *"La donación de órganos o tejidos de donante vivo por personas incapaces de consentir a la luz del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina y su protocolo adicional"* en Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Dykinson, Madrid, 2005, p. 393.

los Estados amplíen estos límites cuando se trate de donación de células y ello implique un riesgo o una molestia mínimos, autorizando que puedan realizarse sin que vayan destinados a un hermano y sin que sea necesario para salvar la vida del receptor, manteniéndose los demás requisitos exigidos para la donación por incapaces.

En España la regulación jurídica sobre esta materia aparece dispersa en diferentes normas que analizamos a continuación. Además de las disposiciones contenidas en la Ley de Autonomía del Paciente a las que nos hemos referido en apartados anteriores²⁹⁵, debemos destacar en primer lugar la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, cuyo art. 4 establece los requisitos necesarios para la obtención de órganos procedentes de un donante vivo, entre ellos que el donante goce de plenas facultades mentales, puesto que no podrá obtenerse ningún tipo de órgano de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.

Esta ley fue desarrollada por el RD 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos; su art. 9 señala que el donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado, habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

No podrá realizarse la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores. En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por

²⁹⁵ Art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico, social o psicológico.

El estado de salud físico y mental del donante deberá ser acreditado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor (art. 9.3)

Para proceder a la extracción de órganos de donante vivo, el interesado deberá otorgar por escrito su consentimiento expreso ante el Juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico al que se refiere el art. 9.3, del médico responsable del trasplante y de la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, según figure en el documento de autorización del centro.

El documento de cesión donde se manifiesta la conformidad del donante será firmado por el interesado, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Cualquiera de ellos podrá oponerse eficazmente a la donación si albergan duda sobre que el consentimiento del donante se ha manifestado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. De dicho documento de cesión deberá facilitarse copia al interesado y en ningún caso podrá efectuarse la extracción de órganos sin la firma previa de este documento.

Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.

Vemos, así, como nuestra legislación recoge los principios generales de la normativa internacional sobre trasplantes de órganos en materia de consentimiento y protección de menores e incapaces: mayoría de edad, plenas facultades mentales y consentimiento libre, expreso y consciente; la más mínima duda sobre la ausencia

de alguno de estos requisitos impedirá la donación. Finalmente, dicha protección se refuerza con la intervención de distintos profesionales médicos y el otorgamiento del consentimiento ante la autoridad judicial.

VII.1.1) La donación de células y tejidos humanos

El trasplante de células y tejidos humanos ha aumentado de forma notable en los últimos años debido a las grandes posibilidades terapéuticas que proporciona a muchos pacientes. Su utilización clínica se basa en los mismos principios de voluntariedad, anonimato, altruismo y solidaridad que caracterizan a los trasplantes de órganos.

Para asegurar una regulación armonizada entre los Estados miembros, se dictaron en la Unión Europea diferentes Directivas sobre esta materia²⁹⁶, cuyos contenidos se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

Esta norma regula las actividades relacionadas con la utilización de células y tejidos humanos y los productos elaborados derivados de ellos, cuando están destinados a ser aplicados en el ser humano. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación:

- a. Las células y tejidos utilizados como injertos autólogos dentro del mismo proceso quirúrgico.
- b. La sangre, los componentes y los derivados sanguíneos.

²⁹⁶ Así, la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos.

c. Los órganos o partes de órganos, si su fin es el de ser utilizados en el cuerpo humano con la misma función que el órgano completo²⁹⁷.

Se establece la gratuidad y el carácter no lucrativo de la donación, que en todo caso será voluntaria, garantizándose la confidencialidad de los datos de carácter personal de los donantes y los receptores (art. 3 y 6).

El art. 7 establece que la obtención de células y tejidos de una persona viva para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos podrá realizarse si el donante es mayor de edad, cuenta con plena capacidad de obrar y estado de salud adecuado y ha prestado por escrito su consentimiento informado. No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor.

En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad²⁹⁸.

Como vemos, se admite la donación de un determinado tipo de material biológico por personas sin plena capacidad para consentir porque en esos casos su extracción no supone un riesgo significativo para el donante.

En la donación y obtención de tejidos y células de donantes fallecidos, también se tienen en cuenta sus circunstancias personales; así, en el caso de que se trate de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal. Tratándose de personas con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad

²⁹⁷ Art. 1 del RD 1301/2006, de 10 de noviembre.

²⁹⁸ En todo lo no dispuesto en este artículo, la obtención de células y tejidos de un donante vivo se regirá por lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones (art. 8).

VII.2. La esterilización de incapaces

La posición social de las personas que padecen alguna deficiencia mental ha variado notablemente en los últimos años gracias a las campañas de sensibilización social e integración laboral, que han permitido su acceso al ámbito académico y al mercado de trabajo, lo que les otorga un mayor grado de autonomía personal y económica, posibilitando también la ampliación de sus relaciones interpersonales y afectivas.

Esa mayor participación en espacios sociales que hasta hace unas décadas les resultaban prácticamente vedados afecta también a la esfera de las relaciones sexuales y genera nuevos problemas como son los embarazos no deseados. Estamos en muchos casos ante personas que no sólo no comprenden el alcance de la paternidad, sino que, sobre todo, no están preparados para ejercer esa responsabilidad, ni son capaces de controlar la utilización de métodos anticonceptivos que pueden evitarla.

De ahí que la Ley 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, permitiese ya mediante la reforma del art. 428 del anterior texto punitivo, la esterilización de incapaces bajo determinadas condiciones, al establecer en su párrafo 2º que *“no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”*.

Este precepto motivó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, promovida por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barcelona, basada primordialmente en que la esterilización no voluntaria supone una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y un trato degradante, prohibidos en el art. 15 CE.

Estos derechos no podrían ser conculcados en el caso de deficientes mentales, cuyo consentimiento no es válido, porque además de merecer la misma protección que el resto de los ciudadanos, gozan de la que específicamente les confiere el art. 49 de la Carta Magna²⁹⁹. Además no existe un derecho a la sexualidad como tal que justifique la esterilización; ésta resulta desproporcionada para evitar embarazos no deseados existiendo medios menos gravosos para evitarlos como es la “normal vigilancia”.

La cuestión fue resuelta por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 215/1994, de 14 de julio, que afirma la constitucionalidad del artículo impugnado en base a los fundamentos que pasamos a examinar. En primer lugar señala el Alto Tribunal que el inciso cuestionado del art. 428 CP no plantea realmente un problema de posible vulneración del art. 15 CE en lo concerniente al derecho a la integridad física y moral, aunque ciertamente afecta a ese derecho, sino que tiene una dimensión diferente: precisar si el derecho a la autodeterminación que a las personas capaces reconoce el párrafo segundo del art. 428, es susceptible de ser otorgado también a solicitud de sus representantes legales y en los términos que establece el inciso cuestionado, a las personas incapaces que, a causa de una grave deficiencia psíquica, no pueden prestar un consentimiento válido. Por tanto, lo que debe ponderarse en primer lugar son las garantías que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir al consentimiento, vaya precedida de requisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz.

La disposición examinada se refiere a supuestos concretos y excepcionales, lo que excluye cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos. Ésta sólo puede autorizarse, previa solicitud del representante legal del incapaz, por el Juez, es decir, por la única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia que, dotada de independencia y de imparcialidad, reúne no sólo las mayores garantías constitucionalmente exigibles, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente y delicada misión. La intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda

²⁹⁹ Según este precepto “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

otorgarse la autorización, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás. Esta petición, al tratarse de deficientes psíquicos mayores de edad, que son los únicos cuyo consentimiento es lícito sustituir mediante la misma, presupone una previa incapacitación de los mismos declarada jurisdiccionalmente en otro proceso.

La deficiencia psíquica del incapaz cuya esterilización se solicita debe ser grave y, consecuentemente, generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización se promueve. Además, ha de ser verificada por el juzgador no sólo a través de los dictámenes de los especialistas que exige el precepto sino también por la propia exploración judicial del incapaz. El procedimiento cuenta también con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, que debe pronunciarse acerca de la concurrencia o no de los requisitos señalados.

Señala la Sentencia que si las garantías previstas por el legislador son suficientes, el Tribunal no puede, asumiendo competencias que corresponden a otros poderes del Estado, suplir lo establecido por aquél, ni concretar cómo ha de interpretarse judicialmente el precepto; basta con determinar que la norma, por la importancia del supuesto que contempla, no es susceptible de una interpretación extensiva que permita convertir en una apertura general, lo que está previsto para supuestos rigurosamente excepcionales³⁰⁰.

Continúa argumentando el Alto Tribunal que la esterilización, al no producirse en estos casos el ejercicio de una voluntad propia, supone un ataque al derecho fundamental a la integridad física que consagra el art. 15 de la Constitución, puesto que se trata de una intervención corporal, resuelta y practicada sin el consentimiento del sujeto, ablativa de sus potencialidades genéticas e impeditiva, por tanto, del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 de la Constitución. Este consentimiento, sin embargo, es el que, por definición, no puede prestar quien adolezca de grave deficiencia psíquica, y de ahí la previsión legal de la autorización que, a instancia de los representantes legales del deficiente, ha de conceder o denegar el Juez.

³⁰⁰ STC 215/1994, de 14 de julio, F. Jco. 2º y 3º.

El órgano proponente cuestiona la licitud constitucional de que quepa sustituir por esta autorización judicial aquel consentimiento de imposible prestación en un supuesto de disminución de la integridad de las personas. Más tal objeción, que excluiría a los incapaces de una posibilidad que se otorga a las personas capaces, resulta inaceptable porque llevada a sus últimas consecuencias lógicas, conduciría a rechazar cualquier tratamiento médico, y sobre todo una intervención quirúrgica ablatoria, indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves.

El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo, atendida su situación de grave deficiencia psíquica, se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir, siempre en interés del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña.

El deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 CE), el reconocimiento del derecho de éstos a la protección de la salud (art. 43.1 CE), y su derecho también a disfrutar de todos los que la Constitución establece en su Título I (art. 49 CE), aunque no impelen al legislador a adoptar una norma como esta, la hacen plenamente legítima desde la vertiente teleológica, toda vez que la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible a la de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines³⁰¹.

Afirma el Tribunal Constitucional que la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica no puede considerarse como trato inhumano o degradante, ni a la luz de la jurisprudencia del TEDH ni del propio Tribunal Constitucional, ya analizada en anteriores apartados de este trabajo, puesto

³⁰¹ STC 215/1994, de 14 de julio, F. Jco. 4º.

que no se acuerda con la finalidad de vejar o envilecer y se practica por un especialista en la materia conforme a la *lex artis*, lo que excluye la existencia de trato inhumano o degradante alguno.

El Juez proponente sostiene como alternativa al precepto cuestionado la normal vigilancia de los guardadores de la incapaz en orden a prevenir su gravidez y, en último término, el recurso al aborto, admitido en la legislación de entonces para los supuestos de embarazo que eran consecuencia de una violación. Sin embargo, como señala el Alto Tribunal, ni todo acceso carnal con una deficiente grave constituye violación (sino sólo cuando medie abuso de su deficiencia, según el art. 429.2 CP de 1973), ni cabe considerar como alternativa razonable a la esterilización la práctica del aborto, que es una medida mucho más traumática, especialmente para quien, en razón de su padecimiento mental, carece del nivel de comprensión necesario en tal caso.

En cuanto a la vigilancia “normal” de las personas deficientes, es un argumento que, sobre la premisa de que la sexualidad no integra el contenido de ningún derecho, conduce a justificar su represión absoluta, lo que puede llegar a oponerse a los principios constitucionales de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. La vigilancia únicamente será legítima para prevenir cualquier forma de abuso sobre el deficiente o cualquier daño a su salud, no para impedir el ejercicio de su sexualidad³⁰².

Por tanto, la medida arbitrada por el legislador, no se aparta o contradice la finalidad del art. 49 CE, puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente³⁰³.

Resulta fácilmente constatable que el Tribunal Constitucional se limita, fundamentalmente, a analizar si las garantías previstas por el art. 428 son suficientes para que no se produzcan abusos en un tema tan delicado como la esterilización de

³⁰² STC 215/1994, F. Jco. 5º.

³⁰³ STC 215/1994, F. Jco. 6º.

incapaces y a justificarla en aras de que los mismos gocen de los máximos derechos posibles, únicamente limitados por esa grave deficiencia que padecen.

Pero esta importante resolución no fue adoptada de forma unánime sino que hubo diferentes votos particulares. El Magistrado don José Gabaldón López consideró que se debía de haber declarado la inconstitucionalidad del precepto porque la esterilización constituye una intervención física en el cuerpo del incapaz con el fin de privarle de su capacidad genésica y esa incapacidad no puede ser suplida para permitir la lesión de un derecho esencial de la personalidad como es el de integridad corporal, considerado como irrenunciable y no susceptible de disposición, dada su naturaleza. Una intervención de terceros va a lesionar algo tan propio de la dignidad de toda persona como es su integridad física, precisamente porque, siendo incapaz, no puede contarse con la voluntad positiva ni negativa del sujeto afectado. La autorización para intervenir en su integridad corporal supone una sustitución total de la voluntad de la persona que de algún modo la convierte en objeto.

El magistrado D. Vicente Gimeno Sendra emite un voto concurrente con la mayoría, discrepando de alguno de sus fundamentos jurídicos. Así, echa de menos un análisis pormenorizado de las exigencias de la proporcionalidad³⁰⁴ que a su juicio en el presente caso son:

- a) Que la intervención quirúrgica no puede suponer riesgo alguno para la vida y salud del incapaz, debiéndose acometer siempre por personal sanitario y en centros hospitalarios.
- b) Es imprescindible el cumplimiento del principio de necesidad: la esterilización ha de justificarse objetivamente para obtener el logro de los fines constitucionales que la justifican.
- c) Como consecuencia de lo anterior, debe el Juez comprobar la existencia o no de una alternativa menos gravosa para el derecho a la integridad física,

³⁰⁴ En este sentido, señala textualmente el citado Magistrado: *“no deja de sorprender que, ante una «intervención corporal» como lo son los análisis sanguíneos para la investigación de la paternidad (que en la doctrina alemana merecerían la calificación de leve o «banal»), nuestra STC 7/1994 haya efectuado un examen pormenorizado de las exigencias de la proporcionalidad y, ante una intervención corporal «grave», como es el caso de la esterilización, que entraña una mutilación de los órganos sexuales del ser humano, dicho análisis brille por su ausencia”.*

porque, si pudieran alcanzarse aquellos fines mediante medidas que no conlleven el sacrificio del derecho fundamental o que lo limiten en menor medida, no se justificaría la esterilización o habría el Juez de disponer, con carácter preferente, las intervenciones quirúrgicas reversibles frente a aquellas que producen la ablación total de la función reproductora.

También emitió un voto particular el Magistrado D. Julio Diego González Campos, al que se adhiere el Magistrado D. Pedro Cruz Villalón, quienes disienten del criterio de la mayoría del Tribunal por considerar que las garantías previstas por el legislador en el inciso final del párrafo 2º del art. 428 del Código Penal son insuficientes desde un punto de vista constitucional. La exclusión de punición debiera haber ido acompañada de una ordenación legal en la que se regulasen con claridad y precisión los presupuestos materiales de la medida, así como los aspectos procesales de su autorización judicial. Cabe estimar que esta regulación legal no guarda correspondencia con los bienes y valores constitucionales que pueden quedar afectados con la medida, ni supone una protección suficiente del derecho fundamental reconocido por el art. 15 CE, lo que debiera haber conducido a la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

Las garantías previstas son insuficientes por las siguientes omisiones: los dictámenes médicos deberán determinar si esa incapacidad psíquica grave es permanente o, por el contrario, puede producirse una evolución positiva del incapaz, pudiendo quedar vulnerado el derecho fundamental que el art. 15 reconoce si, por faltar esta garantía, se autorizase judicialmente la esterilización tanto de quien recupera posteriormente su salud mental o de la persona que posee intervalos lúcidos y otros de grave deficiencia psíquica. En segundo lugar, aun tratándose de un disminuido psíquico grave, ello no excluye que dicha persona pueda comprender los aspectos básicos de su sexualidad y las consecuencias de la medida de intervención corporal cuya autorización se solicita. Por último, el órgano judicial debería proceder a una doble apreciación, tras recabar los oportunos dictámenes médicos: de un lado, si otras medidas menos gravosas para la integridad corporal del incapaz y aplicables bajo control médico periódico son o no susceptibles de alcanzar el mismo resultado para su bienestar. De otro, si la intervención corporal es necesaria para evitar una perturbación grave de su estado de salud psíquico o físico,

en atención a los efectos sobre el disminuido psíquico de la maternidad o paternidad.

Por último nos encontramos con el voto particular del Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende que rechaza el fallo tanto por la finalidad de la norma impugnada, que le recuerda medidas eugenésicas trágicamente adoptadas en otras épocas, como por la falta de garantías previstas en la misma.

Ciertamente la sentencia ha sido objeto de numerosas críticas, no sólo las contenidas en los votos particulares que acabamos de señalar, sino también las provenientes de diferentes autores, que en contra o favor de la esterilización de los disminuidos psíquicos, ponen en todo caso de manifiesto la ausencia de una regulación legal más profunda en la materia, en aras de establecer una normativa más específica y garantista de los derechos fundamentales en liza, con el fin de evitar que una intervención, generalmente de carácter irreversible, prive a una persona de su capacidad de procreación y sin que pueda intervenir en tan drástica decisión.

Así, GARCÍA ARÁN³⁰⁵ señala que el hecho de que existan distintos grados de deficiencia psíquica obliga a aceptar que existen deficientes mentales que pueden decidir en esta materia, respecto de los que debe negarse la sustitución de su consentimiento por el Juez. En este sentido, se pregunta si debe atenderse simplemente a la declaración civil de incapacidad o si por el contrario el Juez debe acudir a un concepto material de incapacidad en el que valore la aptitud del sujeto para entender el alcance de las posibles consecuencias de la sexualidad y el alcance de la esterilización, es decir, su comprensión respecto a esa parte de la integridad física que es la capacidad procreadora.

Considera, en este sentido, que son inconcretas y favorecedoras de interpretaciones erróneas las alusiones del Tribunal Constitucional a la declaración civil de incapacidad. En su opinión, la regulación de la esterilización de los disminuidos psíquicos debería establecer como presupuesto previo a su justificación concreta, exclusivamente la incapacidad para entender las consecuencias de la

³⁰⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *"Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos (Comentario a la STC 215/1994, de 14 de julio)"*, Revista jurídica de Cataluña, 1995, nº 195, p. 111.

sexualidad y de la intervención esterilizadora, de modo que resultara no sólo inconstitucional sino también delictiva, la esterilización en contra de la voluntad del incapaz con suficiente aptitud para entender tales extremos, por mucho que se persiga su bienestar. Así, si aquél, aún sabiendo que su descendencia padecerá probablemente su misma deficiencia, es suficientemente capaz como para entenderlo y desea, pese a ello, la paternidad o la maternidad, autorizar su esterilización supondría una flagrante violación de su derecho a la integridad física.³⁰⁶

Por otra parte, esta autora considera excesivos los espacios dejados al arbitrio judicial en un tema tan sensible, especialmente por el considerable contenido ideológico de las premisas de las que se parte y pone de manifiesto que una regulación como ésta no está en condiciones de impedir ni las decisiones judiciales que veten la esterilización adecuada por motivos propios de la personal conciencia del Juez, ni tampoco de evitar los peligros de un cierto automatismo en la autorización basada exclusivamente en el criterio de los peritos³⁰⁷.

De modo similar se pronuncia también CAMBRÓN INFANTE³⁰⁸ que echa de menos un tratamiento regulativo más amplio y ponderado en el cual se establezcan límites entre lo técnicamente posible y lo conveniente para el individuo, la sociedad y la especie; límites que impidan que el cuerpo humano entre en la red de las mercancías o se utilice como medio de cualquier política de población. Igualmente considera que existen carencias respecto a la finalidad de la norma, puesto que sólo se la contempla como medida antirreproductora para hombres y mujeres, y también hay una importante imprecisión en cuanto a las garantías, en especial sobre la necesidad de la intervención terapéutica, si puede representar un riesgo mayor para los individuos deficientes que para los sanos. Lo mismo ocurre con respecto a la adecuación de la esterilización al fin perseguido, que requerirá que junto con la demanda se acompañe un informe del centro que asiste al deficiente. Por último, señala esta autora que le parece excesiva la función que se le atribuye al Juez en

³⁰⁶ GARCÍA ARÁN, ob. cit. 116 y 117.

³⁰⁷ GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 113.

³⁰⁸ CAMBRÓN INFANTE, Ascensión, "Acerca de la esterilización de deficientes", *Derechos y Libertades* (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas), nº 5, diciembre, 1995, p.422 y ss.

este proceso, ya que debe verificar no sólo la corrección formal sino también aspectos materiales del mismo para los que presumiblemente no está capacitado, como dictaminar acerca de la “gravedad” de la deficiencia psíquica.

En este sentido la Consulta 3/1985, de 30 de abril, de la Fiscalía General del Estado, en torno a la capacidad de los oligofrénicos para prestar el consentimiento justificante previsto en el art. 428, 2º CP³⁰⁹ concluye que la oligofrenia puede ser una causa de declaración de incapacidad, debiendo establecer la resolución judicial, según el grado de inteligencia del enfermo, la debida congruencia entre la amplitud de la oligofrenia y la limitación de la capacidad de obrar, de modo que cuando aquella tenga un carácter leve el radio de la incapacidad será limitado. Por tanto, la sentencia es el título constitutivo de la extensión de la incapacidad y a ella habrá que ceñirse para precisar si la enfermedad o deficiencia psíquica está o no en la prohibición del art. 428 CP.

No debemos olvidar que el art. 200 del Código Civil establece que *“son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*. Sólo el padecimiento de una dolencia de este tipo permite al Juez declarar la incapacidad de una persona; además, la sentencia que establezca este pronunciamiento deberá determinar la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado³¹⁰.

La regulación de esta materia en el Código Penal de 1995 resuelve muchas de las dudas que originariamente se plantearon. El actual art. 156.2 prevé que *“no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”*.

³⁰⁹ Relativo al trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual.

³¹⁰ Art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este precepto habla en primer lugar de “persona incapacitada”, lo que implica necesariamente la existencia de una sentencia firme en tal sentido, recogiendo de este modo la norma penal el criterio señalado tanto por el Tribunal Constitucional, como por la Fiscalía y la doctrina. Por tanto, no será posible la esterilización de un deficiente mental si con carácter previo no ha sido declarada judicialmente su incapacitación.

En segundo lugar la utilización del término “persona” permite promover no sólo la esterilización de los mayores incapaces, como parecía desprenderse de la STC 215/1994 (al señalar que sólo era lícito sustituir el consentimiento de los deficientes psíquicos mayores de edad)³¹¹ sino también la de los menores de edad que reúnan los requisitos legalmente previstos. Así, el art. 201 del Código Civil establece que los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.

Si la finalidad de la norma es conseguir que el incapaz tenga un adecuado desarrollo de su personalidad y ejerza todos sus derechos con las únicas limitaciones derivadas de su deficiencia psíquica, también deberíamos admitir que, al igual que los demás menores, comiencen a una edad cada vez más temprana a tener relaciones sexuales, con el riesgo de embarazos no deseados que ello conlleva. De este modo la esterilización sería una solución eficaz a un grave problema con el que se enfrentan muchas adolescentes y seguramente ayudaría a su integración en el grupo, pero sin duda también, el conocimiento de esa esterilidad por parte del entorno social en el que se mueven muchos jóvenes (drogas, alcohol, etc.) podría contribuir al aumento de los abusos sobre personas que, además de sufrir la inestabilidad propia de la edad, padecen también una grave deficiencia psíquica.

En cualquier caso, el art. 156 establece como criterio rector el del mayor interés del incapaz, lo que implica tener en cuenta exclusivamente su propio beneficio y no el de sus representantes legales, ni mucho menos las políticas demográficas de carácter eugenésico que pudieran establecerse. Por tanto habrá que examinar si esta medida favorece las condiciones de vida de esa persona,

³¹¹ STC 215/1994, de 14 de julio, F. Jco. 3º.

contribuyendo de ese modo a su bienestar. En la gran mayoría de los casos se solicita la esterilización para mujeres deficientes psíquicas mayores de edad, fundamentalmente para evitar las consecuencias de todo orden que les supondría un posible embarazo, puesto generalmente no alcanzarán a comprender ni las molestias del embarazo y el parto, ni la asunción de la maternidad.

El nuevo precepto señala también el procedimiento a través del cual se va a sustanciar la petición de esterilidad, que podrá realizarse conjuntamente con la demanda de incapacidad, a tramitar según las normas del juicio verbal³¹², o bien, con posterioridad al mismo, es decir, una vez que exista una sentencia judicial firme de incapacidad, mediante un expediente de jurisdicción voluntaria³¹³. En cualquier caso son trámites imprescindibles recabar el dictamen de dos especialistas, el informe del Ministerio Fiscal y que el incapaz sea explorado por el Juez.

A nuestro juicio, los informes médicos deberían ser emitidos por un psiquiatra y un ginecólogo o, en su caso, un urólogo, si se demanda la esterilización de un varón, puesto que el primero podrá determinar la existencia o no de una grave deficiencia psíquica, condición imprescindible para acordar la intervención, y el segundo de las consecuencias fisiológicas que podrá provocar la esterilización en el cuerpo y la salud del incapaz. Tampoco es descartable el dictamen del médico forense y aún sería conveniente si se trata, por ejemplo, de un especialista en psiquiatría forense. Por lo demás, nada impide que el Juez, de oficio o a instancia de la parte promovente o del Ministerio Fiscal, acuerde la realización de otros informes por los servicios sociales, del centro a donde acuda el incapaz o donde se encuentre internado, etc., pues la gravedad de la medida aconseja que se adopte, si es el caso, disponiendo de la mayor información posible sobre el entorno y las circunstancias personales y familiares del incapaz, en aras a procurarle únicamente un mayor bienestar.

Para que ese conocimiento sea completo resulta imprescindible la exploración personal del sujeto por parte del Juez que va a decidir sobre la

³¹² En atención a lo dispuesto en el art. 250.2 LEC.

³¹³ Los aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas ya fueron objeto de la Consulta 1/1991, de 31 de enero, de la Fiscalía General de Estado, que consideró como trámite adecuado al respecto el expediente de jurisdicción voluntaria.

esterilización, quien deberá plasmar en el acta correspondiente la comprensión o conocimiento que aquél tiene sobre esa medida, así como todos los demás detalles que ha observado del mismo y que sean relevantes para adoptar la decisión judicial.

No obstante, hay que recordar que ni el Juez ni el Fiscal están vinculados por los informes médicos, ni por ninguna otra circunstancia que no sea el interés del incapaz; por tanto, el Ministerio Público podrá informar en contra de lo previsto en aquéllos cuando existan aspectos o condiciones que desaconsejen la adopción de la esterilización e igualmente el órgano judicial podrá resolver en contra de lo dictaminado por el Fiscal o los especialistas. Estas discrepancias deberán referirse lógicamente a la denegación de la intervención, puesto que ni el Fiscal podrá informar favorablemente, ni el Juez acordar la esterilización, cuando los informes médicos y la demás prueba practicada en el procedimiento determinen que la medida solicitada resulta inadecuada o perjudicial para el incapaz.

VIII. LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Desde hace siglos el ser humano se ha preocupado por asegurar la legitimidad de su descendencia, ya fuese por una cuestión de honor, a fin de excluir a los hijos no matrimoniales de la familia, como por motivos hereditarios, para garantizar que los bienes patrimoniales se siguiesen transmitiendo a los miembros de su linaje y no pasasen a personas extrañas al mismo. De ahí que desde la Grecia Antigua se hayan ideado métodos para determinar la paternidad biológica como el estudio de la duración del embarazo, la presunción legal de la paternidad marital, propia del Derecho Romano, el parecido físico, el color de ojos o incluso circunstancias de carácter patológico como la impotencia del supuesto padre o las taras hereditarias.

Hasta el siglo XX no se producen los primeros descubrimientos científicos sobre los grupos sanguíneos y su transmisión hereditaria, que darán lugar al nacimiento de la denominada “hemogenética forense”, cuyo desarrollo posterior permitió en los años 80 la eclosión de la tecnología del ADN y la aparición de las denominadas pruebas biológicas de paternidad, como método fiable y seguro para

identificar a los progenitores de una persona, convirtiéndose desde entonces en una prueba pericial esencial de los procesos de filiación.

El ácido desoxirribonucleico (ADN) se encuentra en el núcleo de todas las células de nuestro organismo y contiene la información básica de cada individuo (huella genética). En cualquier núcleo celular la mitad del ADN procede del padre y la mitad de la madre y puede obtenerse de fluidos o de restos cadavéricos, lo que conlleva dos importantes consecuencias: en primer lugar, que para su obtención no es necesario afectar la integridad física de la persona y, en segundo lugar, que permite investigar la paternidad de un individuo ya fallecido.

Durante décadas y por influencia del Código Napoleónico, en nuestro país se impidió la investigación de la paternidad bajo el argumento de proteger a la familia³¹⁴. La Constitución de 1978 suprime esta prohibición al establecer en el último inciso del art. 39.2 que *“la ley posibilitará la investigación de la paternidad”*, mandato inicialmente recogido en el art. 127 CC, hoy derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 767.2 recoge el contenido literal del antiguo precepto al establecer 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”*³¹⁵.

Estas pruebas, que pueden practicarse a instancia de cualquiera de las partes, incluido el Ministerio Fiscal³¹⁶, se basan en el estudio de los caracteres genéticos que se transmiten de padres a hijos, siendo necesario para llevarlas a cabo la obtención de material genético (sangre, saliva, restos humanos, etc.) para realizar la investigación. Estamos, por tanto, ante una prueba pericial³¹⁷, fundamental para la resolución de la cuestión planteada y la búsqueda de la verdad

³¹⁴ Únicamente el art. 43 de la Constitución de 1931 admitió la investigación de la paternidad, posibilidad que no llegó a ser desarrollada legislativamente debido a la corta vigencia de ese texto constitucional.

³¹⁵ La actual regulación de esta materia está contenida en los arts. 131 a 141 CC y 764 a 768 LEC.

³¹⁶ Incluso cabría la posibilidad de ser acordadas de oficio por el Juez como diligencia final en atención a lo dispuesto en el art. 435 LEC.

³¹⁷ Como tal ha sido reconocida por nuestra Jurisprudencia, señalando a título de ejemplo la STC 107/1985, de 7 de octubre y la STS de 21 de mayo de 1988.

biológica, de altísima fiabilidad, prácticamente el 100%, tanto para la exclusión como para la afirmación de la paternidad, debido al avance de las técnicas utilizadas.

Para la doctrina mayoritaria la verdad biológica es un principio fundamental de nuestro derecho de filiación, con base en sentencias del Tribunal Supremo, como la de 15 de marzo de 1989, que considera como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, o la de 26 de enero de 1993, que afirma que el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación afecta a su dignidad y al desarrollo de su personalidad, derechos fundamentales reconocidos en el art. 10.1 CE.

Sin embargo este principio no puede considerarse absoluto, puesto que tal y como señala la STS de 28 de mayo de 1997, la búsqueda de la verdad material a través de medios de prueba tiene como contrapunto la preservación de la paz familiar, por ello el legislador establece limitaciones en cuanto a la legitimación para interponer la acción de filiación, impone plazos de caducidad para su ejercicio o exige que la demanda se acompañe con un principio de prueba de los hechos en que se funde, condiciones que no existirían si fuera la verdad material el bien jurídico protegido. En este sentido, el TEDH, en la Sentencia de 28 de noviembre de 1984 (Caso Rasmussen), ya señalaba que el tratamiento diferencial de acceso a las acciones de filiación no conculca ningún derecho fundamental, siendo perfectamente razonable establecer unos plazos para entablar la acción de investigación de la paternidad, plenamente justificada por el deseo de garantizar la seguridad jurídica y proteger los intereses del niño³¹⁸.

Para evitar la presentación de demandas totalmente infundadas, que podrían ser utilizadas incluso con fines coactivos, en un ámbito tan íntimo y sensible como el que nos ocupa, el art. 767.1 LEC señala que *“en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”*. Como tal, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha admitido la existencia de relaciones prematrimoniales, de noviazgo o sentimentales de carácter estable en la época de la concepción, fotografías dedicadas o que revelen relaciones de intimidad, cartas con

³¹⁸ En este sentido FÁBREGA RUIZ, C. F., *Biología y filiación; aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1999, p. 30 y ss.

tratamiento de hijo por el presunto padre o que impliquen relaciones con la madre, acta notarial con declaraciones de testigos, etc.³¹⁹ Se exige, por tanto, un mínimo fundamento de la pretensión que se ejercita, con el fin de evitar demandas temerarias que pueden ocasionar graves consecuencias, si carecen absolutamente de fundamento real, siendo el Juez quien deberá determinar si este requisito se cumple.

Las discrepancias surgidas inicialmente sobre esta norma y sobre su posible ataque a derechos fundamentales como la intimidad o la integridad, fueron acalladas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que deja patente su plena validez en la Sentencia de 15 de marzo de 1989, al mantener que el sentido iusprivatista del derecho de familia ha evolucionado en los últimos años hasta el punto de romper los estrechos moldes en que se encontraba enmarcado para pasar a integrarse en el ámbito del derecho público. Esta nueva naturaleza ha marcado las instituciones que la componen y también nuevos principios han sustituido a los arcaicos y tradicionales. Así, en los procesos de filiación y de investigación de la paternidad se ha ido pasando del principio de verdad formal al de verdad material en aras del derecho de la personalidad consagrado en las normas de desarrollo de la Constitución³²⁰.

Señala el Tribunal Supremo que la admisión en nuestro ordenamiento jurídico del principio de investigación de la paternidad, mediante el art. 39.2 de la Constitución y 127 del Código Civil, ha supuesto un giro copernicano al destacar como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica. Por contra, se ha tratado de oponer a este derecho primigenio un bloque de derechos individualistas representados por los derechos a la intimidad y a la integridad (arts. 15 y 18 de la Constitución) para oponerse a las pruebas biológicas.

Todas estas consideraciones fueron objeto de una profunda reflexión en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1988, en la que se llegó a la conclusión de que no había que olvidar que si la persona de la que se postulaba el reconocimiento de la paternidad era sujeto del proceso, a su vez, era objeto del

³¹⁹ Entre otras, podemos citar las STS de 10-3-87, 8-7-87, 17-11-87, 12-12-87, 11-3-88, 12-4-88 ó 21-5-88.

³²⁰ STS 237/1989, de 15 de marzo.

mismo proceso, hasta tal punto de que el cuerpo humano pasaba a ser el fin de la prueba pericial sobre el que habían de operar las pruebas biológicas y antropológicas y cuya negativa por parte del sujeto que había de someterse a ellas, conculcaría la declaración programática del artículo 39.2 de la Constitución española y cuantos preceptos la desarrollan en el Código Civil, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, haciendo ilusorias las posibilidades de obtener la tutela judicial efectiva en derechos tan legítimos como los de filiación, lo que conduciría, en definitiva, a la denegación de un medio de prueba de una fiabilidad absoluta para demostrar la no filiación, a la par del elevadísimo porcentaje de credibilidad en cuanto a aquellas que determinan la posibilidad de la relación biológica que representa el binomio paternidad-filiación; mantener a ultranza el derecho individualista a negarse a las pruebas biológicas, supondría un fraude de ley y un ejercicio antisocial del derecho (arts. 4 y 7.2 del Código Civil)³²¹.

El Auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo de 1990, por el que se inadmite a trámite un recurso de amparo presentado contra una sentencia dictada por el Tribunal Supremo, se manifiesta en esta misma línea argumentativa al señalar en su fundamento jurídico 3º que dicha Sentencia no se aparta de la línea seguida desde hace años por el Tribunal Supremo, siendo intérprete del profundo cambio operado en este campo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código Civil, en la búsqueda de la verdad material o real, se ha ocupado de otorgar la necesaria ponderación a la frecuente negativa de los demandados en procesos de esta índole a someterse a las cada vez más afinadas pruebas biológicas que permiten acreditar junto con el resto de las pruebas, la paternidad en litigio. Continúa diciendo que *“en tal sentido la valoración de la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas acordadas judicialmente para mejor proveer, cobra toda su virtualidad en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento y constituye base suficiente para que el Tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la filiación reclamada que por modo analógico autorizaba el art. 135 in fine del Código Civil. Tal actividad judicial no supone un comportamiento arbitrario, sino el legítimo y necesario juicio de valor al que no puede renunciar el Juez, so pena de quedar reducido a la inacción o*

³²¹ STS 599/1988, de 14 de julio, F. Jco. 2º.

*a un resultado insatisfactorio y problemático, por mor de la oposición perturbadora de quien con su conducta insolidaria y desconocedora del derecho de terceros sólo pretende, al amparo de la invocación formal de un derecho fundamental, la defensa de intereses que nunca pueden prevalecer sobre la recta Administración de Justicia ni sobre otros derechos fundamentales de contenido prevalente*³²².

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional establece en la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, que la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando reúne los requisitos delineados por nuestra jurisprudencia al interpretar los arts. 15 y 18.1 CE, a saber:

a) Que la intromisión en el ámbito protegido del ciudadano no sea, por sí sola, inaceptable (STC 37/1989). Es indudable que no puede considerarse degradante, ni contraría a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas (STC 103/1985).

b) Debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial; en este caso, no solo el art. 127 del Código Civil³²³ da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas, sino que constituye la instrumentación de un terminante mandato constitucional (el art. 39.2 CE) que conecta directamente con el art. 14 del texto constitucional, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento.

c) Dichas pruebas biológicas tan solo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal

³²² En la misma línea argumentativa el ATC 221/1990, de 31 de mayo. En algunos países de nuestro entorno la doctrina jurisprudencial en esta materia es similar a la nuestra; así ocurre en Italia donde la Corte de Casación ha consolidado la doctrina según la cual, el rechazo injustificado a someterse a los exámenes hematológicos constituye un comportamiento relevante que, de conformidad con lo dispuesto en la última parte del art. 116 del *Codice di procedura civile*, relativo a la valoración de la prueba por los órganos jurisdiccionales, puede concurrir a la formación de la convicción del Juez, junto con las demás pruebas que hayan sido aportadas y practicadas. Véase al respecto BUSTO LAGO, J.M., *“Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica. (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”)*”, Derecho privado y Constitución, nº 19, Enero – Diciembre, 2005, p.12.

³²³ Hoy derogado, pero cuyo contenido se ha plasmado en el art. 767.2 LEC.

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.

d) El Juez no puede disponer la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud; en cualquier caso, su ejecución habrá de efectuarse por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.

e) La medida judicial debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ella y la finalidad a la que sirve (STC 37/1989), ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida³²⁴.

No obstante, la innegable validez de las pruebas biológicas de paternidad para obtener la verdad material en estos procesos puede verse frustrada por la negativa del demandado a que le sea practicada, pues la adquisición del material necesario para su práctica (como puede ser una muestra sanguínea), supone la realización de una intervención en su cuerpo que no podrá ser realizada sin su consentimiento³²⁵. La coerción, en estos supuestos, vulneraría el derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 CE.³²⁶

Al respecto, la STS de 21 de mayo de 1988, después de establecer que el no sometimiento a las pruebas biológicas, judicialmente acordadas, a fines determinantes de la filiación, supone un comportamiento en fraude de ley, en cuanto viene encaminado a impedir la debida aplicación de las normas que se tratan de eludir y el ejercicio antisocial de un derecho, al sobrepasar los límites normales de su ejercicio con daño de tercero, establece que *“si bien los medios biológicos, a fines de investigación de paternidad, no pueden ser impuestos obligatoriamente y contra*

³²⁴ STC 7/1994, de 17 de enero, F. Jco. 3º.

³²⁵ La negativa a la realización de una intervención corporal y las posibles vías de solución a este problema, son tratadas de forma más amplia en el epígrafe 5 del capítulo IV del presente trabajo, al que nos remitimos.

³²⁶ Véase al respecto ROMERO COLOMA, A.M., *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 149 y ss.

su voluntad a ningún ciudadano, que pueden alegar para ello derecho a la protección de la intimidad y a la integridad física, que le concede la Constitución Española, y la negativa a someterse a tales pruebas no supone incurrir en «ficta confessio», sin embargo, esa negativa, unido al resultado de los demás medios probatorios, significa un indicio valioso conducente al reconocimiento de una presunción «seu iudicis» que lleva a la apreciación de la paternidad pretendida, y más en cuanto el interés público debe prevalecer sobre el interés particular»³²⁷.

Con posterioridad, las Sentencias del Tribunal Supremo 22 de junio de 1998, 28 de marzo de 2000 y 24 de mayo de 2001, entre otras³²⁸, han señalado que el demandado en un proceso de filiación sólo podrá negarse a la práctica de las pruebas biológicas si no existen indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera haber un gravísimo quebranto para su salud, pero una vez que el Juez decida que es preciso realizarla, el afectado está obligado a posibilitar su práctica, porque es en los casos dudosos en los que precisamente la prueba biológica despliega con toda su virtualidad sus efectos probatorios³²⁹.

Igualmente, la STC 95/1999, de 31 de mayo, ahondando en esta cuestión establece 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, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser este 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 CE), conlleva que 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

³²⁷ En esta línea argumentativa, la STS 227/1998, de 13 de marzo, entre otras, recoge la doctrina jurisprudencial en esta materia.

³²⁸ En el mismo sentido, pueden consultarse las STS de 6 de junio de 1991, 27 de mayo de 1994 y 24 de octubre de 1996.

³²⁹ Mantiene la misma argumentación jurídica la STS de 26 de noviembre de 2004.

contraria al art. 24.1 CE, 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 CE³³⁰.

Debemos recordar que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 7/1994, de 17 de enero, ya citada, señalaba que el demandado en un proceso de filiación sólo podrá legítimamente negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la veracidad de la conducta que se le atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud y que el propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de marzo de 1998 ya había señalado, recogiendo su doctrina en la materia, que la toma de muestras de sangre para la práctica de la prueba de paternidad, no puede imponerse a una persona por la fuerza, ni puede ser físicamente obligada a ello, ya que dicha acción iría contra los derechos fundamentales a la integridad física y moral, así como al de libertad de la persona, todo ello sin perjuicio de las consecuencias lógicas que haya lugar a deducir de tal negativa³³¹.

En la actualidad, el art. 767.4 LEC, recogiendo esta doctrina, prevé que 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 medios³³².

En cuanto a cómo debe realizarse la citación al interesado para la práctica de las pruebas biológicas de paternidad, aunque inicialmente se consideró que la negativa a las mismas debía ser manifestada personalmente por el propio afectado, tras la notificación personal del auto en que debía acordarse, posteriormente se

³³⁰ STC 95/1999, de 31 de mayo, F. Jco. 2º.

³³¹ STS 227/1998, de 13 de marzo, F. Jco. 1º.

³³² En algunos países como Dinamarca, Austria o algunos Estados de Estados Unidos se permite recurrir al uso de la fuerza para la práctica de las pruebas biológicas en caso de negativa injustificada del afectado por las mismas. En Alemania cabe imponer a la fuerza la sumisión a estas pruebas en virtud del deber de sometimiento que tienen tanto las partes como los terceros de tolerar todos los exámenes susceptibles de conducir al descubrimiento de la verdad biológica, aunque sólo se puede recurrir al uso de la fuerza cuando el obligado a someterse a las pruebas se niegue repetidamente a ello. Vid. ROMERO COLOMA, A.M., *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 129 y ss.

implantó el criterio jurisprudencial favorable a la validez de la notificación realizada a través de su procurador. Así lo establece, entre otras, la STS 884/1998, de 3 de octubre, en su fundamento jurídico 4º, al señalar que la alegación de que no se citó personalmente al recurrente para la práctica de la prueba biológica, ni se le advirtió de las posibles consecuencias de su negativa a someterse a la práctica de la misma, tampoco puede ser acogida favorablemente, ya que las citaciones, para las cuatro distintas veces en que fue acordada la práctica de dicha prueba, se le hicieron en legal forma, como declara expresamente la sentencia recurrida, pues lo fueron por cédula y, además, por medio de su Procurador, sin que al órgano jurisdiccional le correspondiera hacerle advertencia alguna acerca de las consecuencias que podría tener su negativa a someterse a la práctica de la misma, pues dicha advertencia es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-director técnico del interesado³³³.

Igualmente, la STS 589/2004, de 17 de junio, pone de manifiesto, en el supuesto que analiza, que la prueba biológica de paternidad no pudo practicarse dos veces consecutivas por la actitud obstruccionista de los recurrentes, quedando advertidos en la propuesta de providencia en que se les citaba para practicar dicha prueba, bajo apercibimiento que en caso de no verificarlo les pararía el perjuicio a que hubiere lugar en derecho y llegado el día no comparecieron, por lo que ahora no pueden alegar indefensión con relación a la misma, cuando ellos precisamente han impedido una de las pruebas principales del proceso.

³³³ La STS de 10 de octubre de 1995 ya había señalado que la negativa podía efectuarse mediante escrito presentado por la representación procesal del demandado, máxime si éste, debidamente citado, no compareció a la práctica de dicha prueba. El fundamento jurídico 2º de la citada resolución establece que *"El hecho de que la negativa del demandado de someterse a la prueba biológica haya sido hecha por su Procurador en meritado escrito, no arguye contra la inutilidad de un segundo o posterior requerimiento o citación al no tratarse de una negativa personal del demandado pues como dice la sentencia de 13 de diciembre de 1994 "es desestimable por completo esta actitud, que viola evidentemente los límites de la buena fe procesal, pues si a través de su representación procesal y con la dirección de su Letrado realizó aquellas manifestaciones, no puede ahora sostener en esencia que no estaban autorizados, que debió ser él quien personalmente se negase a la práctica de las pruebas. Tampoco se alcanza la necesidad de predicar el carácter personalísimo de esta manifestación, pues forma parte de su derecho de defensa en el proceso, que lo actúa debidamente representado por su Procurador y dirigido por Letrado, ni que no quepa la posibilidad de representación en esta materia; ni está excluida por la Ley, ni racionalmente hay motivos para hacerlo, debiéndose entender que su Procurador posee dicha representación a los efectos procesales que es precisamente donde va a surtir efectos esa negativa" "*

En el mismo sentido, véase la STS 465/1999, de 28 de mayo, F. Jco. 1º, que citando otras resoluciones anteriores (sentencias de 13 de diciembre de 1.994 y 7 de octubre de 1.995), pone de manifiesto la doctrina jurisprudencial que admite la validez de la negativa expresa de la parte, a someterse a las pruebas biológicas de determinación de la filiación, hecha a través de su Procurador.

En la actualidad el art. 28.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 parece despejar las anteriores dudas en la materia al establecer expresamente que *“mientras se halle vigente el poder, el Procurador oirá y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste”*.

A modo de resumen, debemos señalar que la negativa del demandado por sí sola no basta para fundamentar una resolución estimatoria de la paternidad, es decir, no opera como una *“ficta confessio”*, así lo pone de manifiesto la STC 29/2005, de 14 de febrero, en su fundamento jurídico quinto. Sin embargo, sí valdrá para sustentar una sentencia estimatoria cuando además de la negativa concurren otras pruebas que también acrediten la paternidad demandada, por ejemplo, la convivencia con la madre en la época de la concepción acreditada a través de testigos, ingresos bancarios realizados durante el embarazo o la infancia del menor, correspondencia que acredita la existencia de una relación sentimental entre las partes y que se había producido el nacimiento de un hijo en común, documento privado de reconocimiento de la filiación paterna, etc.

En virtud de la jurisprudencia que hemos analizado, esa negativa deberá ser injustificada y tener un carácter obstruccionista, es decir, deberá existir una clara voluntad por parte del demandado contraria a su realización, sin motivo alguno que justifique dicha actitud, salvo impedir la obtención de la verdad material a través de una prueba plenamente fiable. No es necesario que esa renuencia se manifieste personalmente por el interesado, basta que se haga valer a través de su procurador o, simplemente, que una vez citado en forma el demandado no comparezca a la práctica de la prueba sin que exista causa justificada que se lo haya impedido.

En el supuesto de que la negativa fuese planteada cuando la prueba haya de ser practicada sobre un menor de edad o un incapaz, debemos remitirnos a lo ya señalado en este mismo capítulo sobre la necesidad de completar o suplir la capacidad de la persona en tales casos, así como al estudio más específico que sobre el consentimiento del sujeto pasivo de las intervenciones corporales se realiza Capítulo III del presente trabajo, en especial en el en el epígrafe III.2.

No obstante, como señala FÁBREGA RUIZ, en el ámbito de la investigación de la paternidad, la negativa manifestada por el representante legal no debe ser decisiva, al tratarse de un tema relativo a los derechos de la personalidad, pudiendo el Juez ordenar la prueba en interés del representado, previa exploración del mismo, incluso con dictamen médico, siempre que se dé al menos su asentimiento.

Por último debemos referirnos, aunque sea someramente a dos cuestiones de carácter procesal relativas al tema objeto de estudio. La primera de ellas viene determinada por el art. 767.1 LEC según el cual *“en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”*. Este requisito de procedibilidad tiene por objeto evitar la presentación de demandas absolutamente infundadas o caprichosas, tal y como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1994³³⁴.

Como tal, por “principio de prueba” habrán de considerarse los datos o indicios que fundamentan y dan verosimilitud a la pretensión que se ejercita, es decir, a la probabilidad de la filiación que se demanda y en tal sentido la prueba aportada puede ser de cualquier tipo: fotografías, cartas, testigos, vídeos, etc. Tanto la doctrina³³⁵ como la jurisprudencia han interpretado este requisito de forma excesivamente amplia en la creencia de que una apreciación restrictiva de esa norma podría impedir el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 CE y ser además un obstáculo a la investigación de la paternidad que consagra el art. 39.2 de la Carta Magna.

Así lo pone de manifiesto la STS 951/1993, de 20 de octubre, en su fundamento jurídico 1º, al señalar que la jurisprudencia de esta Sala es abundante y pacífica respecto al “principio de prueba”, sobre el que sostiene una interpretación “espiritualizada”, entendiendo que ni siquiera es necesario que la prueba deba plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento

³³⁴ STS 382/1994, de 28 de abril, F. Jco. 1º.

³³⁵ Véase al respecto BUSTO LAGO, J.M., *“Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica. (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”*), Derecho privado y Constitución, nº 19, Enero-Diciembre, 2005, p. 48 y ss.

adecuado y de este modo pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de la demanda³³⁶.

La segunda cuestión procesal a la que debemos hacer referencia es la intervención en el procedimiento de filiación de terceros que no tienen la condición de parte y sobre los cuales se solicita la realización de la prueba biológica de paternidad. Aquí tenemos que diferenciar a su vez dos supuestos, el de la “*exceptio de plurium concubentium*”³³⁷ y el de aquellos que simplemente ostentan la condición de testigos. En el primer caso, en virtud de lo dispuesto del art. 14.2 LEC³³⁸ es posible que entablada una acción de reclamación de la filiación, el demandado en la contestación a la demanda, a la vez que alega dicha excepción, pida que se notifique la existencia del proceso a otros sujetos con respecto a los cuales pueda acreditar que han tenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción. Si el Juez, después de poner en conocimiento de la parte actora esta petición, la considera adecuada, dará traslado de la demanda al afectado por dicha pretensión para que conteste a aquélla y lo citará a la vista del juicio verbal, considerándolo a todos los efectos, desde ese momento, como parte en el proceso, de ahí que también pueda solicitarse que se someta a las pruebas biológicas y se le aplique, evidentemente, la misma doctrina jurisprudencial que examinamos anteriormente en los supuestos de negativa a su realización.

Hasta ahora nos hemos referido siempre a casos en los que este tipo de pruebas se solicita sobre los “posibles” progenitores, que como tales han sido demandados, o bien traídos posteriormente como parte al proceso. De hecho el art. 766 LEC, al regular la legitimación pasiva, establece que serán parte demandada en los procesos de filiación, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a

³³⁶ Véanse en el mismo sentido las STS de 22 de marzo de 1999, 26 de junio de 1999 y 28 de diciembre de 2001.

³³⁷ Se trata de una excepción oponible por el demandado en una acción de reclamación de la paternidad que consiste en alegar y probar que durante el periodo de concepción legal del hijo cuya filiación se pretende determinar, la madre ha mantenido relaciones sexuales con otro o con otros posibles padres. Véase al respecto BUSTO LAGO, J.M., “*Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica. (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”*”, Derecho privado y Constitución, nº 19, Enero – Diciembre, 2005, p. 23 y ss.

³³⁸ El art. 14 LEC establece las reglas de la denominada “intervención provocada” relativa a los casos en los que la ley permite al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso. En el caso de los juicios verbales, como sería el supuesto que nos ocupa, deberá suspenderse la vista y realizarse un nuevo señalamiento citando a las partes y al tercero llamado al proceso.

las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo; y en los supuestos en que cualquiera de ellos hubiere fallecido lo serán sus herederos.

En el caso de que el “probable” progenitor haya fallecido, la prueba biológica se realizará sobre sus restos cadavéricos, con la misma fiabilidad que la efectuada sobre la persona viva. Sin embargo, en la actualidad, la creciente implantación de la incineración mortuoria hace inviable la realización de esa prueba, al no poder extraerse ADN de las cenizas resultantes de la cremación. De ahí que en algunas demandas de filiación en las que se den estas circunstancias, cuando el fallecido no tiene descendientes, se esté solicitando que las pruebas de biológicas sean realizadas a hermanos del supuesto padre (o incluso que se lleguen a exhumar los restos de alguno ya fallecido) cuando ninguno de ellos ha sido demandado y a lo sumo podría solicitarse su declaración como testigo el día de la vista.

En este escenario, nos podemos encontrar con la paradoja de que, si se autoriza la práctica de dicha prueba, se puede estar sometiendo a una intervención corporal a alguien que no es parte en el proceso y aunque se solicite su consentimiento para la realización de la misma, en su condición de testigo, inicialmente carecerá del asesoramiento letrado sobre el alcance y consecuencias de dicha intervención o de la negativa a realizarla, sin perjuicio de que el órgano judicial pueda aclararle dichos extremos.

Por otra parte, estaríamos involucrando en una supuesta relación paterno-filial a personas ajenas a la misma, que en cierto modo acabarían por pagar sus consecuencias de forma un tanto injusta. Piénsese, por ejemplo, que para probar esa posible paternidad se solicite la exhumación de los restos cadavéricos de un hermano del probable progenitor que ha sido incinerado.

Con la actual regulación de la LEC ¿sería lícito autorizar esa actuación con relación a una persona que en vida nada tuvo que ver con el hecho de la procreación origen de la demanda?; ¿debe prevalecer el derecho a la filiación del hijo en cualquier caso?; la familia del fallecido, que también ha sido ajena a esa relación paterno-filial y que puede verse afectada en su intimidad familiar y en sus sentimientos religiosos, ¿cómo puede hacer valer sus derechos e impedir la exhumación si no es parte en el proceso?, ¿se le notificará el auto en el que se acuerde la exhumación de los restos cadavéricos?.

Como vemos son muchas las cuestiones que se plantean en estos casos y que no se pueden resolver con la regulación actual. Sí podríamos zanjar fácilmente la cuestión diciendo que las pruebas biológicas solamente pueden practicarse sobre quien sea parte en el proceso, quizás esto sea lo más racional, pero con ello estamos dejando sin la prueba reina de los procesos de filiación a la mayor parte de los demandantes, en aquellos casos en que los más que posibles padres, conocedores de las intenciones de sus hijos biológicos, ordenan que sean incinerados cuando se produzca su óbito, para evitar precisamente que se extraiga su ADN.

También es cierto que los hijos no matrimoniales conocedores de esa filiación podían haberla reclamado, en algunos casos, en vida del progenitor y evitar así las situaciones que estamos comentando, pero ello no les priva de su derecho a hacerlo con posterioridad, ya que esta acción, según establece el art. 133 CC corresponde al hijo durante toda su vida³³⁹.

De ahí que una vez más deba ser el legislador el que resuelva esta laguna legal y establezca una regulación más detallada de esta materia, en la que se contemplen estos supuestos. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil supuso en su momento un notable avance al recoger la doctrina jurisprudencial en esta materia, por ello hoy debería ser actualizada para responder de forma adecuada a las demandas sociales que surgen, de forma inevitable, con los continuos adelantos científicos y tecnológicos³⁴⁰.

³³⁹ El art. 133 CC establece que *“la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida”*.

³⁴⁰ En Alemania el § 372 ZPO (Ley de Procedimiento Civil) impone la obligación de tolerar la recogida de muestras de sangre, para la realización de las pruebas de paternidad, a todas las personas, tanto al demandado como a los testigos, con la finalidad de descubrir la “verdad biológica”, siempre que no exista peligro para su salud, pudiendo incluso llegar a realizarse el examen de forma coactiva ante la negativa reiterada e injustificada del afectado por la medida.

IX. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS RESPECTO A LOS AVANCES CIENTÍFICOS Y LAS APLICACIONES DE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA: EL DERECHO A LA INTEGRIDAD GENÉTICA

Como ya señalamos al estudiar el derecho a la intimidad, los avances alcanzados en las últimas décadas en el ámbito de la Medicina, especialmente de la Genética, y en la tecnología, permiten en la actualidad la realización de experimentos, intervenciones y tratamientos médicos que hasta hace relativamente poco tiempo podríamos considerar “ciencia ficción”. La posibilidad de clonar seres humanos, alterar embriones genéticamente para evitar determinadas enfermedades o elegir el sexo de los hijos, son sólo algunos ejemplos de lo que hoy nos permite el imparable desarrollo en esas materias.

Todo ello aporta sin duda soluciones y esperanza para la curación, y sobre todo para la prevención, de enfermedades y deficiencias congénitas, pero también abre la posibilidad de que esas técnicas permitan la creación de niños a la carta o la búsqueda de un ser humano perfecto propio de una raza superior, lo que nos hace recordar episodios funestos del siglo XX. Surge así un debate bioético sobre la realización de determinadas prácticas médicas, directamente relacionadas con la protección de la integridad embrionaria que han sido objeto de diferentes normas que trataremos de sintetizar en este epígrafe.

No debemos olvidar que todas estas técnicas afectan directamente a la integridad física e incluso moral del ser humano y, por tanto a su dignidad. Ya lo puso de manifiesto en su día el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985, al señalar que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 que implica para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de este derecho, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto, pues como sucede en relación con todos los bienes y

derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y debe estar sujeta a limitaciones³⁴¹.

En la esfera internacional, el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ya prevé que nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos, pero será, sin duda, el enorme desarrollo de las técnicas médicas en los últimos treinta años y el debate ético-jurídico que surge en el seno de la sociedad, el que promueva que el 4 de abril de 1997 se apruebe en Oviedo, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio para la Protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y de la Medicina³⁴², al que ya nos hemos referido con anterioridad, porque es el primer texto internacional sobre la materia que tiene carácter vinculante para los países que lo suscriben y establece un marco común para la protección de la dignidad y los derechos humanos en la aplicación de estas materias, fijando las prácticas médicas que resultan prohibidas, sin perjuicio de que los Estados miembros aumenten el círculo de protección vedando otras *praxis* no proscritas en el Convenio.

Según el art. 1 el objeto del Convenio es proteger la dignidad, identidad e integridad del ser humano, así como sus demás derechos y libertades fundamentales, con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, comprometiéndose las Partes a adaptar su legislación interna a lo establecido en el mismo. De esta forma se limita la experimentación científica y se proscriben determinadas actuaciones médicas para salvaguardar la dignidad humana y los derechos que le son inherentes.

En primer lugar se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético; sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas con fines médicos y únicamente podrá modificarse el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas, siempre que no tenga por finalidad modificar el genoma de la descendencia³⁴³. Tampoco se

³⁴¹ Sentencia 53/1985, de 11 de abril, F. Jco. 7º.

³⁴² En España el Convenio de Oviedo entró en vigor el día 1 de enero de 2000.

³⁴³ Se prohíbe así la clonación reproductiva que permitiría la elección de los hijos a la carta y la selección racial.

admiten las técnicas para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo que ello sea necesario para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo³⁴⁴.

El art. 18 prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación, pero no mediante las técnicas de reproducción *in vitro*, ni tampoco la experimentación con los sobrantes o con los no viables. Por último señalar que el art. 21 establece que el cuerpo humano y sus partes “*no deberán ser objeto de lucro*”, expresión que parece entrañar más una recomendación a los Estados parte que una proscripción absoluta de comerciar en este ámbito. A nuestro parecer, cuestiones de esta índole, contrarias a la dignidad humana y a los derechos fundamentales, no deberían quedar al albur de posibles interpretaciones, máxime cuando estamos ante un texto de carácter internacional, vinculante para una pluralidad de estados que deberán adaptar su legislación interna a esta disposición supranacional³⁴⁵.

Cualquier intervención exigirá el consentimiento libre e informado (sobre los riesgos y consecuencias) de la persona que vaya a someterse a la misma³⁴⁶; y en el caso de una persona que no pueda expresar su consentimiento la intervención sólo podrá realizarse cuando redunde en su beneficio directo (art. 6), regulándose en

³⁴⁴ Arts. 11 a 14 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997.

³⁴⁵ Si bien en nuestra legislación está prohibido el comercio de órganos (arts. 156 y 156 bis CP), esta sanción no afecta a otras partes del cuerpo humano como ocurre en el caso de la donación de esperma y óvulos. La Ley 14/2006 sobre Técnicas de reproducción humana asistida prevé en su art. 5 que dicha donación será anónima y nunca tendrá carácter lucrativo o comercial; la compensación económica que se fije tiene como finalidad resarcir las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales del donante, pero no podrá suponer un incentivo económico para aquél. No obstante, a tenor de algunas informaciones periodísticas surgidas a finales de 2011, la crisis económica habría incrementado el número de donantes masculinos en un 20% y en un 10% en el caso de las mujeres, puesto que la denominada “compensación económica” podría ser de hasta 900 euros para estas últimas y de 50 euros para los varones. Estos reportajes ponen de manifiesto que la inexistencia de una base de datos común para todos los centros de donación resulta fundamental para evitar las denominadas “*tournées o giras*” que algunas personas realizan por los diferentes centros, con el objetivo de obtener dinero de forma rápida. Véase al respecto www.levantemv.com/fin-semana/2011/12/19 y www.laopinioncoruna.es/sociedad/2011/12/04.

³⁴⁶ El derecho al consentimiento informado es uno de los denominados “derechos de nueva planta” que se enmarca en el ámbito de la autonomía personal de los individuos y se traduce en el derecho a recibir de los responsables médicos una información completa y continuada sobre todo proceso médico, en términos comprensibles para el paciente, desde la fase de diagnóstico hasta las alternativas de tratamiento. Consiste, por tanto, en que la persona conozca y comprenda cual es su estado de salud y pueda elegir, dentro de las opciones médicamente viables que se le ofrecen para curar o mitigar su enfermedad, la que considere más idónea o incluso que rechace libremente someterse a tratamiento por los motivos que considere oportunos.

el art. 7 las condiciones exigidas en caso de menores o incapaces, que requerirán la autorización de sus representantes, institución o autoridad prevista por la ley. No obstante, en situaciones de urgencia podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la persona afectada (art. 8). También se tendrán en cuenta, según el art. 9, los deseos expresados anteriormente por la persona con relación a la intervención médica, cuando en el momento de realizarla no pueda expresar su voluntad.

Se establecen también condiciones específicas para someterse a un experimento, además del consentimiento y el beneficio para la salud, descartándose en personas faltas de capacidad que hayan expresado su rechazo al mismo (arts. 16 y 17). Como ya hemos puesto de manifiesto, la extracción de órganos y tejidos no podrá realizarse si la persona no tiene capacidad para expresar su consentimiento, salvo en caso de que el receptor sea hermano/a del donante, no haya otro compatible con aquél, sea necesario para preservar su vida, se haya dado la autorización específica y por escrito, y el donante potencial no expresa su rechazo a la misma³⁴⁷.

Si observamos la regulación del Derecho comunitario, debemos traer a colación el art. 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que después de señalar en su párrafo primero que toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica, establece en el segundo que en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

1. El consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley,
2. La prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas,
3. La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,
4. La prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

³⁴⁷ Art. 20.2 del Convenio de Oviedo.

IX.1. La integridad y la identidad genética: la manipulación de embriones; la investigación biomédica y los análisis genéticos. El diagnóstico preimplantacional. Los biobancos: obtención, utilización y almacenaje de muestras biológicas de origen humano

Desde el punto de vista de su protección, los casos de manipulación genética de los embriones presentan una mayor complejidad, puesto que no estamos ante una persona, titular de derechos, pero sí ante un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 CE³⁴⁸, lo que implica que debe garantizarse su integridad y su salud desde las primeras fases del desarrollo hasta su nacimiento, pues ello resulta imprescindible para garantizar la integridad de la persona una vez nacida.

Las intervenciones genéticas influyen en la salud del no nacido y, por tanto, en la salud de ese futuro ser humano cuando llegue a nacer y revisten especial gravedad en el caso de técnicas experimentales al desconocerse los efectos que pueden producir en el sujeto objeto de experimentación.

Estas nuevas técnicas permiten realizar manipulaciones en ámbitos hasta ahora indisponibles, como el de la gestación de un ser humano, que pueden utilizarse con fines terapéuticos o bien para otro tipo de experimentos, científicamente posibles, aunque éticamente discutibles, de ahí la necesidad de una regulación legal precisa y limitadora en esta materia. En caso contrario se pone en riesgo lo que se ha denominado “la dignidad del inicio de la vida” y “la cosificación del embrión”, esto es, la posibilidad de instrumentalizar la naturaleza humana para concebir seres con las características deseadas por sus progenitores, la facultad de crear el hombre perfecto, en definitiva la manipulación de la raza y de la especie humana³⁴⁹.

Además, las intervenciones genéticas en el embrión no sólo afectan a su ámbito físico o corporal sino que también pueden incidir en su salud psíquica si

³⁴⁸ Según la STC 53/1985, de 11 de abril, el art. 15 CE reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho del que son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los *nasciturus*. Esta misma idea se reitera en las SSTC 212/1996, de 20 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio.

³⁴⁹ Véase CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, 1ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 76 y ss.

llegan a provocar trastornos de la personalidad o incluso enfermedades mentales; también amenazan la libertad con que ese futuro ser humano puede ejercer su derecho a la integridad, es decir, limitan el disfrute de su integridad futura. Una injerencia de esta índole puede condicionar la libertad del sujeto para elegir su propia vida, puesto que la dotación genética que se realiza en el embrión por voluntad de terceros le acompañará para siempre, aunque no resulte de su agrado.

Por ello incluso se ha puesto de manifiesto la necesidad de recibir una herencia genética no manipulada, que aunque no llegue a alcanzar la categoría de derecho, sí implica una protección objetiva de la vida y la integridad prepersonales que ampara la libertad del futuro individuo³⁵⁰. Igualmente se relaciona la estabilidad psíquica del sujeto, con el hecho de conocer su origen genético, es decir quién es su padre o su madre, de ahí que algunos autores consideren que sin derecho a la identidad genética, no hay salud en sentido pleno, al abarcar no sólo los aspectos físicos, sino también los psíquicos.³⁵¹

De este modo, la denominada “identidad genética” del ser humano puede ser entendida desde dos ópticas distintas. En primera instancia, como la propia identidad del individuo, el derecho a ser único e irreplicable, a heredar características genéticas no manipuladas, es decir, el derecho a poseer un genotipo propio³⁵² que sólo podrá alterarse con fines terapéuticos previamente consentidos: es lo que se conoce como “integridad somática”; y, en segundo lugar, la identidad genética puede entenderse desde una perspectiva colectiva, puesto que las intervenciones de esta índole pueden provocar mutaciones que son transmisibles a los descendientes de ese individuo, de ahí que las alteraciones realizadas en el patrimonio genético de una persona pueden afectar a futuras generaciones: es lo que se denomina la “integridad germinal” y sirve de argumento a los defensores de la supervivencia de la especie humana y del orden natural del grupo social como bienes jurídico-penales

³⁵⁰ CANOSA USERA, ob. cit., p.78.

³⁵¹ ROMERO COLOMA, A. M., *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, Bosch, Barcelona, 2009, p.41.

³⁵² Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el genotipo es el conjunto de los genes de un individuo.

de titularidad colectiva, llegándose a hablar de crímenes contra la humanidad en referencia a esas intervenciones génicas³⁵³.

En nuestro país esta materia ha sido objeto de diversas leyes que fueron sucesivamente modificándose para adaptarlas a los avances científicos y a las demandas sociales. Así, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de reproducción asistida y su modificación por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, han sido derogadas y sustituidas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida. Por su parte, la Ley 42/1988, de 28 de diciembre de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos, se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

Las leyes derogadas ya fueron en su día objeto de sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en las Sentencias 212/1996, de 20 de diciembre y 116/1999, de 17 de junio, que reiteran el criterio sentado por la STC 53/1985, de 11 de abril, de que los no nacidos no pueden considerarse como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 CE, lo que no significa que resulten privados de toda protección constitucional; así las intervenciones sobre los preembriones, ya sean para investigación o para experimentación, no pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana porque sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables³⁵⁴.

La misma condición se exige para la donación de fetos o embriones: deben estar muertos o ser inviables, por ello su utilización para diagnóstico, investigación o experimentación no vulnera la protección que otorga al *nasciturus* el art. 15 de nuestra Carta Magna. Igualmente se considera adecuado el diagnóstico de preimplantación realizado en el embrión *in vitro* con fines terapéuticos y dirigido al

³⁵³ Véase al respecto PERIS RIERA, J. y GARCÍA GONZÁLEZ, J., “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación” en Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Dykinson, Madrid, 2005, p.117 y 118.

³⁵⁴ STC 116/1999, de 17 de junio, F. Jcos. 8 y 9.

mejor desarrollo del *nasciturus*, no pudiendo equipararse a un aborto ilegal la no implantación en el útero materno del embrión defectuoso³⁵⁵.

El desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de regular de forma unificada el destino de los preembriones supernumerarios son algunos de los motivos que llevaron a la promulgación de la actual Ley 14/2006 sobre Técnicas de reproducción humana asistida, que introduce importantes novedades con relación a la anterior regulación. En primer lugar define, con efectos exclusivamente circunscritos a su propio ámbito de aplicación, el concepto de preembrión, entendiendo por tal al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde y, además, en línea con lo dispuesto en el Convenio de Oviedo, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos (art. 1).

Por otra parte, se extiende la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, hasta ahora utilizadas fundamentalmente como solución de los problemas de esterilidad, a otros ámbitos de actuación como el desarrollo de técnicas complementarias que permitan evitar, en ciertos casos, la aparición de enfermedades, en particular las que carecen de tratamiento curativo. Asimismo, el diagnóstico genético preimplantacional³⁵⁶ abre nuevas vías a la prevención de enfermedades genéticas y a la posibilidad de seleccionar preembriones para que, en

³⁵⁵ STC 116/1999, de 17 de junio, F. Jco. 11º.

³⁵⁶ El diagnóstico genético del embrión puede realizarse a través de diferentes técnicas como la hibridación *in situ* con sondas fluorescentes que consiste en el empleo de sondas de ADN específicas para averiguar las características de los 46 cromosomas celulares, es decir, el cariotipo. El examen de una célula del embrión permite descubrir su sexo y determinar que no existen anomalías graves en el cariotipo, así como que no es portador de enfermedades congénitas. Otro método utilizado es el análisis molecular y bioquímico del ADN de las células del embrión *in vitro*, con los que también pueden detectarse anomalías genéticas.

Cada vez son más las enfermedades que pueden descubrirse a través de este tipo de diagnosis, en muchos casos se trata de patologías genéticas ligadas al cromosoma sexual en las que la mujer es portadora y existe el 50% de riesgo de que el descendiente varón herede la enfermedad, como ocurre con la hemofilia o la distrofia muscular; en estos casos el análisis del embrión permite evitar la implantación de cigotos varones. También pueden identificarse los genes responsables de otras patologías como la fibrosis quística o determinadas anomalías cromosómicas como la que provoca el síndrome de Down. *Vid.* ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 44 a 46.

determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida de un familiar enfermo.

Igualmente se trata de proporcionar a los ciudadanos instrumentos adecuados de información que les permitan ejercer con criterios sólidos su capacidad de decisión. Para ello, además del Registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, ya previsto en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, se crea el Registro de actividad de los centros de reproducción asistida. En el primero se consignarán los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. Y en el segundo se registrarán los datos sobre tipología de técnicas y procedimientos, tasas de éxito y otras cuestiones que sirvan para informar a los ciudadanos sobre la calidad de cada uno de los centros, que deberán hacerse públicos, al menos, una vez al año.

La donación será anónima y nunca tendrá carácter lucrativo o comercial, la compensación económica que se fije tiene como finalidad resarcir las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales del donante, pero no podrá suponer un incentivo económico para aquél (art. 5). También se declara nulo el contrato de gestación por sustitución, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (art. 10); es el comúnmente denominado “vientre de alquiler”, método reproductivo utilizado por aquéllas personas que por motivos de salud o bien por otras razones, no deciden acudir a otras técnicas de reproducción. En los últimos años y tras la legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo, su utilización va en aumento, viéndose obligados quienes desean utilizar éste método a desplazarse a otros países donde sí está legalizado, fundamentalmente Estados Unidos, para ver cumplido su deseo de ser padres.

Para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente, la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus destinos posibles, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores y, en el caso de la investigación, a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte

de las autoridades sanitarias correspondientes y se eliminan los límites que se establecieron en la citada Ley para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso. Los preembriones crioconservados sólo podrán ser utilizados por la propia mujer o su cónyuge o destinados a la donación con fines reproductivos o de investigación, pero en cualquiera de estos casos se requerirá el consentimiento informado debidamente acreditado (art. 11).

Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados para su transferencia y también para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión (art. 12).

Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo *in vitro* sólo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas. Para ello es necesario que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación y, en cualquier caso, que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza (art. 13).

En sintonía con la regulación que acabamos de exponer se dicta la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. Los importantes descubrimientos alcanzados en los últimos años gracias a este tipo de investigación, prometen un futuro esperanzador sobre el tratamiento e incluso la curación de patologías hasta ahora incurables, por ello la investigación biomédica se presenta como un instrumento clave para mejorar la calidad y la expectativa de vida de los ciudadanos y, por consiguiente, para aumentar su bienestar.

Cada vez adquieren mayor relevancia la obtención, utilización y almacenaje de muestras biológicas con fines de diagnóstico o de investigación, e igualmente aumentan las técnicas que implican procedimientos invasivos en seres

humanos, también la investigación con gametos, embriones o células embrionarias resulta imprescindible en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa.

Estos avances científicos y los procedimientos utilizados para lograrlos, generan importantes incertidumbres éticas y jurídicas que precisan una regulación normativa³⁵⁷. Esta Ley impulsa la acción coordinada de los poderes públicos y de las instituciones dedicadas a la investigación para alcanzar ese objetivo y fija normas en ámbitos no regulados hasta la fecha, o que lo han sido de forma fragmentaria como los análisis genéticos, la investigación con muestras biológicas humanas, en particular las de naturaleza embrionaria, o los biobancos.

La propia exposición de motivos de la Ley 14/2007 señala que es necesario disponer del marco normativo adecuado que dé respuesta a los nuevos retos científicos al mismo tiempo que se garantice la protección de los derechos de las personas que pudiesen resultar afectados por la acción investigadora. De acuerdo con este espíritu, esta ley trata de asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ser humano y de otros bienes jurídicos relacionados con ellos que son objeto de protección a través de la Constitución española y del Convenio de Oviedo de 1997, por ello proclama que la salud, el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad o de la ciencia (art. 2.b).

Asimismo se protege la integridad, la dignidad e identidad de las personas en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, así como en la realización de análisis genéticos, el tratamiento de datos genéticos de carácter personal y de las muestras biológicas de origen humano que se utilicen en investigación. Se establece el principio de gratuidad de las donaciones

³⁵⁷ Recientemente el Gobierno británico, por primera vez en el mundo, ha dado luz verde a una técnica de reproducción asistida que evita la transmisión de las enfermedades mitocondriales, que se transmiten por vía materna, y que presenta la particularidad de que los bebés nacidos por este procedimiento tienen ADN aportado por tres progenitores, porque se usa el óvulo de una donante sana para aprovechar sus mitocondrias. Se vacía el núcleo del óvulo sano, preservando el resto de la estructura celular, y se sustituye por el del óvulo con mitocondrias alteradas. Así, el nuevo óvulo resultante lleva todos los cromosomas de la madre y las mitocondrias sanas de la donante y puede ser fecundado en el laboratorio por los espermatozoides del padre sin riesgo de que se transmita la enfermedad mitocondrial. Esta nueva técnica podría empezar a aplicarse en el año 2015 si se cumple el calendario previsto y el Parlamento británico aprueba en 2014 la correspondiente propuesta legislativa. Para más información véase www.elpais.com/sociedad/2013/06/28/actualidad.

de material biológico y se regulan los requisitos para obtener información previa y otorgar el consentimiento.

En cuanto al ámbito específico objeto de este epígrafe, se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional³⁵⁸, pero se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales embrionarias humanas con fines terapéuticos o de investigación que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin (art. 33).

Los embriones humanos que hayan perdido su capacidad de desarrollo biológico, así como los embriones o fetos humanos muertos, podrán ser donados con fines de investigación biomédica u otros fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos. La interrupción del embarazo nunca tendrá como finalidad la donación y la utilización posterior de los embriones o fetos o de sus estructuras biológicas. Los profesionales integrantes del equipo médico que realice dicha interrupción no intervendrán en la utilización de aquéllos. Los fetos expulsados prematura y espontáneamente serán tratados clínicamente mientras mantengan su viabilidad biológica, con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital (art. 28)

En estos casos, para la validez de la donación es necesario el consentimiento informado del donante y la expulsión en la mujer gestante de los embriones o fetos sin posibilidad de mantener su autonomía vital. La investigación con embriones y fetos vivos en el útero sólo podrá realizarse con propósito diagnóstico o terapéutico en su propio interés.

Por último, debemos señalar que la protección de la integridad genética y embrionaria tiene su máximo exponente en las conductas tipificadas en el Código Penal, que dedica los Títulos IV y V del Libro II, respectivamente a las lesiones causadas en el feto y a los delitos relativos a la manipulación genética. Con relación a las primeras, el art. 157 castiga al que, por cualquier medio o procedimiento, cause al feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica. La pena prevista es de 1 a 4

³⁵⁸ En las sentencias 53/1985, 212/1996 y 116/1999, ya referidas.

años de prisión y de 2 a 8 años de inhabilitación para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas ginecológicas.

Por su parte, el art. 159 castiga con la pena de prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de 7 a 10 años a los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. El art. 160 castiga también con prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial por tiempo de 6 a 10 años a quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

IX.2. La protección de cadáveres

Hasta aquí hemos examinado la integridad del ser humano y de la vida prepersonal, ahora debemos detenernos aunque sea someramente en el cuerpo de la persona fallecida, puesto que la dignidad inherente al ser humano se proyecta, en la mayoría de las culturas, con posterioridad a su muerte en forma de respeto al cadáver, prohibiéndose las conductas indignas o indecorosas sobre el mismo.

En esta línea la STC 3/2005, de 17 de enero, si bien reitera que sólo la persona viva es titular de los derechos a la integridad y a la intimidad, señala también que la persona ya fallecida, como realidad jurídicamente distinta, ha de ser objeto de una particular protección jurídica puesto que podría verse afectado el derecho a la intimidad familiar.

El destino del cuerpo sin vida de una persona dependerá de lo que ésta haya dispuesto y a falta de disposición alguna, decidirán sus familiares que podrán disponer el enterramiento o la incineración del cadáver o bien donar su cuerpo a la ciencia³⁵⁹ o sus órganos para trasplante, de acuerdo, en todo caso, con la normativa

³⁵⁹ Ya sea por fines altruistas o por evitar los gastos que conlleva el sepelio o la incineración, cada vez es más frecuente la donación del cuerpo en caso de fallecimiento, con fines docentes o científicos, a universidades y centros de investigación, con la autorización expresa de la familia del finado que deberá de ser previamente informada. El Decreto 2263/1974, de 20 de julio, que establecía el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, tras el traspaso de competencias sobre esta

específica que regula estas prácticas. En el caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad el Juez podrá acordar que se practique la autopsia al cadáver ordenando su traslado al establecimiento público destinado al efecto³⁶⁰.

También es posible que el fallecido haya donado su cuerpo para la investigación o que sea donante de órganos; incluso aunque no lo fuera el art. 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y trasplante de órganos, prevé que la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse, previa comprobación de la muerte, con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición.

Desarrollando esta disposición, el art. 10.1.a) del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, establece que la obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen las condiciones y requisitos siguientes:

1. Que la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Esta oposición o su conformidad podrán referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos y serán respetadas cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado.
2. En el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.
3. La persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción o en quien delegue, deberá informarse sobre si el interesado hizo patente su

materia a las Comunidades Autónomas, ha sido sustituido por diferentes normas regionales, alguna de las cuales regulan de forma específica las donaciones a las que nos estamos refiriendo; así, por ejemplo, el Decreto 39/2005, de 25 de febrero, del Consejo de la Generalitat Valenciana, cuyo art. 37 establece que *“la Consellería de Sanidad podrá autorizar el uso de cadáveres con finalidades docentes o científicas, previa petición al respecto de un centro oficial de enseñanza o investigación, y con la autorización expresa de la familia del finado previamente informada de modo fehaciente. No se precisará autorización familiar para restos cadavéricos que se hallen en fosa común más de un año”*.

³⁶⁰ Véanse los arts. 340, 343 y 353 LECrim.

voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica.

Las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del Juez al que corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos supuestos en que la obtención de los órganos no obstaculizare la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte.

Según el art. 2 de la citada Ley, no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido; y en ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado.

Para finalizar, cabe señalar que el art. 526 CP castiga la violación de sepulcros y la profanación de cadáveres, con ánimo de ultraje, con la pena de 3 a 5 meses de prisión o multa de 6 a 10 meses.

CAPÍTULO II

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS EN LAS INTERVENCIONES CORPORALES

PARTE TERCERA

OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

CAPÍTULO II

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS EN LAS INTERVENCIONES CORPORALES

PARTE TERCERA

OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

Cuando una persona es sometida a la práctica de una intervención corporal no sólo pueden resultar afectadas en mayor o menor medida, como acabamos de ver, su intimidad o su integridad física, sino que en ese mismo acto también puede producirse la vulneración de otros derechos fundamentales, puesto que el sujeto en ese preciso instante sufre una limitación de su libertad personal, aún en el caso de que no se encuentre detenido ni pese sobre él ninguna otra medida cautelar más restrictiva de su libertad.

De igual modo, como ya hemos señalado, el resultado de la prueba que se practique podrá influir notoriamente en la situación procesal de esa persona, fundamentalmente en el ámbito penal, puesto que de simple sospechoso, si dicho resultado resulta incriminatorio con relación a los hechos que indiciariamente se le atribuyen, podrá acabar por convertirse en imputado o incluso en acusado en el correspondiente juicio oral.

Pensemos, por ejemplo, en un simple control de alcoholemia, en el que a los conductores se les da el alto de forma aleatoria para someterse al correspondiente test, sin necesidad de que hayan cometido ninguna infracción, ni siquiera existan indicios sobre su posible conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias estupefacientes. Si la prueba practicada resulta positiva y se superan los límites previstos en el art. 379.2 CP, ese sujeto, que ni siquiera tenía la condición de sospechoso, será llamado a declarar como imputado, una vez que se reciba el

atestado en el juzgado correspondiente y, con toda probabilidad, resultará acusado en un juicio rápido³⁶¹.

Por lo tanto, además del derecho a la intimidad y a la integridad física, ya estudiados, al practicarse una intervención corporal también pueden verse afectados otros derechos fundamentales como la libertad personal, el derecho a no declarar contra uno mismo o el derecho a no confesarse culpable, respectivamente reconocidos en los arts. 17 y 24 de la Constitución Española, de ahí que debamos ocuparnos también de su análisis, aunque sea de un modo escueto, en las siguientes páginas de este trabajo de investigación.

I. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

El art. 17.1 CE establece que *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”*. Los siguientes párrafos de este precepto hacen referencia a la detención preventiva, los derechos del detenido, el procedimiento de *habeas corpus* y la prisión provisional, sin embargo no se contiene definición alguna del derecho a la libertad, ni de lo que debemos entender por libertad personal a los efectos previstos en nuestra Constitución.

GARCÍA MORILLO considera que esto se debe a que la noción de libertad se da por supuesta, siendo única e indiscutida, y fruto de un residuo histórico: ante las ilimitadas facultades del poder en el Antiguo Régimen y la facilidad de realizar arrestos o detenciones arbitrarias, la libertad personal se configuraba como un límite frente a ese poder, con un contenido fundamentalmente negativo, que excluía la posibilidad de privar al individuo de forma injustificada de su libertad. Esta idea perdura en la actualidad frente a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad

³⁶¹ El párrafo 2º del art. 379 CP, en su último inciso, establece que en todo caso será condenado con las penas previstas en ese precepto *“el que condujere con una tasa de alcohol en aire expirado superior a 0.60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”*.

del Estado y los límites de la detención policial, así como la protección contra toda forma de intervención arbitraria de los poderes públicos en este ámbito³⁶².

Siguiendo a este autor, apuntamos como definición positiva de la libertad personal la que hace referencia a la persona física en cuanto a ser corporal, es decir, con relación a sus comportamientos corporales, que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. En este sentido se manifestó también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 8 de junio de 1976, al tratar el *Asunto Engel y otros*, cuando señala que la libertad protegida en el art. 5 del CEDH es la libertad física³⁶³.

De este modo, la libertad personal no sólo implica la protección frente a detenciones arbitrarias, sino que también entraña el derecho a realizar todo lo que no esté expresamente prohibido, es decir, todo lo que sea lícito. Pudiendo existir prácticas distintas de la detención que mermen ese derecho, también deberá haber garantías que permitan su defensa, su libre ejercicio y protejan a los ciudadanos en aquellos casos en que se vean obligados a hacer algo en contra de su voluntad sin causa que lo justifique. De ahí que la principal característica de este derecho sea, precisamente, que no se regule su ejercicio, sino sus límites o restricciones, por eso la delimitación de su contenido suele hacerse de forma negativa, en el sentido de la expresión “todo lo que no está prohibido, está permitido”³⁶⁴.

Por ello debemos considerar, y así lo entiende una parte importante de la doctrina³⁶⁵, a pesar de lo manifestado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 1986, que existen formas de privación o de restricción de la libertad distintas de la detención. Esta resolución establece que “*debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada*

³⁶² GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 29 y ss.

³⁶³ GARCÍA MORILLO, ob. cit., p. 33.

³⁶⁴ GARCÍA MORILLO, ob.cit, p. 42.

³⁶⁵ Entre ellos ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales, su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p. 479 y ss. y GARCÍA MORILLO, ob. cit. p. 43 y ss., quienes a su vez recogen las profundas divergencias doctrinales que a raíz de esta sentencia surgieron entre numerosos autores. En contra de la existencia de zonas intermedias entre la libertad y la detención se pronuncia IGLESIAS CANLE, I.C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, Cóllex, 2003, p. 45.

*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*³⁶⁶.

Esta Sentencia se aparta de la línea seguida con anterioridad por el Alto Tribunal en otras como la STC 178/1985, de 19 de diciembre, según la cual ni se agotan en la modalidad de prisión los supuestos de restricción o privación de libertad, como resulta de una lectura del art. 17.1 CE y de su interpretación a la luz de los textos internacionales (fundamentalmente el art. 5 de la Convención Europea), ni sólo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad.

La restricción de libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible, como revela el art. 5 citado al establecer los supuestos en que el derecho a la libertad se limita y al enumerar, junto al referido a un hecho delictivo, otros casos en que no rige la regla delicto-privación de libertad³⁶⁷.

Esta línea parece confirmarse con la STC 178/1985, de 19 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 4º, al analizar el contenido del art. 20.2 LOPSC³⁶⁸ que había sido impugnado, establece: *"La situación descrita en este precepto es la de un acompañamiento a los agentes, por orden de ellos (requerimiento), hasta "dependencias próximas" en las que el sujeto habrá de permanecer, si bien por "el tiempo imprescindible" para realizar las diligencias de identificación y debe hacerse constar que la desatención a aquella orden conminatoria, se imponga o no por la coacción, puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas....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 de la Constitución.....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*

³⁶⁶ STC 98/1986, de 10 de julio, F. Jco. 4º.

³⁶⁷ STC 178/1985, de 19 de diciembre, F. Jco. 3º, Caso arresto del quebrado.

³⁶⁸ Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

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 de la Constitución 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)”.

A continuación señala el Alto Tribunal, en el mismo fundamento jurídico, que la medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOPSC supone, por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Estaríamos ante uno de los casos a que se refiere el art. 17.1 CE, en los que la persona sólo puede ser privada de su libertad según lo dispuesto en la ley, cualquiera que sea la actitud de la persona ante la orden recibida. Finaliza diciendo que aunque los derechos y garantías previstos en los números 2 y 3 del art. 17 son los que corresponden al afectado por una medida cautelar de detención, ello no significa que dichas garantías no deban ser tenidas en cuenta en otros casos de privación de libertad distintos a la detención preventiva³⁶⁹.

Por su parte la STC 107/1985, de 7 de octubre, al analizar el concepto de detención en relación con las pruebas de alcoholemia sostiene que *“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*

³⁶⁹ STC 341/1993, de 18 de noviembre, F. Jco. 6º.

*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.º de la L.E.Cr., la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo*³⁷⁰.

Incluso la propia STC 98/1986, que se apartó de esta línea seguida por las demás resoluciones jurisprudenciales, señalaba en su fundamento jurídico 4º, que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad, en las que de cualquier modo se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita, queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución, por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean.

Esta distinción es fundamental puesto que de ella se derivan la aplicación de las garantías previstas para el detenido en los párrafos 2º, 3º y 4º del art.17 CE, es decir, el plazo máximo de detención (72 horas), información de derechos y asistencia letrada, no obligación de declarar y *habeas corpus*. Pero si se considera que no existen formas de restricción de la libertad diferentes de la detención, tampoco se les podrá aplicar ninguna de las garantías señaladas, lo que podría dar lugar a la comisión de excesos o arbitrariedades por parte de los funcionarios policiales encargados de determinadas actuaciones, como los cacheos o los controles de alcoholemia, de ahí que sea necesario en cualquier caso que estas medidas estén también sometidas a una serie de pautas en su realización, según analizaremos en el apartado correspondiente de este estudio.

Las legislaciones de los países de nuestro entorno³⁷¹ prevén situaciones de privación de libertad diferentes a la detención y también lo hace el art. 5 CEDH al establecer en su párrafo 1º lo siguiente:

³⁷⁰ STC 107/1985, de 7 de octubre, F. Jco. 3º. En el mismo véase la STC 22/1988, de 18 de febrero de 1988, F. Jco. 1º, en un caso en el que se produjo el traslado de la persona a las dependencias policiales para la práctica de la prueba de alcoholemia.

³⁷¹ A título de ejemplo podemos citar el ordenamiento jurídico francés, el alemán o el italiano. Vid. más ampliamente GARCÍA MORILLO, ob.cit., p. 74 y ss.

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

*f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.*³⁷²

Como vemos son muy diferentes los motivos por los que se puede adoptar una medida restrictiva de la libertad personal, no sólo por la comisión de un hecho

³⁷² El TEDH ha señalado en la Sentencia de 6 de noviembre de 1980, *Asunto Guzzardi*, serie A, nº 39, que la privación de libertad puede adoptar diferentes formas y su variedad crece con la evolución de las normas jurídicas y de las actitudes. En la STEDH de 28 de mayo de 1985, *Asunto Ashingdane*, serie A, nº 93, señala que entre privación y restricción de libertad hay una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia. Esta afirmación lleva a GARCÍA MORILLO, ob. cit., p. 94, a considerar que por esa razón las garantías previstas en los arts. 5 CEDH y 17 CE entran en juego siempre que se produzca una restricción o una privación de libertad.

delictivo, sino también por razones de salud pública (por ejemplo, para evitar la propagación de una grave enfermedad contagiosa), el internamiento urgente de un enfermo psiquiátrico, la protección de menores, etc.

La mayoría de las constituciones reconocen el derecho a la libertad y establecen el principio de reserva de ley para determinar las causas de restricción a este derecho que, como sucede en los ejemplos anteriormente señalados, suelen estar regulados en leyes específicas sobre la materia, con la finalidad de protección de los intereses generales, las personas o bienes. En nuestro país estas leyes deberán tener el carácter de orgánicas al versar sobre el desarrollo de un derecho fundamental, según establece el art. 81.1 de nuestra Carta Magna, debiendo basarse, en atención a lo expuesto, en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido ya se expresó la STC 178/1985, antes citada, al señalar que 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 restricciones que no siendo razonables rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación³⁷³.

De lo expuesto se deduce la conveniencia y, todavía más, la necesidad, de que esas situaciones intermedias entre la detención y la libertad, a las que nos venimos refiriendo, y que han sido calificadas como retención, inmovilización, etc., se hallen reguladas de forma minuciosa para otorgar cobertura jurídica a quienes tengan que adoptar esas medidas y al mismo tiempo dotar a los destinatarios de esas formas de restricción de libertad de las oportunas garantías de defensa de sus derechos. De este modo se estarán evitando actuaciones arbitrarias e infundadas o incluso detenciones desproporcionadas.

Por último y para referirnos más específicamente al ámbito de estudio que nos ocupa, por leve que sea la intervención corporal que se vaya a practicar es obvio que requerirá un mínimo de tiempo en su ejecución, durante el cual el sujeto estará privado de libertad, si ya previamente se ha producido su detención para ser

³⁷³ STC 178/1985, de 19 de diciembre, F. Jco.3º.

trasladado al centro médico donde se realizará la prueba con la correspondiente autorización judicial³⁷⁴. Pero incluso en el caso de sometimiento voluntario a la intervención, también existiría privación de libertad a tenor de lo dispuesto por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión 8278/1978, de 13 de diciembre de 1979, según la cual cuando es necesario efectuar una investigación sobre una persona (en ese caso concreto se refería a la realización coactiva de un análisis de sangre), se ve afectado su derecho a la libertad aunque sea por un corto período de tiempo, aunque dicha privación estaría justificada para asegurar el cumplimiento de una obligación legalmente establecida³⁷⁵.

En este ámbito resulta todavía más evidente esa necesidad de regulación legislativa, porque no sólo está en juego el derecho a la libertad personal como puede ocurrir en una detención, sino que además, como hemos visto se podrán conculcar otros derechos fundamentales de las personas como la integridad física o la intimidad personal.

De ahí que en la normativa que, en su caso, se adopte debería establecerse un plazo máximo de tiempo para la práctica de estas diligencias, en función de la propia naturaleza y características de las mismas, a fin de limitar esa situación de restricción de libertad a la que se puedan ver sometidas las personas a quienes se les va a practicar una intervención corporal, sin perjuicio de que la duración concreta para su ejecución se determine en la resolución judicial en que se autorice la medida, en aquellos casos en los que, conforme a esa futura legislación a la que nos estamos refiriendo, resultase necesario en ausencia de consentimiento del afectado.

³⁷⁴ En algunos países, como Alemania o Reino Unido, en los que se admite la práctica de determinadas intervenciones corporales aún sin el consentimiento del interesado, es decir, mediante el recurso a la coacción física (por ejemplo, la *section 62* de la PACE británica con relación a las muestras no íntimas, entre las que se incluyen la saliva y los frotados bucales, así como el pelo con raíz, a excepción del vello púbico), sí estaría en una situación de privación de libertad la persona que va a ser sometida a ese tipo de medidas.

³⁷⁵ Consultar HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 379.

II. EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE

El art. 24.2 de nuestra Constitución reconoce al imputado, entre otros, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, de ahí que se haya planteado en numerosas ocasiones si las medidas de intervención corporal afectan al contenido esencial de estos derechos fundamentales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre esta cuestión de una forma general aunque sí la ha abordado parcialmente en diversas resoluciones, relativas a las pruebas de alcoholemia, en las que establece la doctrina, hoy consolidada, según la cual el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, ni al derecho a 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 de la Constitución³⁷⁶.

Esta doctrina se mantiene en la STC 161/1997, de 2 de octubre, en la que el Alto Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre el anterior art. 380 CP que tipificaba como desobediencia grave la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia³⁷⁷. En esta resolución se reitera la anterior jurisprudencia al

³⁷⁶ Sentencia 103/1985, de 4 de octubre, F. Jco. 3º. En el mismo sentido se pronuncia la STC 107/1985, de 5 de noviembre. La Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión 8239/1978, de 4 de diciembre, también ha puesto de manifiesto que el sometimiento a los test de alcoholemia no supone un acto autoinculpatario, sino un medio de prueba que puede ser tanto favorable como desfavorable al afectado.

³⁷⁷ Actualmente esta obligación aparece recogida en el art. 383 CP que señala lo siguiente: *“El 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, será castigado 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”*.

Por tanto, la negativa a practicar las pruebas de detección de drogas o alcohol se configura como un delito contra la seguridad vial y ya no se castiga como una desobediencia grave a la autoridad, tal y como preveía el antiguo art. 380 CP en relación con el art 556 CP. No obstante, la pena prevista en ambos casos es la misma. Esta nueva ubicación del tipo penal parece más adecuada si se tiene en cuenta que con el mismo no pretende castigarse cualquier forma de desobediencia, sino únicamente aquélla que viene motivada por la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o sustancias estupefacientes, establecida precisamente con la finalidad de evitar que la conducta renuente del sujeto quede impune.

considerar que el citado precepto del Código Penal no sólo no establece pruebas de detección de alcohol o drogas en los conductores, sino que tampoco impone *ex novo* su obligatoriedad. Por el contrario, se limita a aumentar el rigor de las consecuencias de su incumplimiento y a elevarlas del ámbito administrativo al penal. También realiza la Sentencia una interpretación muy estricta del contenido de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable que comprendería únicamente “la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo”³⁷⁸, para finalizar diciendo que las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, 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 culpable³⁷⁹.

El fundamento jurídico séptimo de esta resolución, sostiene que las pruebas de detección antes señaladas no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos, su interpretación o la 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 sostengan o puedan sostener directamente, su propia imputación penal o administrativa, ya que, según expresó el propio Tribunal Constitucional en la STC 76/1990³⁸⁰, respecto de la obligación de exhibir o aportar determinados documentos contables, con ello quien se ve sometido a esas pruebas “no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un

³⁷⁸ Esta interpretación se asemeja a la realizada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el Asunto Schmenber v. California, en el que se estima que la extracción de sangre no goza de la naturaleza testimonial o comunicativa de las pruebas a las que protege la Quinta Enmienda de la Constitución Americana, de las que también se excluye la compulsión para el sometimiento a la práctica de otras diligencias como la toma de huellas dactilares, fotografías, mediciones, aparecer ante el Tribunal, etc. Véase al respecto ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Las intervenciones corporales, su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p. 519 y ss.

³⁷⁹ STC 161/1997, de 2 de octubre de 1997, F. Jcos. 5º, 6º y 7º. En el mismo sentido la STC 234/1997, de 18 de diciembre.

³⁸⁰ STC 76/1990, de 26 de abril.

contenido admitiendo su culpabilidad". En el mismo sentido se pronuncia la STC 197/1995³⁸¹ en relación con la obligación del titular de un vehículo de identificar al conductor presuntamente responsable de una infracción; de ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por contra, la obligación de soportarlas.

En base a esta línea jurisprudencial, MORENO VERDEJO concluye que cuando se requiere al sospechoso a que consienta la obtención de sus huellas dactilares o de un análisis de ADN no se le está exigiendo una declaración autoincriminatoria, sino tan sólo la verificación de una pericia técnica³⁸². En el mismo sentido ÁLVAREZ DE NEYRA señala que las pruebas biológicas se configuran como diligencias, que por practicarse sobre el cuerpo del imputado, no pueden considerarse como pruebas testificales, sino como periciales, en los que aquél no es sujeto, sino objeto de pericia, es decir, el inculpado, además de sujeto del proceso, se convierte en objeto del mismo, constituyendo su propio cuerpo el objeto de la pericia judicialmente acordada³⁸³.

Por su parte HUERTAS MARTÍN considera que aunque el sometimiento a un examen de alcoholemia o, en general, a una medida de intervención corporal no supone emitir una declaración en el sentido tradicional del término, ya que no se realiza verbalmente o por escrito una manifestación de conocimiento, sí constituye una declaración por los efectos prácticos que produce, es decir, porque se obtiene el mismo resultado tanto si el sujeto declara que son ciertos los hechos como si se comprueba que lo son a través de la correspondiente intervención corporal. Por ello, esta autora sostiene que al derivarse de este tipo de diligencias elementos incriminadores para el sujeto pasivo, en las que el órgano sentenciador puede

³⁸¹ STC 197/1995, de 21 de diciembre.

³⁸² MORENO VERDEJO, J., *"ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre"*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004, p. 1828. Este autor cita también la STEDH de 17 de diciembre de 1996 (*Caso Saunders versus Reino Unido*) según la cual el derecho a guardar silencio no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se hayan podido obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos y señala las tomas de aliento, de sangre y de orina.

³⁸³ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008, p. 126.

fundamentar su convicción, su práctica se puede equiparar a una declaración y se limita entonces su derecho a guardar silencio³⁸⁴.

Esta consideración tan amplia del derecho que el art. 24.2 CE reconoce a los sospechosos o imputados no sólo es contraria a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en el marco de esta materia, que ha sido anteriormente expuesta, sino que prácticamente vendría a configurar el derecho a no declarar contra uno mismo como un derecho de carácter absoluto, contra el que no podría realizarse prueba alguna en la que se viese implicada la persona del imputado (ADN, huellas dactilares, rueda de reconocimiento, etc.) porque de cualquiera de esas maneras, ya fuese de forma activa o pasiva, el sometido a esas medidas estaría transmitiendo información que podría delatarlo, vulnerando su derecho a no autoincriminarse.

Sin embargo, como también hemos puesto de manifiesto en otras partes de este trabajo, es reiterada y consolidada la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal señalando que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto³⁸⁵, de ahí que estos derechos puedan ser objeto de limitaciones cuando se den los requisitos exigidos por el principio de proporcionalidad y otros que estudiaremos en el siguiente Capítulo.

En coherencia con todo lo expuesto anteriormente, mostramos nuestro acuerdo con la STC 207/ 1996, que establece que la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no contempla de modo expreso la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad; pero ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la ley, entre las que se encuentra la actuación del *ius puniendi* del Estado³⁸⁶.

³⁸⁴ HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 384 y ss. No obstante, esta autora, por razones de eficacia del proceso penal y de protección a las víctimas admite la restricción de determinados derechos del imputado respetando unos mínimos requisitos y determinadas garantías; véase p. 387.

³⁸⁵ Vid., entre otras, STC. 2/1982, de 29 de enero.

³⁸⁶ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º.

Si no fuera así, en el presente caso, prácticamente vaciaríamos de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito, puesto que al imputado le bastaría con negarse a realizar cualquier diligencia de prueba que pudiera involucrarle en los hechos para que el proceso adoleciese de toda carga probatoria en su contra. Piénsese en delitos que revisten especial gravedad, en los que no suele haber testigos, como es el caso de las agresiones sexuales; si descartamos las pruebas de ADN porque resultan autoincriminatorias para el sospechoso, sólo nos quedaría la declaración de la víctima como única prueba contra el agresor y en aquellos casos en los que, porque aquél llevase la cara tapada o por otras circunstancias, no fuese capaz de reconocerlo, sin ningún otro indicio que destruya la presunción de inocencia, resultaría a todas luces impune.

Para evitar supuestos de estas características, el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 161/1997, ya citada, que 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 correspondencia³⁸⁷.

³⁸⁷ STC 161/1997, de 2 de octubre, F. Jco. 6º.

CAPÍTULO III
PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LAS INTERVENCIONES
CORPORALES

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

A diferencia de lo que ocurre con otros derechos fundamentales, como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones (art. 18. 2 y 3 CE), nuestra Constitución no prevé de forma expresa el sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad³⁸⁸, que pueden resultar vulnerados en el ámbito de las intervenciones corporales. Este extremo, evidentemente, no los convierte en derechos absolutos, sino que al igual que el resto de los derechos fundamentales podrán ser objeto de limitaciones que vengan en todo caso determinadas por causas justificadas³⁸⁹, siendo, en el marco relativo al objeto de nuestro estudio, una de ellas el interés general y, más en concreto, la aplicación del *“ius puniendi”* del Estado.

Así lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/1989 al considerar que *“la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos, y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido, de modo expreso, la reserva de intervención judicial. Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial*

³⁸⁸ El art. 9 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997, establece que para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello y a reserva del estricto respeto del Derecho internacional público y del Derecho internacional relativo a los derechos humanos.

³⁸⁹ Sobre la limitación de los derechos fundamentales véase, entre otras, la STC 2/1982, de 29 de enero, cuyo fundamento jurídico 5º señala que no existen derechos ilimitados, sino que todos los derechos tienen sus límites, como ya señaló el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de abril de 1981, a veces establecidos directamente en la Constitución, y otras veces el límite deriva de una manera mediata o indirecta de la norma supremo, y se basa en la necesidad de proteger no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

*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*³⁹⁰.

En la Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, el Tribunal Constitucional esgrime argumentos similares al señalar que el interés público propio de la investigación de un delito y, en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley.

Como señala LÓPEZ ORTEGA, el Estado se encuentra jurídicamente obligado a respetar la dignidad de la persona y a protegerla en el marco de sus posibilidades; es decir, no se puede convertir al individuo en mero objeto de la acción del Estado. Precisamente es en la esfera del Derecho penal donde se manifiesta con mayor intensidad esa confrontación entre el poder estatal y el respeto a la autonomía individual, por ello la garantía de la dignidad de la persona debe encontrarse presente en todos los momentos en que se desarrolla la potestad punitiva del Estado, desde que se concreta la sospecha del hecho hasta que se ejecuta la condena, impidiendo que se degrade al delincuente a la condición de mero instrumento de la política criminal³⁹¹.

A nadie se le oculta que el esclarecimiento de los hechos delictivos y el hallazgo de la verdad material no es un valor absoluto que pueda obtenerse a cualquier precio, sino que es necesario establecer límites jurídicos; éstos en todo caso vendrán constituidos por la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes. Así, el interés del Estado en un proceso plenamente eficaz encuentra como límite el respeto a la dignidad humana, que en este caso se traduce en la garantía de los derechos fundamentales del imputado y el cumplimiento de las normas del procedimiento.

Por lo tanto, el interés general en la persecución de los delitos y el descubrimiento de sus autores pueden justificar la realización de una medida de

³⁹⁰ STC 37/1989, de 15 de febrero, F. Jco. 7º.

³⁹¹ LÓPEZ ORTEGA, J.J.: *“La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”*, en *Perfiles del Derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, XXII, p.277 y 278.

intervención corporal, que, como ya sabemos, podrá implicar la restricción de determinados derechos para los sujetos investigados o incluso para terceras personas. Sin embargo, para que esa limitación de derechos fundamentales, en aras del *ius puniendi*, resulte legítima deberá, además, reunir una serie de requisitos que han sido ampliamente estudiados por nuestra jurisprudencia y que trataremos de desgranar a lo largo de este epígrafe.

La STC 207/1996, de 16 de diciembre, los recuerda al inicio de su fundamento jurídico cuarto, al señalar los requisitos que conforman la doctrina sobre el principio de proporcionalidad y pueden resumirse en los siguientes:

1. Que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la ley.
2. Que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada.
3. Que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

A estos requisitos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son:

4. Que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario.
5. Que la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud del afectado por la medida.
6. Que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante.

Cabe señalar por último, como también tendremos ocasión de considerar, que la intromisión ilegítima en estos derechos no sólo podría acarrear la responsabilidad penal del que incurriese en tales conductas, sino que también provocaría la ilicitud de la prueba obtenida con violación de esos derechos fundamentales, aspecto al que nos referiremos en el epígrafe V de este mismo Capítulo, haciendo que dicha actividad probatoria quedase definitivamente apartada del proceso.

I. LEGALIDAD, JURISDICCIONALIDAD Y MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

I.1. El principio de legalidad

El Tribunal Constitucional, desde el inicio de su actividad, ha puesto de manifiesto, en diversas resoluciones, la necesidad de que exista una previsión legal específica para las medidas que impliquen una injerencia en los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física, y así lo recoge también en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, paradigma interpretativo de las intervenciones corporales, ante la insuficiente regulación legal que en nuestro ordenamiento jurídico existe sobre esta materia. En el fundamento jurídico cuarto de esta resolución, el Alto Tribunal señala que esa previsión legal está establecida expresamente en el art. 8 del CEDH, 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 familiar³⁹². Recordemos que el apartado 2º de este art. 8 expresamente señala que: "*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...*".

Tal y como hemos puesto de manifiesto en las primeras páginas de este trabajo de investigación, concretamente en el apartado III del Capítulo I, hasta la reforma introducida en la LECrim por la LO 15/2003, las pruebas de ADN carecían de una específica cobertura legal en nuestro ordenamiento jurídico, fundamentándose su realización en preceptos de carácter genérico contenidos en aquella norma procesal³⁹³.

³⁹² Vid. SSTEDH "X e Y vs Holanda", de 26 de marzo de 1985, y "Costello-Roberts/Reino Unido", de 25 de marzo de 1993, entre otras.

³⁹³ La LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, añade un párrafo 3º al art. 326, un párrafo 2º al art.363 y la disposición adicional tercera de la LECrim.

A pesar de ello la STC 37/89, de 15 de febrero, sí consideró que existía previsión legislativa suficiente en los artículos 339 y 478 LECrim³⁹⁴ y estimó en parte el recurso de amparo interpuesto en el que, entre otros motivos, se impugna una providencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 10 de Málaga, en la que se requiere a la recurrente para que sea reconocida por el médico forense, a fin de determinar si se sometió o no a una interrupción voluntaria del embarazo. El Tribunal Constitucional considera que el examen ginecológico solicitado tiene cabida dentro de los informes periciales, en concreto los relativos a la descripción de la persona, previstos respectivamente en los artículos 339 y 478 LECrim.

En esta Sentencia, pionera en la interpretación constitucional en materia de intervenciones corporales, se establece ya que este tipo de medidas limitativas de derechos fundamentales deberán acordarse mediante una resolución judicial motivada que deberá fundamentarse en una inexcusable previsión legislativa y en la que se especificarán las circunstancias del sujeto que resulte afectado, a fin de poder apreciar la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación de la persona a la que se impone la medida³⁹⁵.

Es precisamente la falta de motivación de la resolución judicial, que en el caso analizado adopta la forma de providencia, careciendo, por tanto, de fundamentación jurídica, la que provoca la estimación del amparo solicitado con relación a la ejecución de esa medida en concreto, que al restringir o limitar un derecho fundamental, en este caso la intimidad personal, debería haberse adoptado mediante auto debidamente motivado, máxime teniendo en cuenta que dicha diligencia iba dirigida a quien ya ostentaba la condición de imputada en el proceso penal.

³⁹⁴ STC 37/89, de 15 de febrero, F. Jco. 8º. La referencia expresa al art. 399 ha de ser considerada como una errata al no tener este precepto relación alguna con la materia objeto de estudio, dado que se refiere al examen del procesado en el lugar de los hechos.

Un importante sector doctrinal considera que esos preceptos genéricos relativos a la comprobación de los hechos y las reglas conforme a las que han de realizarse los informes periciales, en modo alguno autorizan para actuar en el cuerpo de una persona. Véase al respecto VIDAL FUEYO, M^a. C., *El Juez ordinario como instancia de garantía ante los vacíos legales en materia de límites a los derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2010, p. 84 y ss.

³⁹⁵ STC 37/1989, de 15 de febrero, F. Jco. 7º.

La jurisprudencia constitucional también ha postulado la vigencia del principio de legalidad, en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física, en la STC 7/1994, de 17 de enero, en los procesos civiles de investigación de la paternidad. Su fundamento jurídico tercero establece que debe existir una causa prevista por la ley que justifique la medida judicial de injerencia que en este caso sería el art. 127 del Código Civil en relación con el art. 39.2 CE³⁹⁶.

En el ámbito penitenciario, el sacrificio del derecho a la integridad física, en relación con la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, resulta amparada, según la STC 120/1990, por el deber de la administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia, que se desprende del art. 3.4 LOGP³⁹⁷; mientras que la STC 35/1996 considera que la práctica de observaciones radiológicas sobre los internos como medida de vigilancia y seguridad tiene su fundamento legal en el art. 23 LOGP³⁹⁸.

La STC 207/1996, al resumir la doctrina jurisprudencial relativa al principio de legalidad que acabamos de exponer, concluye diciendo que toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física y, en su caso, a la intimidad, no puede ser autorizada por vía reglamentaria sino que ha de estar prevista por la ley³⁹⁹. Debemos añadir que, a tenor de lo dispuesto en el art. 81.1 CE, dicha normativa deberá revestir la forma de Ley orgánica, al versar sobre el desarrollo de los derechos fundamentales.

Esta resolución, sin embargo, se aparta del criterio seguido hasta entonces y considera insuficientes los preceptos existentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poder autorizar en el proceso penal determinadas intervenciones corporales, estimando la demanda de amparo planteada y además apunta que el art. 339, en relación con el art. 311 de la norma procesal, que sirven de fundamento a las resoluciones impugnadas, no prestan a esta concreta medida restrictiva de los

³⁹⁶ El art. 127 CC ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y su contenido incorporado al art. 767.2 de esta norma procesal.

³⁹⁷ STC 120/1990, de 27 de junio, F. Jco. 8º.

³⁹⁸ STC 35/1996, de 11 de marzo, F. Jco. 2º.

³⁹⁹ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º.

derechos a la intimidad y a la integridad física, la cobertura legal requerida por nuestra doctrina para todo acto limitativo de los derechos fundamentales.

El art. 311 L.E.Crim no regula las intervenciones corporales ni ninguna otra medida o diligencia sumarial, sino que se limita a prohibir a los jueces de instrucción la práctica de aquellas diligencias solicitadas por las partes que considere inútiles o perjudiciales a los fines de la investigación penal. La misma conclusión se deriva del art. 339 de dicha Ley, que autoriza al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de informes periciales sobre 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, en sus inmediaciones, en poder del reo o en otra parte conocida, como dispone el art. 334.1 LECrim. Por tanto, al amparo de este precepto, la autoridad judicial podrá acordar, entre otros de distinta índole, el análisis pericial de cualquier elemento del cuerpo humano (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 imputado⁴⁰⁰.

Además de otros motivos analizados en la Sentencia, la falta de previsión legislativa lleva a nuestro Alto Tribunal estimar el amparo solicitado y así lo afirma a modo de colofón en el fundamento jurídico 6º de la citada resolución al señalar: *“En definitiva, la decisión judicial por la que, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia, se obliga al recurrente a someterse a un rasurado del cabello de distintas partes de su cuerpo con el fin de conocer si es o no consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, no puede encontrar apoyo en los arts. 311 y 339 L.E.Crim”*.

Posteriormente, la STC 49/1999, de 5 de abril, si bien en el ámbito de las intervenciones telefónicas, pero remitiéndose a lo expresado por la STC 37/1989, establece que no sólo que la existencia de una previsión legal es inexcusable, sino que la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse

⁴⁰⁰ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 6º.

fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención.⁴⁰¹

Hasta el año 2003 no se produce una regulación expresa y ciertamente escueta de las intervenciones corporales en el ámbito penal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 363.2 LECrim: *“Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”*.

De este modo, se otorga cobertura legal a la recogida de muestras corporales para realizar análisis de ADN al sospechoso, pero no se regula la posible práctica coactiva de estas pruebas o las consecuencias que puede tener la negativa a realizarlas. Tampoco se menciona si pueden realizarse con una finalidad distinta a la de determinar el perfil de ADN⁴⁰² o si pueden practicarse sobre terceras personas, distintas al inculpado.

I.2. El monopolio jurisdiccional y la motivación de la resolución judicial: una mirada al Derecho comparado europeo y americano

El Tribunal Constitucional establece en la Sentencia 207/1996 que las medidas limitativas de derechos fundamentales deberán ser adoptadas en resolución judicial especialmente motivada; no obstante, nuestra Carta Magna, a pesar de la afectación de los derechos a la intimidad y a la integridad que, sin duda, suponen determinadas inspecciones e intervenciones corporales, no prevé reserva absoluta alguna de resolución judicial, a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que también pueden ser adoptadas

⁴⁰¹ STC 49/1999, de 5 de abril, F. Jco. 4º.

⁴⁰² En el caso analizado por la STC 207/1996 se pretendía determinar si el imputado era, o no, consumidor de drogas.

en el curso del proceso penal, como la entrada y registro en domicilio o la intervención de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE)⁴⁰³.

El Alto Tribunal, en la Sentencia 37/1989, en relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, ya señaló que la adopción de este tipo de medidas sólo era posible por decisión judicial, aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa, que en tal caso no se daba, tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial⁴⁰⁴.

La STC 207/1996 mantiene el monopolio jurisdiccional para aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez, que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad⁴⁰⁵.

En el Derecho comparado, si bien predomina el criterio de la jurisdiccionalidad, dependiendo de la muestra biológica que se pretenda obtener o de los vestigios que se puedan recoger, también se otorgan competencias en este ámbito a otras autoridades distintas del órgano judicial, como son el Fiscal o en determinados casos los funcionarios de policía. Así, por ejemplo, en Holanda únicamente el Juez de instrucción puede acordar que un acusado se someta a la toma de una muestra biológica⁴⁰⁶, sin embargo, el Fiscal puede ordenar el análisis de ADN respecto de los vestigios o material celular hallado en el lugar de los hechos, es decir, el no obtenido directamente del sospechoso.

⁴⁰³ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º.

⁴⁰⁴ Vid. STC 37/1989, de 15 de febrero, F. Jcos. 7º y 8º.

⁴⁰⁵ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º C).

⁴⁰⁶ Vid. art. 195 d del Código Holandés de Enjuiciamiento Penal.

En Alemania la StPO establece que el Juez puede decretar el reconocimiento físico del inculcado al objeto de constatar hechos relevantes para el procedimiento, permitiendo tanto la toma de muestras de sangre como otras intervenciones físicas para la realización de análisis médicos, incluso sin el consentimiento de aquél, siempre que no exista riesgo para su salud. No obstante, cuando el éxito de la investigación corra peligro a causa del retraso podrán otorgar dicha autorización el Ministerio Fiscal y sus oficiales auxiliares⁴⁰⁷. Por el contrario, en el Reino Unido corresponde al oficial de policía, con rango de superintendente⁴⁰⁸, autorizar en exclusiva la obtención de las muestras biológicas, ya sean íntimas o no íntimas.⁴⁰⁹

En cuanto al continente americano también observamos diversidad legislativa en esta materia; así, mientras el art. 948 del Código Judicial Panameño otorga una reserva judicial absoluta a la realización de las inspecciones corporales físicas o mentales (incluidos los exámenes radiológicos, de ADN o de otra naturaleza), la legislación de los Estados Unidos confiere amplios poderes a las autoridades policiales tanto locales, como estatales o federales para, en aplicación de la ley penal, proceder a la obtención, almacenamiento o análisis de las muestras de ADN⁴¹⁰. Por su parte, el Código Penal Canadiense exige una resolución judicial motivada del Tribunal Provincial correspondiente para la obtención de muestras corporales y para su análisis genético⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Art. 81 a.1 y 2 StPO.

⁴⁰⁸ Equivalente a Comisario de Policía Nacional.

⁴⁰⁹ Arts. 62 y 63 de la PPP (Ley de Policía y Prueba Penal). Véase al respecto GUILLÉN VÁZQUEZ, M., *La prueba de ADN ante los tribunales. Especial referencia a las bases de datos de ADN con fines de investigación penal*, Tesis realizada entre la facultad de Derecho y la de Medicina, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 272 y ss., sobre la normativa del Reino Unido y las reformas llevadas a cabo en esta materia.

⁴¹⁰ GUILLÉN VÁZQUEZ, M., *La prueba de ADN ante los tribunales. Especial referencia a las bases de datos de ADN con fines de investigación penal*, Tesis realizada entre la facultad de Derecho y la de Medicina, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 508 y ss., donde se realiza un pormenorizado estudio de la *Genetic Privacy and Non Discrimination Act of 1995*, donde se establece como excepción al consentimiento del interesado para la toma de muestras de ADN la aplicación de la ley penal y la investigación de los hechos punibles.

⁴¹¹ Art.487.05 y ss. del Código Penal de Canadá.

Continuando con el análisis de la STC 207/1996, el Tribunal Constitucional también ha matizado que el deber de motivación de las resoluciones judiciales restrictivas de derechos fundamentales no se basa en la obligación general de fundamentar todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 C.E.), ni se satisface con cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial. La exigencia de motivación es aquí 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, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida. Por esa razón y a fin de posibilitar el ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada del Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo⁴¹², sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996)⁴¹³.

En el mismo sentido ya se había pronunciado la STC 57/1994, de 28 de febrero, al resolver sobre la constitucionalidad de una medida adoptada en el ámbito penitenciario, señalaba en su fundamento jurídico sexto: *“Para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional de la intimidad personal de los reclusos es preciso 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. Y bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan*

⁴¹² SSTC 128/1995, 158/1996, 181/1995 y 54/1996.

⁴¹³ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. D).

*controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental*⁴¹⁴.

Por lo tanto, los fundamentos jurídicos de la resolución judicial que acuerde una intervención corporal, deberán recoger el juicio de ponderación que ha realizado el Juez o tribunal para autorizar la realización de la medida limitativa de derechos fundamentales y apreciar la existencia de un fin legítimo, si la medida adoptada es la más idónea para ese fin que se persigue y la que en menor modo vulnera el derecho fundamental que resulte afectado, etc.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

El origen de este principio lo encontramos en Cesare Beccaria que en 1764 publica su obra “De los delitos y las penas”; en ella propugna la idea de establecer medidas proporcionales a los delitos cometidos por los delincuentes; esto es lo que posteriormente se denominó principio de la proporcionalidad de la pena, en el sentido de establecer las que resultasen estrictamente necesarias respecto al hecho cometido.

En el siglo XIX el principio de proporcionalidad es utilizado para proteger los derechos individuales de los ciudadanos frente a la intervención del Estado en el ejercicio de su potestad de policía, que no se concibe como ilimitada, sino que se van configurando una serie de normas y principios según los cuales esas

⁴¹⁴ Al demandante de amparo, internado en el Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca, le fueron impuestas por la Junta de Régimen y Administración dos sanciones disciplinarias de tres fines de semana de aislamiento en celda, cada una de ellas, posteriormente reducidas en su duración a dos y a un fin de semana, respectivamente, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, como autor de sendas faltas graves. Alega el recurrente en amparo que las órdenes del funcionario cuya desobediencia motivó las sanciones impuestas, que consistieron en desnudarse completamente ante aquél y realizar flexiones en el registro que le fue realizado después de una comunicación especial, constituyen un trato vejatorio y degradante que prohíbe el art. 15 CE, en conexión con su art. 10.1, vulnerando el derecho a la intimidad personal recogido en el art. 18.1 CE.

La STC 57/1994 estimó el recurso de amparo, reconoció al recurrente el derecho fundamental a la intimidad personal y anuló los acuerdos sancionadores de la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca y los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao resolutorios de los recursos de alzada y reforma contra los citados acuerdos sancionadores.

intervenciones sólo serán lícitas en la medida en que son imprescindibles y adecuadas a los fines que persiguen.

Posteriormente estas ideas son recogidas por diferentes autores alemanes que elaboran lo que hoy conocemos como la doctrina del principio de proporcionalidad en el ámbito jurídico-administrativo, que representa un límite para la actuación de los poderes públicos y, en particular, para la intervención policial que debe ser proporcionada al mal que trata de evitar, debiendo escoger la autoridad competente aquellos medios de coerción que menos daño ocasionen a los derechos e intereses de los ciudadanos⁴¹⁵.

Es precisamente esta finalidad de proteger al individuo frente a las posibles intervenciones excesivas del Estado, tratando de reducir la actividad policial a lo estrictamente necesario, la que provoca que tanto la doctrina como la jurisprudencia invoquen, cada vez con mayor frecuencia, el principio de proporcionalidad, inicialmente en materia de orden público y seguridad, para pasar a aplicarse hoy en día a otros derechos y libertades fundamentales vinculados al ámbito de las intervenciones corporales. De este modo, el principio de proporcionalidad se reconoce de forma expresa en algunos ordenamientos europeos como el alemán o el suizo, mientras que en otros como el francés, el italiano o el inglés es aplicado de manera habitual por la jurisprudencia de sus tribunales⁴¹⁶.

Es el denominado “test alemán de proporcionalidad”, a través del cual se examinan los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que aunque en España no se encuentra recogido de forma expresa en la Constitución como límite de los poderes públicos, sí se refleja en la jurisprudencia constitucional desde sus inicios, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales y, en particular, en cuestiones relativas al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, impulsado fundamentalmente por

⁴¹⁵ Entre otros autores Otto Mayer, Merkl y Fleiner. Véase al respecto PERELLÓ DOMÉNECH, I., “*El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*”, *Jueces para la democracia*, nº 28, 1997, p. 69.

⁴¹⁶ Véase al respecto PERELLÓ DOMÉNECH, I., “*El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*”, *Jueces para la democracia*, nº 28, 1997, p. 69.

la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, convirtiéndose así en un importante procedimiento de ponderación y de resolución de conflictos entre principios jurídicos⁴¹⁷.

Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional, pues deriva de la fuerza normativa de los derechos fundamentales y, por tanto, el legislador debe observarlo en la regulación de las medidas limitativas de dichos derechos, restringiéndolos únicamente cuando las injerencias sean idóneas, necesarias y proporcionadas en relación con la persecución de fines constitucionalmente legítimos⁴¹⁸.

En opinión del Profesor GONZÁLEZ BEILFUSS, el principio de proporcionalidad contribuye a legitimar las constantes y, en la mayoría de los casos, necesarias injerencias de los poderes públicos en posiciones jurídicas garantizadas “*prima facie*” por las normas constitucionales. Además facilita la resolución de conflictos entre principios, entre normas principales o normas que en la mayor parte de los supuestos no tienen un carácter absoluto y en muchas ocasiones requiere el desarrollo del correspondiente parámetro de control para hacerlo posible.

Así, nuestro Alto Tribunal ha pasado de la genérica invocación de la cláusula del Estado de Derecho, del valor de la justicia, de la dignidad de la persona del art. 10.2 CE o de la constitucionalización de los derechos como fundamentos del rango constitucional del principio de proporcionalidad, a la abierta defensa de su carácter instrumental, en el sentido de que este principio únicamente sirve para controlar la vulneración de preceptos constitucionales concretos, dotados de un contenido material propio. Por tanto, el principio de proporcionalidad no constituye un

⁴¹⁷ En ese sentido la STC 22/1981, de 2 de julio, donde se alude a la razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida que debe existir para que una diferencia de trato no derive en discriminación, o la STC 26/1981, de 17 de julio, relativa a una huelga de RENFE, donde se menciona la regla de la proporcionalidad de los sacrificios como criterio para determinar si unos servicios mínimos pueden considerarse abusivos o no. Vid. más ampliamente GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2003, p. 29 y 95.

⁴¹⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Cóllex, Madrid, 1990, p. 323.

parámetro autónomo de control, sino un instrumento para determinar si un concreto derecho fundamental ha sido vulnerado⁴¹⁹.

El Tribunal Constitucional ha ido precisando el principio de proporcionalidad a lo largo de sus diferentes resoluciones, teorizando por primera vez de forma explícita sobre el mismo en la STC 66/1995, de 8 de mayo, en la que enjuicia la constitucionalidad de una medida administrativa impeditiva del ejercicio de un derecho fundamental, en concreto la resolución dictada por la Delegación del Gobierno de Madrid que prohibió una concentración convocada por un sindicato en el centro de la ciudad⁴²⁰.

Posteriormente analiza el valor de este principio como canon de constitucionalidad, en relación con el legislador, en la STC 55/1996, de 28 de marzo, con respecto a la objeción de conciencia al servicio militar y a rehusar el cumplimiento de la prestación social sustitutoria. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional afirmó que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, sino que es 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, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe 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 aquélla suponga una vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad⁴²¹.

⁴¹⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, ob. cit., p. 96, 106 y 109.

⁴²⁰ STC 66/1995, de 8 de mayo, F. Jco. 5º.

⁴²¹ STC 55/1996, de 28 de marzo, F. Jco. 3º.

Según GONZÁLEZ BEILFUSS la necesidad de fundamentar y exteriorizar los motivos de cualquier restricción de los derechos fundamentales constituye un imperativo constitucional que desde un principio se ha exigido a los tribunales ordinarios y a la Administración pública. Lo único que ha variado desde finales de los años ochenta ha sido, sobre todo, que esta obligación se deriva actualmente del propio derecho fundamental objeto de restricción y no del derecho a la tutela judicial efectiva⁴²².

El Tribunal Constitucional desarrolla también el principio de proporcionalidad en el ámbito de las intervenciones corporales en la STC 207/1996. Según esta doctrina el principio de proporcionalidad se compone de tres elementos o subprincipios fundamentales que son el principio de idoneidad o adecuación, el de necesidad o indispensabilidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, que habrán de ser analizados para su concreta aplicación al supuesto de hecho: es lo que se denomina el test de proporcionalidad.

Junto a ellos nuestro Alto Tribunal exige también otros requisitos en materia de intervenciones corporales como son que la medida no afecte a la salud del sujeto, que sean efectuadas por personal sanitario y que se lleven a cabo respetando la dignidad de la persona. Seguidamente pasamos a analizar cada uno de estos elementos de la proporcionalidad.

⁴²² GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2003, p. 90 y ss. En opinión de este autor la formalización y el consiguiente auge del principio de proporcionalidad han sido recibidos con cautela tanto en el seno del propio Tribunal Constitucional como por parte de algunos sectores doctrinales. Entre éstos cita expresamente a JIMÉNEZ CAMPO que se ha mostrado especialmente crítico con la utilización de este principio en relación con el legislador de los derechos fundamentales, apoyando su postura en diversos argumentos como la escasa trascendencia práctica del juicio de idoneidad; el inexistente fundamento constitucional del juicio de necesidad, es decir, que la elección de medios más o menos gravosos sea una cuestión de oportunidad que corresponde decidir al legislador y el escepticismo respecto a la posibilidad de utilizar criterios objetivos y racionales en el análisis de la proporcionalidad de la ley, así como el convencimiento de que la argumentación jurídica en sí, es en cambio posible en relación con el límite del contenido esencial. En base a estos motivos el principio de proporcionalidad constituiría, según dicho autor, un parámetro de control innecesario y de menor calidad que los demás límites del legislador y, en especial, que el límite del contenido esencial.

II.1. Idoneidad o adecuación

También denominado principio de utilidad, significa que la medida utilizada ha de ser idónea para conseguir el fin que se pretende alcanzar, es decir, debe ser apta para la consecución de la finalidad perseguida, lo que obliga a rechazar aquéllas que no cumplan esta condición, siendo necesario que la restricción que se imponga al derecho sea realmente adecuada para alcanzar el objetivo que se pretenda, pues de otro modo no tendría sentido dicho sacrificio. En esta línea, la STC 207/1996 establece que para que una intervención corporal en la persona del imputado, en contra de su voluntad, satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad, será preciso, entre otros requisitos, que sea idónea (apta y adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal.

Un sector doctrinal considera que hay que diferenciar entre el control de proporcionalidad ante la ley y en la ley. En el primer caso la idoneidad de una medida que restringe individualmente un derecho fundamental viene determinada por la necesaria cobertura legal de dicha medida y por la experiencia práctica que pone de manifiesto si dicha restricción es un medio útil para conseguir la finalidad perseguida; además los operadores jurídicos están obligados a justificar esa utilidad en función de las circunstancias de cada caso concreto.

No obstante, ello no implica que el requisito de la idoneidad no pueda originar problemas en el caso de actuaciones discrecionales de la Administración, por ejemplo en medidas de carácter medioambiental o planificación urbanística, cuyas consecuencias prácticas no son totalmente previsibles. En el caso de la proporcionalidad en la ley el legislador está legitimado para buscar soluciones legislativas, en cuyo caso, sin poder tener en cuenta las concretas circunstancias de un supuesto de hecho, el control de idoneidad de la norma por el Tribunal Constitucional se hace más difícil. Hay que tener en cuenta que el juicio de idoneidad debe realizarse teniendo en cuenta la situación existente en el momento

en que se adopta la medida objeto de control, sin perjuicio que las consecuencias que ésta provoque, es decir, su impacto real, obligue a su autor a revisarla⁴²³.

Por lo tanto, en la materia objeto de este trabajo de investigación, debemos tener en cuenta que el subprincipio de adecuación, exige la congruencia entre la medida acordada por el órgano judicial y lo que con ella se trata de conseguir, es decir, el descubrimiento de pruebas o circunstancias relevantes para la instrucción y enjuiciamiento del delito cometido. Para ello habrá que atender no sólo a las específicas circunstancias de cada caso concreto, sino también a los criterios técnicos de peritos y forenses que asesoren al Juez sobre la medida a adoptar.

Además de idóneas por su naturaleza para el fin que se pretende alcanzar, algunos autores también hacen referencia a la adecuación subjetiva de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, en el sentido de que no se pueden aplicar a cualquiera, sino sólo a aquellos que tengan la condición de imputados en el proceso penal o sobre los que recaiga una sospecha de intensidad relevante, o bien a los que, ostentando la condición de terceros, tengan una cierta conexión con el delito que se trata de esclarecer⁴²⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho una reiterada alusión a esta idea en diferentes resoluciones relacionadas con la vulneración de derechos fundamentales y particularmente en materia de intervenciones corporales. Así, la STC 37/1989 establece que 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 la razonable apreciación, por la autoridad actuante de la situación en que se halle el sujeto que

⁴²³ Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, M., ob. cit. p. 125 y ss. La adecuación de una medida para alcanzar una determinada finalidad no ha de ser absoluta, ya que el requisito de idoneidad no implica un juicio de perfectibilidad, es decir, no se exige que el medio utilizado sea el óptimo para conseguir el fin perseguido, sino que en el caso del legislador la idoneidad de una medida puede darse si esta se limita a acercar la consecución de dicha finalidad o incluso, en algunos casos, si no la obstaculiza; puesto que la mayor o menor eficacia del poder legislativo no constituye un requisito constitucional que pueda controlarse jurisdiccionalmente.

⁴²⁴ GÓMEZ AMIGO, L., *“Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal”*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 70 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Cóllex, Madrid, 1990, p.179 y ss. y ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 146 y ss.

pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso, pues no se acomodaría 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 actuación⁴²⁵.

El fundamento jurídico octavo de esta resolución, siguiendo esta línea argumentativa señala: *“Y no cabe ignorar a este propósito, que la providencia de 21 de noviembre de 1986 se orientó, en el extremo que ahora importa, a la determinación de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito y respecto del cual la demandante de amparo aparecía ya, según antes observamos, con la efectiva condición de imputada, siendo de relevante consideración, a estos efectos, que la sospecha judicial sobre la realización del hecho no carecía, vistas las actuaciones, de fundamento racional, como tampoco cabe desconocer que obraban ya en poder del Instructor datos relativos a doña X. Y. Z. que hacían posible su consideración, entonces, como imputada”*.

Del mismo modo la STC 7/1994, de 17 de enero, relativa a la investigación de la paternidad, exige la existencia de indicios serios de la conducta que se atribuye al afectado por las pruebas biológicas para acordar su realización⁴²⁶.

Con relación a las personas que ostenten la condición de terceros, en el ámbito penal, únicamente podrían entrar dentro de esa categoría las víctimas del delito que, lógicamente, por su propio interés en el descubrimiento de los hechos, no deberían poner ningún impedimento a la extracción de vestigios biológicos u otro tipo de medida de esta índole, salvo, claro está, que el autor de los hechos fuese

⁴²⁵ STC 37/1989, de 15 de febrero, F. Jco. 7º.

⁴²⁶ También la STC 49/1999, de 5 de abril, analiza un caso de intervención de las comunicaciones telefónicas y establece que 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. La relación entre la persona y el delito investigado se expresa en la sospecha que precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido; en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (F. Jco. 8º).

algún pariente cercano o persona con la que mantuviesen una estrecha vinculación y trataran de protegerla con su negativa a la intervención corporal.

Por otra parte, el que tuviese la condición de testigo en el proceso penal, en cualquier caso la perdería desde el momento en que existan sospechas fundadas de su participación en los hechos delictivos y se considere necesario que se someta a una medida de estas características.

Por lo que respecta al ámbito civil y, en concreto, a la realización de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad y la maternidad, ya manifestamos, en el epígrafe correspondiente en el que abordamos esta cuestión, que en nuestro ordenamiento jurídico no se contempla regulación alguna con relación a los terceros sobre esta materia, lo que está comenzando a ocasionar algunos problemas procesales en la sustanciación de las demandas sobre esta materia, remitiéndonos por lo demás a lo ya dicho en el mencionado apartado.

II.2. Necesidad o indispensabilidad

Una vez que se ha comprobado que la medida que se pretende aplicar es adecuada al fin que se persigue, debemos analizar si realmente resulta necesaria, es decir, si la intervención de los poderes públicos en el caso concreto resulta indispensable porque no existe otro medio menos gravoso e igualmente eficaz para alcanzar ese resultado, pues en el supuesto de que lo hubiese habría que decantarse por aquél que supusiera una menor restricción de los derechos fundamentales afectados. Por tanto, no debe imponerse un sacrificio innecesario cuando existan medidas alternativas menos restrictivas que permitan conseguir el mismo objetivo⁴²⁷. De este modo, el juicio de necesidad nos lleva a la comparación entre las diversas alternativas posibles para alcanzar un fin, lo que puede inferirse en cada caso de las específicas circunstancias del mismo⁴²⁸.

⁴²⁷ Vid. STC. 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º E).

⁴²⁸ JIMÉNEZ CAMPO ha puesto en duda que el legislador esté obligado constitucionalmente a optar por la regulación menos gravosa para la consecución de la finalidad, ya que dicha decisión formaría parte de su libertad de configuración. Véase al respecto GONZÁLEZ BEILFUSS, M., ob. cit. p. 130.

En este sentido la STC 7/1994, de 17 de enero, relativa a la investigación de la paternidad, establece que las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal tan solo 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 sanguíneos⁴²⁹.

La necesidad de la medida limitativa de derechos fundamentales implica, sobre todo en el ámbito de las intervenciones corporales, por la intensidad que esa restricción puede llegar a alcanzar, que la misma ha de resultar imprescindible en la investigación de los hechos de que se trate y así lo reconoce la STC 37/1989 al establecer que *“es también preciso que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi”*⁴³⁰.

El propio Tribunal Constitucional nos dice cuando una medida restrictiva de derechos fundamentales es ilegítima al no resultar imprescindible, en la STC 166/1999, de 27 de septiembre, relativa a un caso de intervención de las comunicaciones telefónicas, donde considera que *“afecta a la legitimidad de la decisión la falta de necesidad estricta de la medida, es decir, puede ser constitucionalmente ilegítima, dado su carácter prescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio”*⁴³¹.

Según este autor al igual que los tribunales ordinarios deben optar por la medida más benigna por imperativo de la eficacia normativa del derecho fundamental objeto de restricción, el legislador también está constitucionalmente obligado a optar por un régimen jurídico menos gravoso.

⁴²⁹ STC 7/1994, de 17 de enero, F. Jco. 3º.

⁴³⁰ STC 37/1989, de 15 de febrero, F. Jco. 8º.

⁴³¹ STC 166/1999, de 27 de septiembre, F. Jco. 3º.

Tampoco se debe ordenar la realización de la medida para conseguir una información que no resulte relevante en la determinación del delito investigado, lo que sucederá si el hecho en cuestión ya ha sido acreditado en forma por otros medios probatorios o simplemente cuando la información que se obtenga con la medida de intervención corporal suponga un indicio más, pero sin acreditar por sí misma la existencia del hecho delictivo o la participación del sospechoso; por ello en estos casos no estaría justificada la adopción de medios que supusiesen una grave vulneración de derechos fundamentales. Así lo refleja también la STC 37/1989, al señalar que no se puede ignorar la palpable diferencia que existe entre una actuación dirigida, por ejemplo, a identificar al presunto culpable de un delito cuya existencia es cierta y otra que persiga simplemente obtener una prueba adicional que se suma a las que, de carácter indiciario, ya se cree poseer sobre la comisión real de un delito cuya existencia se sospecha⁴³².

Precisamente porque la diligencia de intervención corporal acordada no resultaba imprescindible para acreditar los delitos de los que fue acusado el imputado⁴³³, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, estima, entre otros motivos, el recurso de amparo interpuesto, estableciendo que para que esa medida se atenga a la exigencia de "necesidad" requerida por la regla constitucional de proporcionalidad de los sacrificios, que debe presidir la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales, es preciso que su adopción se revele objetivamente imprescindible para el aseguramiento de un bien o interés constitucionalmente relevante, lo que trasladado al ámbito particular del proceso penal ha de habilitar a la autoridad judicial a decretar tales medidas únicamente cuando su adopción sea indispensable para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*, lo que tan solo acontecerá cuando su puesta en práctica permita acreditar, desde un punto de vista objetivo, la existencia de alguno o algunos

⁴³² STC 37/1989, de 15 de febrero, F. Jco. 8º.

⁴³³ Los delitos que inicialmente se le imputaron al recurrente en amparo fueron los de cohecho y contra la salud pública; y tras dictarse auto de procesamiento fueron los de prevaricación y cohecho. La finalidad perseguida por la intervención corporal era determinar si aquél era consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes y, si fuese adicto, el tiempo desde que lo pudiera ser; para ello se acordó como diligencia pericial que el médico forense procediera a cortarle cabellos de diferentes partes de la cabeza y la totalidad del vello de las axilas, lo que motivó el recurso de amparo y la posterior sentencia que estamos analizando.

de los hechos constitutivos del tipo delictivo objeto de investigación y, desde el subjetivo, la participación del imputado en los mismos⁴³⁴.

Y añade en el mismo fundamento jurídico que *“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 (vgr. 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 exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal”*.

II.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Superados los juicios de idoneidad y necesidad, habrá que valorar entonces si la medida a adoptar resulta equilibrada por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas que los perjuicios que se puedan ocasionar a los bienes o derechos en conflicto, es decir, es imprescindible que dicha diligencia sea razonablemente proporcionada con la finalidad que se persigue. Para ello deberán ponderarse los diferentes intereses contrapuestos y las circunstancias específicas de cada caso, a fin de que el sacrificio que se pretende imponer no resulte desmesurado o excesivo. Así, la utilidad o provecho derivados de esa medida, que supone la restricción de un derecho fundamental, deberán ser siempre superiores a los perjuicios que se ocasione a los intereses enfrentados que concurren en ese supuesto determinado. En el ámbito de las intervenciones corporales la STC 207/1996 lo resume diciendo *“que, aún siendo idónea y necesaria, el sacrificio que*

⁴³⁴ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 6º.

*imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes*⁴³⁵.

En materia de injerencias corporales, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica realizar una correcta ponderación entre los intereses individuales y sociales en conflicto, de tal forma que la restricción de un derecho fundamental reporte mayores beneficios al interés general, representado aquí por la persecución penal de los delitos y, en su caso, el castigo de los presuntos culpables.

Por tanto, después de examinar de forma razonable y ponderada las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho, el Juez estará en condiciones de determinar si a pesar de la restricción en los derechos individuales del destinatario de la medida, ésta resulta proporcionada, en aras de un interés público derivado de la averiguación del hecho delictivo, es decir, podrá dirimir ese conflicto de intereses, dependiendo de ello la legitimidad de la intervención corporal que pudiera acordarse. Para ello, deben valorarse aspectos fundamentales del proceso tales como la gravedad del delito, el grado de imputación del sujeto, su participación en los hechos o si la información que se pretende obtener no guarda relación o excede de los límites del delito investigado, a fin de no adoptar medidas desproporcionadas a las circunstancias del caso.

Así lo expresa la STC 207/1996 al considerar que aun cuando se admitiese que el análisis pericial del cabello rasurado extraído coactivamente de distintas partes del cuerpo del imputado pudiera ser, abstractamente considerado, una medida necesaria a los fines de la investigación penal, no por ello las resoluciones judiciales impugnadas resultarían enteramente acordes con la exigencia constitucional de proporcionalidad, pues, en la determinación acerca de si una medida restrictiva de los derechos fundamentales es o no constitucionalmente proporcionada se deben tener en cuenta todas las circunstancias particulares que concurren en el caso, así como la forma en que se ha de llevar a la práctica la medida limitativa de que se trate, todo ello, como es obvio, con el fin de no ocasionar

⁴³⁵ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º E).

al sujeto pasivo de la misma más limitaciones en sus derechos fundamentales que las estrictamente imprescindibles en el caso concreto.

Concluyendo la citada resolución que las resoluciones impugnadas, tanto al ordenar que el informe pericial se remonte al tiempo desde que el solicitante de amparo pudiera ser consumidor, lo que podría abarcar 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 se le imputa, incurren en una notoria desproporción 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 amparo⁴³⁶.

La STC 207/1996, después de analizar los principios integrantes de la doctrina sobre la proporcionalidad que acabamos de exponer, los especifica con relación a las intervenciones corporales en el apartado e) de su fundamento jurídico 4º, donde señala que para que una intervención corporal en la persona del imputado, en contra de su voluntad, satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso:

1. Que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 CEDH), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal.
2. Que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin.
3. 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.

⁴³⁶ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 6º C).

Señala también el Alto Tribunal que del art. 15 de la Constitución se derivan una serie de exigencias específicas relativas a la práctica de las intervenciones corporales relativas también al principio de proporcionalidad que cabe resumir en los siguientes términos⁴³⁷: En primer lugar, en ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva o subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud. En segunda instancia, la ejecución de tales intervenciones se habrá de efectuar por personal sanitario, que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves por sus características así lo requieran; y finalmente, 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).

No debemos olvidar que el propio Tribunal Constitucional ya había señalado en la Sentencia 120/1990 que proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre constituyendo, así, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece toda persona.

El indiscutible respeto a la dignidad humana veda, por tanto, la utilización de métodos o medios probatorios que, si bien nos pudieran llevar al descubrimiento de la verdad material e incluso al autor del delito cometido, atentarían gravemente contra este valor fundamental del ser humano, así ocurre por ejemplo con el denominado “suero de la verdad” que según el Tribunal Supremo supone el aniquilamiento de los resortes físicos y psíquicos de la persona⁴³⁸.

⁴³⁷ En el mismo sentido vid. STC 7/1994, de 17 de enero, F. Jco. 3º.

⁴³⁸ STS de 22 de mayo de 1982.

El mismo rechazo al narcoanálisis manifiesta la STS de 26 de noviembre de 1991, que considera que el Tribunal ha de abstenerse de valorar una prueba prohibida y por ello también debe impedir su práctica. La confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el art. 15 CE y tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten, ya que la dignidad no es negociable como tampoco lo es la libertad; así pues, el imputado no puede instigar para que le inyecten fármacos que le sitúen en una posición de carencia de libertad, ya que en ese instante ha perdido su libertad, su dignidad y la propia grandeza del ser humano⁴³⁹.

III. EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO

Con el fin de evitar que se vulneren sus derechos fundamentales, antes de practicar una diligencia de intervención corporal es preciso recabar el consentimiento del interesado o, en su defecto, que se haya dictado la correspondiente resolución judicial⁴⁴⁰ autorizando la medida.

Recogiendo expresamente esta previsión legal, la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la Base de Datos Policial sobre Identificadores obtenidos a partir del ADN establece en su disposición adicional 3ª que para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3⁴⁴¹, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así

⁴³⁹ En el mismo sentido la STS de 23 de junio de 1997. Vid. MATALLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.112 y 113.

⁴⁴⁰ Que deberá revestir la forma de auto, así se desprende tanto del art. 141 LECrim como del art. 206.2.2º LEC.

⁴⁴¹ Según el citado precepto, se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN 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 artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.

como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El consentimiento emitido por el sujeto pasivo deberá ser expreso, libre y no viciado⁴⁴², tal y como señala la STS 211/1996, de 7 de marzo⁴⁴³. Para ello es necesario que el interesado tenga pleno conocimiento del alcance y consecuencias, que tanto la práctica de la medida como la negativa a realizarla pueden reportarle: por ejemplo, el delito que podría imputársele, la pena que lleva aparejada, en qué consiste la intervención, quién se la va a practicar, etc.⁴⁴⁴ Es decir, tendrá que ser un verdadero “consentimiento informado”⁴⁴⁵ sobre todos aquellos aspectos en los que la medida pueda incidir, para que su aceptación o la negativa a realizarla, se realicen con pleno conocimiento de todas las circunstancias y se evite de este modo una posible declaración de nulidad de la misma⁴⁴⁶.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en la Sentencia 1261/1994, de 21 de junio, considera que en la comparecencia efectuada por el procesado ante el oficial del juzgado, en una causa por violación y lesiones, en la que manifiesta su

⁴⁴² A falta de una regulación expresa en la materia, podrán servirnos de guía los arts. 1265 y ss. del Código Civil sobre la validez del consentimiento en los contratos.

⁴⁴³ Fundamento jurídico 4º.

⁴⁴⁴ Como el perfil genético de una persona también aporta información de sus familiares consanguíneos, consideramos que en el caso de que se vaya a practicar una prueba de ADN debe informarse al destinatario de esta circunstancia.

⁴⁴⁵ La STS 1237/2005, de 31 de octubre, establece en su fundamento jurídico 1º que “*el consentimiento, como es obvio, sólo puede ser informado, puesto que nadie puede consentir en lo que no sabe.*”

⁴⁴⁶ Véase en este sentido la STC 234/1997, de 18 de diciembre, según la cual “*si la prueba consiste en un análisis de sangre, que es una intervención corporal leve (STC 207/1996, fundamento jurídico 2), es evidente que, cuando se realice de forma voluntaria, no se lesiona ni el derecho a la integridad física (art. 15.1 C.E.) ni el derecho a la intimidad corporal (...). 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*”. En este sentido cabría pensar en los casos en los que el análisis genético del sospechoso descarta su participación en los hechos, pero permite determinar que el culpable ha de ser un familiar suyo.

consentimiento a que se le practique una extracción de sangre “con fines exculpatorios”, se produce un vicio del consentimiento cercano al dolo en su definición jurídico-civil del artículo 1.269 del Código Civil (cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho): *“Ciertamente es que no se debe imaginar en el funcionario que practicó la diligencia una finalidad espuria, pues seguramente la censurable fórmula empleada no fue otra cosa que una defectuosa redacción de la advertencia de que podría, caso de resultar negativo el análisis, servirle de prueba exculpatoria o de descargo; pero ello no altera el dato de que su utilización vició el consentimiento para la práctica de la extracción sanguínea y, consecuentemente, por aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ tal prueba de ADN o DNA deba estimarse como inexistente y sin posible consideración por el juzgador”*.⁴⁴⁷

Asimismo, la prestación del consentimiento deberá documentarse en el acta correspondiente mediante la plasmación de la firma de la persona que haya de prestarlo. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2005: *“Nuestra jurisprudencia ha establecido que la prueba obtenida con el consentimiento de una persona que no está detenida y que, de esa manera, admite que se le practique una prueba corporal que puede determinar su incriminación, no pierde su aptitud de ser valorada por el hecho de que no haya contado con un Defensor (Resolución del Pleno de la Sala de 5.2.1999). En esta resolución se ha señalado como básico el libre consentimiento de la persona sospechada (...) En el presente caso no es claro, en primer lugar, si las personas se hallaban detenidas o no. La duda surge del hecho de que su consentimiento no ha sido documentado, pues no se les ha hecho firmar la diligencia policial en que los funcionarios actuantes manifiestan que ambos acusados están conformes con someterse a la prueba corporal. Tampoco es claro que los recurrentes no estuvieran detenidos, pues fueron conducidos al hospital por la policía y bajo su control, tal como surge del citado informe del servicio de urgencias, cuando ya se habían hecho constar en el atestado las sospechas fundadas que hubieran debido dar lugar a una detención formal. Consecuentemente, la prueba de la tenencia de la droga se ha obtenido sin respeto*

⁴⁴⁷ STS 1261/1994, de 21 de junio, F. Jco 2º.

*de las garantías que legalmente se establecen para el caso. La policía tenía, en primer lugar, elementos suficientes para ordenar la detención por un delito in fraganti y no debió demorar la formalización de esa situación hasta la obtención de las pruebas corporales. Asimismo, debió documentar con la firma de los acusados el consentimiento que éstos habrían prestado*⁴⁴⁸.

Por último, señalar que la STS 685/2010, de 7 de julio, tras analizar el contenido de la LO 10/2007 en esta materia, señala que cuando 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, aunque esté 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. 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 judicial⁴⁴⁹.

III.1. La asistencia de letrado

El derecho a la asistencia letrada, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española como derecho fundamental, se configura como uno de los pilares básicos del derecho de defensa y, por ende, de lo que se denomina un proceso justo y con todas las garantías, alcanzando su desarrollo normativo a través de los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que determinan el momento y la forma en la que deberá verificarse esa asistencia⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ STS 1237/2005, F. Jco. 2º.

⁴⁴⁹ STS 685/2010, de 7 de julio, F. Jco. 2º.

⁴⁵⁰ El art. 118. LECrim establece que toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya

Si la presencia de letrado resulta necesaria en los actos fundamentales en los que ha de intervenir el imputado como son su declaración, el reconocimiento en rueda, etc., en el ámbito de las intervenciones corporales la asistencia de abogado se sitúa antes de su realización, es decir, cuando el sujeto pasivo debe decidir si da, o no, su consentimiento para que se le practique la prueba; es en ese momento cuando se requiere el asesoramiento legal, sobre el alcance y consecuencias que podrá tener esa decisión, tanto si accede a la práctica de la intervención como si se niega a ello. El destinatario de la medida debe disponer de la información necesaria para ser consciente de la situación en la que se encuentra y decidir de forma libre y voluntaria; por ello el letrado, previo análisis de la necesidad de la prueba y examinando los perjuicios y los beneficios que entrañe para su patrocinado, le aconsejará al respecto.

Por otra parte, la mayoría de las diligencias de intervención corporal se caracterizan porque no es posible su repetición posterior en el juicio oral, lo que posibilita su consideración como prueba preconstituida, por lo que la presencia de letrado facilita el principio de contradicción y se configura como un instrumento de control al garantizar la observancia de la legalidad.

PÉREZ MARÍN ⁴⁵¹ señala que aunque en el ordenamiento italiano se exige la presencia del abogado defensor en las diligencias de inspección corporal debido a la irrepitibilidad de los actos de investigación, en nuestro ordenamiento, y al menos con relación a los análisis de ADN, no es necesaria su asistencia al lugar donde se va a practicar la prueba, sino que bastará con que tenga conocimiento de ello a través del auto correspondiente, pero sin que su presencia física junto al facultativo o profesional que vaya a realizarla afecte a su validez .

Además, el letrado carece de los conocimientos necesarios para supervisar las técnicas médicas que se utilicen en la intervención y su presencia en determinados casos⁴⁵² podría violentar aún más la situación de la persona que

acordado su procesamiento, mediante el nombramiento de Procurador que le represente y Letrado que le defienda.

⁴⁵¹ PÉREZ MARÍN, M.A., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.191 y ss.

⁴⁵² Por ejemplo, un reconocimiento vaginal.

soporta la injerencia. No obstante, si el afectado lo solicita y su asistencia no perjudica la práctica de la pericia, esta autora no ve impedimentos para que esté presente durante la realización de la prueba⁴⁵³.

ETXEBERRÍA GURIDI⁴⁵⁴ estima que la concurrencia de determinadas circunstancias, como la urgencia o la sorpresa, justifica que no se produzca la asistencia letrada. El elemento sorpresivo y reservado, característico de determinadas diligencias de investigación, recomienda no comunicar previamente ni al afectado ni a su abogado el propósito de ejecución de la diligencia, con el fin de impedir que la persona que va a ser investigada adopte las medidas oportunas para neutralizar el resultado de la investigación.

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1991, con referencia a la ausencia de abogado de la defensa en la diligencia de entrada y registro en un domicilio, señala que ni del art. 17.3 de la Constitución, ni de los artículos 118 y 520 LECrim se deduce que para la misma sea necesaria la presencia letrado.

En efecto, el art. 17.3 CE "*garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca*". En dicha norma fundamental aparece esa asistencia letrada referida a la persona del detenido, pero no a todas y cada una de las diligencias de instrucción. Del desarrollo que tal precepto ha tenido en la LECrim, se deduce que la presencia de letrado defensor del preso o detenido sólo es preceptiva para las declaraciones que éste haya de prestar y para los reconocimientos de identidad de que sea objeto, derecho que no puede interpretarse como que la presencia de abogado de la defensa sea un

⁴⁵³ Igualmente si el órgano judicial lo autoriza podrían estar presentes en la diligencia técnicos en la materia nombrados por el imputado a fin de controlar el procedimiento de la intervención, en función de lo previsto en los arts. 467 y 471 LECrim, que regulan las garantías de las pericias que se realizan como pruebas anticipadas, cuando sean irreproducibles, entre las que se encuentra la facultad de recusar y nombrar peritos que intervengan junto a los judicialmente reseñados. Es decir, la posibilidad de solicitar una contrapericia.

⁴⁵⁴ ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las intervenciones corporales, su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p. 392 y ss.

requisito necesario para la validez de todas y cada una de las diligencias de instrucción⁴⁵⁵.

Sin embargo, según señala el citado autor, algunas diligencias de investigación corporal no son incompatibles con la previa imputación formal por el Juez, en los casos no caracterizados por la urgencia, por lo que no habría problema en la asistencia de letrado y su intervención en la práctica de la medida.

Por su parte, la STS de 18 de diciembre de 2001, analiza el caso de un no imputado que podría llegar a serlo en virtud del resultado de la prueba. Se trata de una extracción de saliva, sobre la que posteriormente se practicaría el análisis de ADN, que se realiza con el consentimiento del interesado, prestado en presencia del Juez de Instrucción y del Secretario Judicial y asistido de letrado.

En el acta consta que la finalidad de la extracción es determinar la posible autoría de los hechos, estando en ese momento en calidad de preso preventivo por otra causa. De su contenido también se desprende con claridad que el destinatario de la prueba pudo saber sin dificultad, al igual que el Letrado que le asistía, que la finalidad de la extracción era comprobar su posible participación en un hecho delictivo, accediendo, sin embargo, a su realización. Por ello la Sentencia señala que *“no cabe la menor duda que los análisis de ADN constituyen una prueba fiable que, en caso positivo, permite establecer la identidad del autor del delito con unos márgenes de error prácticamente despreciables en el estado actual de la técnica. Tampoco ha de caber duda alguna acerca de que se trata de una diligencia de investigación que, practicada correctamente, puede convertirse en un medio válido de prueba. Ello explica que no siempre se realice sobre la persona de los imputados, sino que es precisamente el resultado del análisis lo que puede dar lugar a esa imputación. Lo que siempre será exigible es que al prestar el consentimiento se conozca la finalidad de la actuación que se autoriza”* y añade posteriormente: *“No parece, por lo tanto, que se hayan infringido sus derechos aunque en ese momento no hubiera sido imputado formalmente por unos hechos, respecto de los cuales, la extracción de saliva constituía en ese momento, una diligencia de investigación”*.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ En el mismo sentido, véanse las SSTS de 10 de diciembre de 1991, 4 de diciembre de 1992, 17 de febrero de 1993 y 13 de junio de 1994.

⁴⁵⁶ STS 2461/01, F. Jco. 2º.

Con relación a los exámenes radiológicos que se realizan en los aeropuertos, en prevención de un posible transporte de drogas en el interior del cuerpo del viajero, la jurisprudencia, inicialmente fluctuante, entendió que la situación jurídica de una persona sometida a este control es equivalente a una detención, por lo que se precisaría la previa información de derechos y la presencia de letrado.

Así la STS 891/1998, de 9 de octubre, establece que la circunstancia de que en la causa no conste que el recurrente haya tenido el carácter formal de detenido carece de relevancia, dado que el derecho de defensa no depende de la declaración formal de la detención, sino de la real situación de una persona respecto de la que se tienen sospechas de la comisión de un delito y se van a tomar contra ella medidas que pueden tener por resultado la obtención de pruebas en su contra: *“Es claro que el recurrente no podía disponer de su libertad ambulatoria y que si los agentes de la Guardia Civil no tenían sospechas suficientes, tampoco podían haber ordenado la limitación de dicha libertad ambulatoria en la que aquél se encontraba, pues, como lo han establecido distintos órganos el Tribunal Constitucional en su STC de 10-7-86 y STEDH de 6-11-80, así como la STS de 24-2-97, no existen situaciones intermedias entre la detención y la libertad. El art. 520.2 LECr establece que la instrucción sobre los derechos del detenido debe tener lugar en forma inmediata. Todo retardo, a partir del momento de la detención, constituye una infracción de dicha norma, que, por lo demás, en el presente caso aparece como injustificada. Asimismo, el acusado tenía derecho a solicitar la presencia de un abogado para que asista a las diligencias policiales, según lo que establece el art. 520.2.c) LECr. Tampoco fue instruido de este derecho cuyo ejercicio o renuncia - como es obvio- debe ser previo a toda diligencia policial o judicial. En este sentido el mismo art. 520.4 LECr impone una espera de ocho horas para que comparezca el abogado del detenido y sólo cuando dicho plazo haya transcurrido "podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere". De esta disposición se deduce que ninguna diligencia puede ser realizada sin asistencia letrada del inculpado”*.⁴⁵⁷

Posteriormente, el Acuerdo del pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1999, señala que quien se somete voluntariamente a una exploración

⁴⁵⁷ F. Jco. 2º

radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad, ni el acto en sí constituye una diligencia encaminada a obtener tal declaración, por lo que no es necesaria la asistencia letrada ni la previa detención con informe de derechos.

En este sentido, la STS de 3 de febrero de 2000 establece que la respetable doctrina mantenida en la Sentencia de 9 de octubre de 1998 no ha sido asumida por la Sala en otras sentencias *“por lo que debe entenderse que la jurisprudencia sobre la materia es que cuando una persona se somete voluntariamente -así, por ejemplo, en la Sentencia de 10 de Junio de 1.998- a una exploración radiológica, solicitada por la Policía Judicial a fin de comprobar si es portadora de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni su exploración constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos, por lo que, no estando detenida, no es precisa la asistencia de letrado ni la previa instrucción de derechos. A tenor de esta doctrina, dos son los requisitos necesarios para que la exploración radiológica realizada sin previa información de derechos ni asistencia letrada sea constitucionalmente correcta y apta para ser valorada como prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia: a) que la persona explorada no esté detenida, porque si lo estuviere le ampararían los derechos y garantías establecidos en el art. 17.3 CE, y b) que preste libremente su consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que si no lo consintiere y fuere obligada por la fuerza a someterse a la prueba, desde ese mismo momento estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, con independencia de la posible restricción de otros derechos fundamentales que estarían en todo caso, bajo la tutela y salvaguarda de la autoridad judicial. Concurrentes esos dos requisitos -y con ello contestamos a las alegaciones del recurrente- no habría vulneración del derecho a la intimidad porque el acceso a la misma, que supone la exploración radiológica, estaría legitimada por el consentimiento del interesado, ni la habría del derecho a la asistencia de letrado, toda vez que este derecho nace de la situación de detención ex art. 17.3 CE, o de la existencia de la imputación de un delito de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 LECr. Es preciso, por ello, que conste en autos con la*

*debida claridad que la persona a la que requiere la Policía Judicial para que se deje examinar radiológicamente, consiente libremente dicha exploración*⁴⁵⁸.

En similares términos se pronuncia la Sentencia de 10 de junio de 2000 señalando que el examen radiológico a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos españoles, no es por sí misma una detención, ni comporta que necesariamente ésta se haya practicado previamente. Se trata de un mero control dentro de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva que, cuando se realiza voluntariamente, a instancias de los agentes que solicitan del pasajero ser examinado, prestándose éste voluntariamente a la comprobación interesada, no entraña limitación o constricción forzosa de la libre deambulacion, propia de una verdadera detención, por lo mismo que no lo es tampoco la momentánea interrupción que soporta el peatón a quien se le pide la identificación personal, o el conductor a quien se ordena parar para someterse a la prueba de alcoholemia.

Se trata en todos estos casos de actos administrativos en el ámbito de las relaciones de prevención policial y seguridad, en los que la orden dada por el agente pasa por la aceptación del administrado para la lícita realización de la comprobación perseguida. Otra cosa es que tras su realización decida entonces el agente, a la vista de la existencia de indicios de criminalidad, detener al interesado, o bien que el examen radiológico se haya llevado a cabo estando ya el interesado detenido previamente. Será entonces cuando, por su condición de detenido, resultará inexcusable la previa información de derechos y la asistencia letrada, lo que no sucede cuando el sujeto, no estando aún detenido, se somete voluntariamente al examen radiológico⁴⁵⁹.

Por tanto, cuando el interesado se niega a someterse a la exploración radiológica, la fuerza actuante puede acordar su detención, si existen sospechas de que es portador de droga en el interior de su cuerpo, procediendo a la instrucción de sus derechos y a garantizarle la asistencia de letrado, que estará presente en el

⁴⁵⁸ STS 103/2000, F. Jco. 2º.

⁴⁵⁹ Esta doctrina es recogida posteriormente en numerosas sentencias del Tribunal Supremo como la 2070/2001, de 5 de noviembre de 2001; la 1579/2005, de 22 de diciembre; la 1072/2006, de 31 de octubre o la 124/2007, de 8 de febrero.

examen, si éste fuese autorizado por el Juez competente. Para que posteriormente pueda controlarse la validez de esta diligencia es imprescindible que en el atestado conste que el sujeto fue invitado a someterse al control y aceptó voluntariamente la práctica de la prueba o bien se negó a ella, a fin de evitar alegaciones posteriores de engaño o forzamiento de la voluntad que invaliden el resultado de la intervención.

III.2. Sujetos que deben prestar el consentimiento

Aunque lo más habitual es que el sujeto pasivo de una intervención corporal sea mayor de edad y plenamente capaz, también existen casos, sobre todo en el ámbito penal, en los que se ven implicados menores o incapaces, por lo que, para la plena validez de la medida, será necesario que esa limitación de la capacidad sea complementada o suplida con la asistencia de sus padres o tutores y, en su defecto, mediante la correspondiente autorización judicial. Recordemos la STC 215/94, sobre esterilización de deficientes⁴⁶⁰, que reafirma el deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 C.E.), el reconocimiento del derecho de éstos a la protección de la salud (art. 43.1 C.E.), y a disfrutar de todos los que la Constitución establece en su Título I (art. 49 C.E.).

De esta forma, se produce la vinculación al proceso de personas en principio ajenas al mismo, a fin de que libremente y de forma expresa, manifiesten si consienten o no en que se practique a sus hijos o pupilos una diligencia determinada; pero, ¿qué ocurrirá si los padres o el tutor, una vez informados de las posibles consecuencias negativas que acarrearía la prueba al menor o incapaz, se niegan a que se le realice? ¿Se puede considerar simplemente una actitud obstruccionista merecedora de ser sancionada penalmente como un delito de desobediencia?, ¿un indicio a valorar en el proceso igual que si se tratase de la

⁴⁶⁰ STC 215/1994, de 18 de julio. Esta resolución considera la esterilización como una medida proporcional para el fin que se persigue y que se adoptará en interés del incapaz, para mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad, sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece. La medida arbitrada por el legislador, no se aparta o contradice la finalidad del art. 49 C.E, puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente (F. Jco. 4º y 6º).

negativa del imputado? o bien, en atención a lo dispuesto en el art. 416 LECrim⁴⁶¹, ¿que se acogen al derecho a no declarar contra sus familiares más allegados?.

Una vez más, la ausencia de regulación específica deja la resolución de estos interrogantes en manos de los órganos judiciales, pero a nuestro parecer, siempre que la práctica de la intervención corporal no le cause al menor o incapaz ningún perjuicio incompatible con su derecho a la integridad física y moral, ni conculque de forma arbitraria sus derechos fundamentales, la negativa injustificada de los padres o tutores no debería tener consecuencias diferentes a la negativa del imputado, porque la finalidad práctica perseguida en ambos casos es la misma: impedir la realización de la prueba seguramente por miedo a que su resultado revele indicios fundamentales en su contra.

Según PÉREZ MARÍN⁴⁶² si el tutor del incapaz se niega a prestar su consentimiento, el órgano judicial será el que ordene, sopesando las circunstancias del caso la práctica de las diligencias, sustituyendo así la voluntad de los interesados, cuando intuyere alguna conducta obstruccionista con la Administración de Justicia. En el supuesto de que el imputado sea incapaz *de facto*, pero no declarado judicialmente, cabría plantearse la validez o ineficacia de sus decisiones antes de la incapacitación, es decir, cuando sufría los síntomas que dieron lugar a la misma.⁴⁶³

⁴⁶¹ El párrafo 1º del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispensa de la obligación de declarar a los parientes del procesado en línea recta ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos, los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil y los parientes naturales a que se refiere el art. 261.3º.

Por la doctrina alemana se planteó la cuestión de si los no imputados tendrían la facultad de rechazar el sometimiento a los análisis de ADN cuando se encontrasen en el mismo supuesto en que el ordenamiento jurídico les permite rechazar el testimonio y así ha sido recogido con relación a las intervenciones corporales que recaigan sobre los no inculcados, en el párrafo 81c (3) de la StPO, según el cual las investigaciones o extracciones de sangre podrán ser rechazadas por los mismos motivos que el testimonio, previendo incluso que deben ser informados de la posibilidad de rechazarla, por aplicación del párrafo 52 (3) de la misma norma. Vid. más ampliamente ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000, p. 171 y ss.

⁴⁶² PÉREZ MARÍN, M.A., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 158.

⁴⁶³ Entendemos que en los supuestos a los que se refiere la autora, es decir, cuando el Juez dude sobre la capacidad del imputado, deberá ordenar su reconocimiento por el médico forense o por otros especialistas que considere oportunos, a fin de que emitan un informe sobre la capacidad del sujeto y, si a la vista de ello fuese necesario, se deberá iniciar en el juzgado competente el procedimiento de incapacidad del mismo.

En el caso de los menores implicados en un procedimiento penal el consentimiento deberá otorgarlo quien ejerza su patria potestad o tutela y, en su defecto el Juez de Menores, a la vista de las circunstancias concurrentes, adoptará la decisión que estime conveniente. La misma solución deberá adoptarse cuando la diligencia haya de practicarse con la víctima o con terceras personas.

III.3. La toma de vestigios al margen del consentimiento del sujeto pasivo

La reforma del año 2003 también se abstuvo de regular una serie de supuestos en los que es posible la obtención de muestras del sospechoso al margen de su consentimiento o incluso de su propio conocimiento, por ejemplo cuando ignora que la colilla que deja en la comisaría puede ser usada para realizar un análisis de ADN⁴⁶⁴, cuando la sangre que ha donado es utilizada en un procedimiento judicial o se usan pruebas realizadas en un proceso distinto.

Según MORENO VERDEJO⁴⁶⁵ si se trata de células del imputado recogidas de vestigios que deja, aún de forma involuntaria, la recogida sería intrascendente, siendo lo relevante la posterior autorización judicial para su análisis. En el supuesto de que el sujeto se niegue a someterse a una intervención corporal acordada por la autoridad judicial, considera que para ejecutarla sin acudir al uso de la fuerza se podría utilizar la muestra entregada para otro procedimiento o la sangre dada para un análisis clínico, puesto que se estaría ejecutando una resolución judicial que ya ha optado por limitar los derechos del “muestreado” al decidir la obligatoriedad de la práctica de prueba.

En tal sentido la STS de 18 de diciembre de 2001, ya citada, señala que *“cabría plantearse si el resultado de un análisis de ADN obtenido en una causa puede utilizarse en otra contra la misma persona aún sin su consentimiento para*

⁴⁶⁴ Véase al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de octubre de 2006, en la que se recoge la Jurisprudencia del TS en la materia, considerándose como “vestigios fuera del cuerpo”.

⁴⁶⁵ MORENO VERDEJO, J., *“ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004, p.1839.

esta segunda utilización, y no habría razones para la respuesta negativa si la obtención fue inicialmente respetuosa con los derechos del acusado”.

HUERTAS MARTÍN sostiene la postura contraria al plantearse si ante la negativa del imputado a someterse a la prueba es posible obtener el dato que se persigue sin el conocimiento del sujeto, a través de una muestra que haya entregado voluntariamente con otros fines, por ejemplo de carácter médico⁴⁶⁶.

La inexistencia de una ley expresa que imponga al ciudadano la obligación de ofrecer al Estado información genética obtenida a través del análisis de ADN hace necesario el previo consentimiento del ciudadano en cada caso, no siendo posible, por lo mismo, el uso de la información genética obtenida con el consentimiento del interesado en un determinado proceso para los fines de un proceso distinto cuando no se cuente con su voluntad. Señala además que, aunque existiera dicha obligación, tampoco podría hacerse uso de la información que se posea sin el conocimiento del imputado, ya que éste habría de ser informado en cada caso del uso concreto que se hace de dichos datos dentro del proceso penal, para poder asegurar en todo momento el ejercicio de su derecho de defensa.

Con relación a la recogida por las fuerzas de seguridad de vestigios que se encuentran fuera del cuerpo del sospechoso para realizar posteriormente un análisis de ADN⁴⁶⁷, la jurisprudencia mantuvo inicialmente posturas encontradas. Así STS 501/2005, de 19 de abril, consideró necesario para la validez de la prueba la existencia de autorización judicial previa⁴⁶⁸.

Se entiende en este caso que las normas procesales imponen al Juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de esta clase de muestras,

⁴⁶⁶ HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p.410.

⁴⁶⁷ La recogida de estas muestras por parte de los agentes de policía está amparada en el art. 11.1.g) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como por el art. 4 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. En ambos preceptos se pone de manifiesto que una de las obligaciones policiales es asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, es decir, la ocupación o custodia de los mismos, poniéndolos a disposición del Juez competente.

⁴⁶⁸ Esta resolución analiza el caso en el que el escupitajo que un sospechoso tira en la celda es recogido por un policía, se somete al correspondiente análisis y se demuestra que su ADN coincide con el de uno de los partícipes en la quema de un autobús en una localidad vizcaína, lo que sirve de base para condenarlo posteriormente en un acto de "*kale borroka*".

cuando se quiere que el acto tenga valor probatorio, obligación que tiene su justificación no en desconfianza alguna hacia la policía, sino en que, salvo las razones de urgencia que en el caso presente no concurrieron, es a la autoridad judicial a quien corresponde la práctica de actuaciones que tienen un verdadero y propio contenido procesal a las que la actuación del secretario como fedatario público (*arts. 281 y 473 LOPJ*) confiere autenticidad documental.

En la práctica de estas pruebas de ADN, tiene particular relieve la toma de la muestra indubitada, de modo que en ese acto procesal queden precisados el objeto recogido, el lugar donde éste se encontraba, y demás circunstancias necesarias para dejar acreditada la pertenencia a la persona a la que se atribuyen, dato esencial para que la muestra obtenida pueda ser considerada, con las garantías debidas, como una verdadera y propia muestra indubitada.

En este caso no hay en las actuaciones diligencia o informe alguno en el que conste por escrito esa recogida policial de la muestra biológica, por lo que no puede tener validez probatoria alguna el análisis de ADN practicado sobre una muestra biológica indubitada que fue obtenida sin las garantías exigidas por nuestra ley procesal.

Tampoco había razón de urgencia que permitiera actuar a prevención al funcionario policial que tomó la muestra biológica de la celda ocupada por el recurrente. No había obstáculo alguno para que tal funcionario acudiera al juzgado correspondiente a solicitar la intervención de la autoridad judicial, adoptando, mientras el Juez resolvía al respecto, las precauciones necesarias para que esos restos biológicos se conservaran como estaban cuando se detectaron.

No obstante, aunque realmente hubiera existido una razón de urgencia en la actuación policial nos encontraríamos igualmente ante una prueba ilícita por otra razón de orden procesal: no existió resolución judicial alguna que ordenara o autorizara la prueba pericial de ADN sobre la mencionada muestra biológica. Además, hubo una clara indefensión para la parte acusada que, al no haber participado en tal diligencia (*art. 333 LECrim* y otros), no pudo conocer las

circunstancias concretas de la recogida de restos que podrían haberle servido para proponer pruebas o alegar al respecto en su momento.⁴⁶⁹

Esta Sentencia fue contradicha posteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2005, que estudia un supuesto igual al anterior⁴⁷⁰ y señala que no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal.

En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados supuestos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada.⁴⁷¹

Con el fin de unificar posiciones se dicta el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 que establece que la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial. Siguiendo este criterio la STS de 14 de febrero de 2006 señala, sobre la ausencia de consentimiento de los acusados, que ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones⁴⁷².

Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial. En el caso de autos una colilla arrojada por los recurrentes, se convierte en "*res nullius*" y

⁴⁶⁹ STS de 19 de abril de 2005, F. Jco. 3º y 4º.

⁴⁷⁰ La impugnación se basaba en la ausencia de garantías en la toma de muestras genéticas indubitadas que se obtienen de los restos de un esputo que el acusado realizó cuando salía de una de las celdas de la comisaría y que fue recogida por la policía.

⁴⁷¹ STS 1311/2005, F. Jco. 1º

⁴⁷² En la misma línea argumentativa se sitúan las SSTS 355/2006, de 20 de marzo y 949/2006, de 4 de octubre, según las cuales no es preciso contar con autorización judicial cuando no es necesario el empleo de la fuerza física o coacción para la obtención de la muestra biológica indubitada.

por ende accesible a la fuerza policial, si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos.

Después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del Juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.

Por tanto, el Acuerdo señalado permite la iniciativa policial en análisis biológicos que no supongan una intervención corporal, no produciéndose vulneración de derechos porque la policía judicial, en el ejercicio de las funciones que le atribuye el art. 282 LECrim, tome unas muestras espontáneas y ocasionales, que no suponen una invasión del cuerpo del sospechoso para ser posteriormente analizadas en el laboratorio y puestas en conocimiento del Juez.

Por último, debe señalarse que hay casos en los que ni siquiera con el consentimiento del afectado podrá llevarse a cabo una intervención corporal cuando la diligencia a practicar suponga un riesgo o una afectación grave para la salud o, como sucede en los casos del suero de la verdad o en la denominada prueba sexométrica, analizados por el Tribunal Supremo, se trate de métodos poco fiables y de escaso valor probatorio que son rechazados por menoscabar la libertad del individuo.

En tal sentido, la STS de 22 de mayo de 1982 establece en cuanto al uso del "Pentotal", o de otro de los narcóticos comercializados, que no se está ante un supuesto puro y específico de confesión del inculpado, sino que su uso participa más de la técnica pericial que de la testimonial, cuando no supone una simbiosis o maridaje de ambas; pero 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, supondrían una forma indirecta y torticera de obtener la confesión del reo y un desprecio de la persona en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano.

En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 1991 que analiza el caso en el que se solicitó que se inyectase a dos procesados el

fármaco idóneo para llevar a cabo la prueba de narco-análisis conocida como “suero de la verdad”, estableciendo la Sala II que se trata de una prueba prohibida: *“La confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 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 una 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.

La grandeza de la libertad, a la que acaba de hacerse referencia, unida a la dignidad de la persona humana, impide la introducción de estos métodos en la investigación criminal, siendo así solo factible en el mundo del psicodiagnóstico y de la psicoterapia, basados en el hecho de que la psiquis en estado de adormecimiento, no dominable ya por consiguiente por el sujeto, consecuencia de la introducción de sustancias denominadas narcóticos, se coloca en forma de poder ser explorado con más facilidad y profundidad por la técnica de la investigación psicoanalítica.

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 inadmisibile 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 de corresponden siempre con la verdad objetiva, sino con representaciones de la capa profunda de la personalidad”⁴⁷³.

Por su parte, la STS de 15 de septiembre de 1989 califica de totalmente inusual y repugnante la prueba que solicitaba un reconocimiento y descripción “detallada del órgano del paciente en erección”, calificándolo de “cuerpo del delito”, con medida “del volumen y grosor”, etc. y sobre la capacidad vaginal de la víctima; fue denegado por el Juez, en base al extenso y razonado informe del Médico Forense de la Audiencia de que todo ello no podía demostrar la imposibilidad de la cópula dada la distensibilidad de la vagina, que la prueba sexométrica no reúne certeza de resultados, que él no podía asumir el provocar ese estado fisiológico ni tenía medios en la clínica para ello: *“La prueba de que se trata presenta muy explicables rechazos por parte del personal médico, pero es que, además, no puede probar nada decisivo en relación con el atentado a la libertad sexual de la víctima, aún en el caso de que la cópula fuera imperfecta y aunque la polución fuera externa o no llegara a producirse, subsistiría el forzamiento violento a yacer, que constituye el delito. De otra parte es de general conocimiento la variabilidad de reacciones sexuales que dependen de los estímulos, de las circunstancias fisiológicas y psicológicas, de factores ambientales que lo mismo pueden inhibir que provocar en momentos diferentes. Todo lo que unido a su carácter repulsivo e inusual explican la actitud del Forense, del Juez y de la Audiencia y justifican la negativa. La prueba no es ni pertinente ni demostrativa”* (F. Jco. 1º).

III.4. La utilización de los tests masivos de ADN en el proceso penal: admisibilidad y consentimiento

La Recomendación nº 1 (1992) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 10 de febrero de 1992, sobre la utilización del análisis de ADN dentro del marco de la Administración de justicia penal, prevé en su parte introductoria que el uso de este tipo de técnicas deberá tener en cuenta y no vulnerar principios fundamentales como la dignidad de la persona y el respeto al cuerpo humano, así como los derechos de defensa y el principio de proporcionalidad en el ámbito de la Justicia penal.

⁴⁷³ STS de 26 de noviembre de 1991, F. Jco. 1º.

También establece en su Recomendación nº 4 que la toma de muestras para el análisis de ADN únicamente deberá realizarse en las circunstancias determinadas en el Derecho nacional, lo que en algunos Estados pudiera exigir la autorización expresa de una autoridad judicial. Cuando el Derecho nacional admita la toma de muestras sin el consentimiento del sospechoso, ello únicamente podrá llevarse a cabo si las circunstancias del caso justifican dicha actuación.

Esta Recomendación llevó a algunos Estados europeos a adaptar su legislación a estas premisas del Comité de Ministros, entre ellos Holanda, Gran Bretaña o Alemania, que, sin embargo, no realizan una regulación expresa de los denominados “test masivos” de ADN, aunque ello no es óbice para que en muchos países de nuestro entorno este tipo de análisis se haya utilizado en distintas ocasiones para el esclarecimiento de delitos de especial gravedad, como homicidios y agresiones sexuales, en los que la identificación genética de los vestigios hallados en el escenario del crimen o en el cuerpo de la víctima resulta capital para el descubrimiento del autor de esas infracciones penales.

Esta técnica de investigación criminal consiste en realizar análisis genéticos sobre un grupo muy numeroso de personas, sobre las que *a priori* no existen indicios de criminalidad, por el simple hecho de pertenecer a una población, a un sexo determinado o a una concreta franja de edad. Por lo tanto, inicialmente no hay dato alguno que haga sospechar su participación delictiva, salvo que en alguna característica o circunstancia coinciden con el presunto autor del delito, como, por ejemplo, vivir en la misma población o tener un coche igual al del sospechoso.

El primer caso en el que se aplicó este tipo de análisis fue en el Caso Pitchfork, acaecido en Gran Bretaña en los años ochenta, donde la policía requirió la colaboración de todos los hombres entre 13 y 30 años, residentes en la comarca donde se habían cometido varios asesinatos con violación de mujeres, para que se sometieran voluntariamente a una extracción de sangre con el objeto de realizar un análisis de ADN⁴⁷⁴. Posteriormente se realizaron pruebas similares en Francia o

⁴⁷⁴ El resultado de las pruebas fue negativo al no existir coincidencia entre las muestras analizadas y las encontradas en los lugares de comisión de los delitos. El verdadero autor de los hechos fue descubierto posteriormente de forma casual, al reconocer un compañero de trabajo de aquel, durante una conversación en un pub, que se había presentado a las pruebas, a cambio de 200 libras y con documentación falsa, asumiendo la identidad de Colin Pitchfork. Este comentario fue puesto en conocimiento de la policía que sometió a aquel a las pruebas de ADN, resultando posteriormente

Alemania, país este último donde, también para esclarecer un homicidio con violación, se investigó a todos los propietarios de vehículos marca Porsche, modelo 944, matriculados en München, ya que un coche de estas características fue visto en las inmediaciones del lugar de los hechos; se practicaron más de 750 extracciones y los que se negaron a la realización voluntaria de la prueba fueron inmediatamente considerados sospechosos y se solicitó una autorización judicial para proceder contra ellos.

En estos supuestos la determinación de las personas que han sido objeto de ese tipo análisis se realiza sin que existan indicios concretos sobre las mismas, es decir, sin que tengan la condición de sospechosas y, mucho menos aún, la de imputadas. Así es posible obtener información genética sobre un importante grupo de personas, a veces miles, que de otro modo sería muy difícil conseguir.

ETXEBERRÍA GURIDI considera inadmisibile en España la realización de estos test masivos de ADN por entrar en liza con la tutela de derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico como la libertad ambulatoria, la integridad física, la intimidad personal, la presunción de inocencia, etc.; y en particular, porque no respetan el principio de proporcionalidad que ha de observarse en la práctica de las diligencias que afectan a tales derechos, concretamente en las intervenciones corporales previas y necesarias para realizar esos análisis, ampliándose de forma inaceptable el conjunto de personas que han de soportar una injustificada limitación de aquéllos por causa de una investigación criminal en la que tampoco tienen la condición de imputados.

Según este autor si bien la realización de estos análisis masivos no plantea problemas desde la perspectiva de la idoneidad o adecuación, no ocurre lo mismo con el requisito de necesidad, puesto que a su juicio existe una diligencia menos gravosa que sería limitar el examen de ADN a las personas sobre las que existan efectivas sospechas o indicios de participación en el delito⁴⁷⁵.

condenado por esos hechos. Véase al respecto ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *“La inadmisibilidad de los test masivos de ADN en la investigación de hechos punibles”*, Actualidad Penal 2, nº 28, 12 al 18 de julio de 1999, p. 544 y ss.

⁴⁷⁵ ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *“La inadmisibilidad de los test masivos de ADN en la investigación de hechos punibles”*, Actualidad Penal 2, nº 28, 12 al 18 de julio de 1999, p. 543, 546, 549 y 552 y ss. En el marco del Derecho Comparado, si bien en los países de nuestro entorno no se regula de forma

El problema surgiría, a nuestro entender, cuando en la investigación de los hechos no exista el más mínimo indicio que permita atribuir la condición de sospechoso a una o varias personas determinadas y únicamente por los vestigios encontrados, de los cuales se ha extraído ADN, y otras pesquisas, se sepa que el autor de los hechos fue, por ejemplo, un varón comprendido en una determinada franja de edad. En este caso la realización del test masivo a los sujetos que cumplieren esa condición, además de idóneo, sería también necesario para alcanzar el fin que se persigue, es decir, no existiría en este caso otro medio menos gravoso e igualmente eficaz para obtener el mismo resultado.

Sin embargo, tal solución podría colisionar con el denominado principio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, habrá que ponderar si someter a miles de personas a esa limitación de derechos fundamentales resulta una medida realmente desproporcionada para la finalidad que se persigue o, por el contrario, deviene equilibrada por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas que los perjuicios que se puedan ocasionar a los derechos en conflicto, de tal forma que el sacrificio que se pretende imponer no resulte desmesurado o excesivo en atención a las específicas circunstancias del supuesto de que se trate.

Por tanto, es aquí donde reside el aspecto fundamental que pondría en tela de juicio el cumplimiento del principio de proporcionalidad en la realización de tests masivos. Como es obvio, acordar judicialmente el sometimiento de cientos de personas a una intervención corporal sin la previa existencia de indicio alguno de criminalidad sobre las mismas, ni resquicio racional sobre su participación en los hechos, basándose únicamente en criterios indeterminados, por coincidir con las características de un concreto grupo social, resulta jurídicamente inviable en nuestro ordenamiento por incumplir los principios esenciales que deben regir la práctica de tales intervenciones y que hemos apuntado en epígrafes anteriores.

La duda podría surgir cuando ese numeroso grupo de individuos presta su consentimiento para la práctica del análisis de ADN, no porque se lo haya ordenado un Juez, sino porque las fuerzas del orden piden su “voluntaria colaboración” para el

expresa la utilización de esta técnica de investigación criminal, algunos Estados como Alemania, Gran Bretaña, Holanda o Italia, exigen la concurrencia de, como mínimo, indicios de criminalidad para acordar la realización de análisis de ADN.

esclarecimiento de los hechos investigados, generalmente de extrema gravedad y que provocan una gran alarma social, lo que hace que la mayoría de la población sea favorable a la práctica de la prueba, a fin de descubrir al culpable de unos crímenes tan atroces.

Huelga decir que en esos casos quien se niegue a realizar el test, adquirirá de inmediato no sólo el descrédito de sus convecinos, sino también la condición de sospechoso tanto para éstos como para la policía, puesto que, en buena lógica, si no quiere someterse a la prueba “por algo será” o “algo tendrá que ver con los hechos”, ya que de otro modo no tendría inconveniente en que se analizase su ADN.

De esta forma, personas absolutamente ajenas al acto criminal se ven “coaccionadas”, para evitar esa situación que acabamos de describir, a someterse a una intervención corporal que no ha sido acordada por la autoridad judicial competente ni ha sido “libremente” consentida por el afectado, de ahí que no pueda estimarse válida ni conforme a derecho la práctica de este tipo de diligencias con carácter masivo, ante la ausencia de resolución judicial que la autorice y con la concurrencia de un consentimiento que no podemos considerar emitido de forma totalmente libre y no viciada por la presión social y policial a que nos hemos referido, tal y como se desprende de la STS 211/1996, de 7 de marzo⁴⁷⁶.

En este sentido, ETXBERRÍA GURIDI apunta además que el mandato judicial actúa en este tipo de intervenciones como una auténtica garantía frente a la pretensión de burlar las condiciones que han de rodear la manifestación del consentimiento para que éste sea verdaderamente libre y exento de coacciones. Si se excluye la intervención del Juez se omite el necesario control de constitucionalidad y la especial aplicación del principio de proporcionalidad, de tal manera que podrían llevarse a cabo actuaciones desproporcionadas y contrarias al orden constitucional, por el simple hecho de que no era precisa la orden judicial, al concurrir el consentimiento del afectado⁴⁷⁷.

También se muestra contrario a la realización de los test masivos FERNÁNDEZ GARCÍA que considera igualmente que en estos casos no debe

⁴⁷⁶ STS 211/1996, de 7 de marzo, F. Jco. 4º.

⁴⁷⁷ Ob. cit., p.558.

operar el consentimiento del invitado a someterse a las pruebas, puesto sólo debe serlo el que *a priori* pueda suministrar datos relevantes para la investigación penal y no al revés, es decir, salir al encuentro de las personas potencialmente sospechosas. Por ello considera que en nuestro Derecho no cabe la toma de muestras con este fin al no superar el juicio de proporcionalidad. La protección de los derechos fundamentales sólo cedería ante la existencia de indicaciones fundadas de culpabilidad respecto de una o varias personas, pero nunca de miles de personas, de todos los habitantes de una población, etc ⁴⁷⁸

Por otra parte, la eficacia de los tests masivos para el descubrimiento de los culpables tampoco está demostrada y el Caso Pitchfork es un buen ejemplo de ello, ya que el autor de los hechos, en los casos en que resulta de aplicación la técnica de los análisis masivos, siempre va a buscar argucias para evitar el sometimiento a la prueba que delataría su culpabilidad.

IV. LOS SUPUESTOS DE NEGATIVA FRENTE A LA PRÁCTICA DE UNA INTERVENCIÓN CORPORAL: POSIBLES VÍAS DE SOLUCIÓN

Llegados a este punto, debemos analizar qué ocurre en los casos en los que un Juez acuerda una diligencia de intervención corporal, pero el destinatario de la misma se niega a que le sea practicada⁴⁷⁹. Sin duda, es éste uno de los aspectos más polémicos del tema que nos ocupa y sobre el que existe una gran controversia doctrinal. Si con carácter general está admitida la práctica de estas diligencias, siempre y cuando se ajusten a la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad⁴⁸⁰, la discrepancia resulta evidente cuando ésta no se practica

⁴⁷⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, E., “*La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuentes: aspectos procesales*” en Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad, Cátedra Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Granada, 2002, p. 217.

⁴⁷⁹ Recordemos que el sujeto pasivo de estas diligencias puede ser diferente según los casos: el imputado, la víctima, el demandado en un proceso de filiación, etc.

⁴⁸⁰ La STC 207/1996, de 16 de diciembre, recoge los requisitos que conforman la doctrina sobre la proporcionalidad, que pueden resumirse 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; a los que hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de

desde la voluntariedad del sujeto pasivo y las posibles soluciones son muy diversas y van desde la utilización de la fuerza física hasta el respeto absoluto a la voluntad del interesado, pasando por remedios de carácter híbrido que radicarían en castigar esta actitud como delito de desobediencia, o bien, considerarlo como una auténtica confesión o como un indicio más dentro del proceso.

En nada ha ayudado la posición del legislador en este punto, que no sólo no ha despejado la incógnita, sino que ha guardado sepulcral silencio hasta el momento, al tiempo que la jurisprudencia ha seguido líneas fluctuantes al respecto.

IV.1. El uso de la fuerza física en la ejecución de las intervenciones corporales

Si bien en algunos países de nuestro entorno se admite abiertamente el recurso a la coacción física⁴⁸¹, en España, a tenor del silencio legislativo y de los

que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante, siempre con respeto a la dignidad de la persona.

⁴⁸¹ Los ordenamientos de algunos países como Alemania (§ 81a StPO), Holanda (art. 195 d del Código de Enjuiciamiento Penal) o Reino Unido (section 55 y 63 de la PACE), permiten el uso de la fuerza bajo determinadas condiciones.

Así, el § 81 a) de la Ley Procesal Alemana (StPO), de 7 de enero de 1975, establece que: (1) Podrá ordenarse la investigación corporal del inculpado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculpado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud. (2) La ordenación corresponderá al Juez, también a la Fiscalía y a sus ayudantes cuando existiera peligro por el retraso que pudiese perjudicar el éxito de la investigación. (3) Las extracciones de sangre y otras células corporales obtenidas del inculpado únicamente podrán tener aplicación en el proceso en que se solicitaron o en otra causa pendiente en su contra; deberán destruirse inmediatamente dejen de ser necesarias.

El apartado c) de este § 81, dispone, igualmente, en relación con terceras personas distintas del inculpado que «si se encuentra en su cuerpo una huella determinada o la consecuencia de un hecho punible» podrá acordarse, también, la intervención corporal en los mismos términos señalados anteriormente, sin el consentimiento de estas personas, incluso practicar extracciones de sangre, cuando no exista desventaja alguna para su salud y la medida fuera imprescindible para el descubrimiento de la verdad, debiendo ser practicada por personal médico.

En el Derecho británico se distingue entre muestras íntimas y no íntimas, las primeras no pueden obtenerse mediante el uso de la fuerza; sin embargo, en este caso la section 62 de la PACE permite deducir consecuencias adversas de la negativa injustificada a la práctica de la diligencia, es decir, constituye un indicio que puede ser valorado para corroborar cualquier evidencia en contra del sospechoso. Tienen la consideración de registro íntimo el consistente en el examen físico de los orificios corporales de una persona a excepción de la boca, lo que excluye la saliva del concepto de muestra íntima, así como el pelo con la raíz, salvo el vello púbico.

diversos pronunciamientos jurisprudenciales, podemos afirmar inicialmente que el uso de la fuerza no está permitido en la práctica de las intervenciones corporales acordadas en el marco del proceso penal, aunque en otros ámbitos, como veremos, cabría matizar esta afirmación.

Así, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/1989 admite que la medida de exploración ginecológica por el médico forense tiene cobertura legal, pero afirma que su ejecución no puede realizarse mediante la *vis física*: “*ejecución a la que en otro caso podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de esta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución*”.⁴⁸²

Algunos autores estiman que esta resolución limita el uso de la *vis compulsiva* únicamente al caso concreto del examen ginecológico, lo que no supondría una prohibición de carácter general⁴⁸³, pues en caso contrario se privaría de eficacia en la práctica a las intervenciones corporales y se muestran partidarios del empleo de la fuerza física en determinados supuestos y condiciones; así, ASENSIO MELLADO⁴⁸⁴ considera que los derechos reconocidos en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna implican el derecho a no colaborar en la investigación de hechos propios, por lo que no se puede exigir al imputado la realización de una conducta positiva; sin embargo,

El Código Procesal Penal Portugués, aprobado por Ley de 17 de febrero de 1987, en semejanza a la legislación alemana, permite en el art. 171 el examen de personas para inspeccionar los vestigios que hubiera podido dejar el delito y todos los indicios relativos al modo y lugar en que se cometió; el art. 172 añade que si alguien pretende eximirse o impedir cualquier examen debido, podrá ser compelido por decisión de la autoridad judicial competente.

Por su parte, la legislación holandesa permite realizar el test de ADN, sin consentimiento del sujeto pasivo, si el Juez lo autoriza, cuando se trate de delitos graves castigados con pena de ocho o más años de privación de libertad; incluso se admite en casos especiales, de agresión sexual o hechos que causen un grave daño a la salud, castigados con al menos seis años de prisión. Al respecto, puede consultarse, IGLESIAS CANLE I.C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, Cóllex, 2003, p. 115-116 y 124 y ss.

⁴⁸² STC 37/89, de 15 de febrero, fundamento jurídico 8º, in fine.

⁴⁸³ Vid., al respecto, ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p.152; MATALLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.120.

⁴⁸⁴ Ob. cit. p. 151.

tampoco existe obstáculo alguno que impida imponerle el deber de soportar pasivamente cualquier tipo de intervenciones corporales (con los límites derivados del principio de proporcionalidad)⁴⁸⁵, siempre y cuando su comportamiento fuera únicamente negativo, es decir, que no requiriese colaboración activa de ninguna clase.

En el mismo sentido, GIL HERNÁNDEZ⁴⁸⁶ opina que, excluyendo la *vis física* en todo caso, la coactividad en la ejecución de estas medidas dependerá de su naturaleza y de la actividad que requiera por parte del sujeto pasivo, distinguiendo los casos en los que éste deba colaborar activamente en su práctica (en los que no podrá ser requerido coactivamente a ello, pues su conducta omisiva entraría dentro del derecho a no declarar contra sí mismo previsto en el art. 24 de la Constitución), de aquéllos en los que su comportamiento sea simplemente negativo y consista en un dejarse hacer. Este autor considera que si no se impusiera al inculpado la obligación de soportar negativamente diligencias en su persona, la investigación de los delitos resultaría imposible y tampoco podrían practicarse diligencias como la toma de huellas dactilares, las fotografías de la reseña policial o la realización de una rueda de reconocimiento.

Desde una perspectiva opuesta, GÓNZÁLEZ-CUÉLLAR⁴⁸⁷ estima admisible y necesaria la utilización de la coacción directa para la aplicación de las medidas de intervención corporal, pues aunque el sujeto tiene derecho a no colaborar activamente en su ejecución, sí estaría obligado a soportar las intervenciones pasivamente, por lo que si se resistiese, los órganos de persecución podrían legítimamente proceder a la detención del individuo y a la aplicación de la fuerza para llevar a efecto la medida, impuesta como obligación procesal, siempre que la forma de ejecución de la injerencia no resultase desproporcionada, atendidas las circunstancias del caso.

⁴⁸⁵ Véase como resumen de esos requisitos la STC 207/1996, de 16 de diciembre, ya citada.

⁴⁸⁶ GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Cóllex, Madrid, 1995, p.65.

⁴⁸⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Cóllex, Madrid, 1990, p. 294 y ss.

No obstante, en los supuestos en los que sea absolutamente necesaria la colaboración activa del imputado, a causa de la propia naturaleza de la intervención, si aquél se negase a contribuir a su éxito, el Estado carecería de medios para ejecutarla.

La postura de ASENCIO MELLADO es compartida por otros autores habida cuenta de que la *vis compulsiva* está permitida para restringir ciertos derechos fundamentales como la libertad; además el Tribunal Constitucional en la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, estimó que se debía imponer coactivamente al demandado la práctica de la prueba biológica, incluso recurriendo a la fuerza física, invocando la superioridad del interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad.

Algunos como, por ejemplo, SOMOZA CASTRO consideran que el esclarecimiento de un homicidio, no es una razón inferior a los motivos alegados en esa resolución, máxime si se tiene en cuenta que en el proceso civil sobre paternidad puede formarse la convicción sobre la base de una amplia constelación indiciaria, mientras que en el ámbito penal las posibilidades de aportar indicios “vehementes” son muy inferiores, resultando imprescindible en ocasiones la determinación del ADN, para lo que será necesaria la obtención de alguna muestra de sangre o de pelo, acudiendo al empleo de la fuerza física ante la resistencia del imputado⁴⁸⁸.

No podemos compartir la apreciación general realizada por este autor sobre la cuantía de las pruebas, puesto que habrán de ser analizadas y valoradas caso por caso, independientemente de que estemos en el proceso civil o en el penal; así, no resultaría extraño que la prueba biológica fuese única y concluyente en una demanda de paternidad, precisamente por el carácter íntimo y muchas veces secreto que las relaciones de pareja tenían décadas atrás, lo que las hacía desconocidas para el entorno más próximo de las partes, provocando también la ausencia de testigos sobre su existencia. Por el contrario, en el proceso penal, la condena puede basarse, por ejemplo, en la existencia de testigos presenciales de los hechos enjuiciados, entonces la prueba de ADN no tendría ese carácter de

⁴⁸⁸ SOMOZA CASTRO, O., *La muerte violenta. Inspección ocular y cuerpo del delito*. La Ley, Madrid, 2004, p. 461.

“única e imprescindible para la determinación del autor”, sin perjuicio de que, junto con las demás pruebas practicadas, reforzase todavía más la convicción del Tribunal sobre la autoría del acusado.

Es cierto, sin embargo, que existen importantes afirmaciones del Alto Tribunal en la STC 7/1994 de las que parece desprenderse incluso la obligación del órgano judicial de practicar por la fuerza la prueba de paternidad, en aquellos casos en los que la negativa del demandado resulte absolutamente injustificada. Se establece así, en primer lugar, como ya declaró la STC 227/1991⁴⁸⁹, que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad.

En segundo lugar, se exige a los Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica, en este caso, son idóneas y casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión; puesto que 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 tanto, resulta imperativa su utilización: *“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 negativa- 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. 1.214 C.C.), que en un contexto como el presente devienen formalistas, provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el mencionado art. 24 C.E”*. Por ello, desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el art. 39.1 C.E., desconociéndose el mandato constitucional de llevar a cabo la investigación de la paternidad, se 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.

⁴⁸⁹ STC 227/1991, de 28 de noviembre, F. Jco. 5º.

A la vista de estos argumentos, al menos en el marco de las demandas de paternidad, parece que no debe cuestionarse la obligatoriedad de la prueba biológica; sin embargo el Tribunal Constitucional no establece expresamente que en caso de negativa haya de realizarse por la fuerza, sino que se limita a anular el fallo emitido por el Tribunal Supremo, declarando la firmeza de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid que había declarado la paternidad del demandado.

En sintonía con esta resolución que acabamos de examinar, VARELA AGRELO⁴⁹⁰ propugna la posibilidad del empleo de la fuerza para vencer la resistencia de quien, injustificadamente, se niegue a la práctica de una prueba biológica de paternidad o intervenciones corporales de carácter leve, como la extracción de cabello, para realizar análisis de ADN, puesto que ni puede procederse a intromisiones desproporcionadas e injustificadas en el ámbito corporal, ni debe admitirse la impunidad en todo caso⁴⁹¹.

La conducta del que, sin justa causa, se niega a soportar un análisis de sangre para establecer o excluir su paternidad, supone, según este autor, un “abuso de derecho” y un “ejercicio antisocial” del mismo. En el ámbito penal, considera igualmente que el afectado ha de soportar pasivamente la intervención acordada mediante resolución judicial motivada, respetuosa con el principio de proporcionalidad y siempre que no se trate de una injerencia degradante o contraria a la dignidad de la persona, ni suponga riesgo para su salud.

MATALLÍN EVANGELIO⁴⁹² considera que en el caso de diligencias de investigación llevadas a cabo en el ámbito del proceso penal, el Tribunal Constitucional, aunque elude pronunciarse de una forma tajante, deja abierta la posibilidad de su ejecución coactiva, cuando se cumplan las exigencias que las justifican, esto es, siempre que la intromisión se mantenga dentro de la legalidad y proporcionalidad que garantiza su constitucionalidad (en tal sentido la STC 37/1989), se limita a establecer la imposible ejecución coactiva de la diligencia de

⁴⁹⁰ VARELA AGRELO, J.A., “El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales”, Boletín del Ministerio de Justicia nº 1772, p. 25.

⁴⁹¹ Ob. cit., p. 8.

⁴⁹² MATALLÍN EVANGELIO, A., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.119 y ss.

reconocimiento ginecológico y la STC 207/1996 omite pronunciarse sobre el recurso a la *vis física*.

Por ello, esta autora entiende que cuando se trate de intervenciones corporales acordadas por resolución judicial motivada, amparadas en precepto adecuado y proporcionadas, no existe impedimento constitucional para proceder a su ejecución coactiva, respetuosa con la dignidad del sujeto y realizada de la forma menos lesiva, solución que, a su juicio, no va en contra de nuestra Constitución, al ser posible la limitación de los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física y moral por un interés prevalente, que en este caso sería el interés público en la persecución de los delitos.

Igualmente se reconoce la posibilidad de ejecución coactiva de las intervenciones corporales en el ámbito penitenciario en diversas resoluciones del Tribunal Constitucional como la sentencia 120/1990, de 27 de junio, que establece la necesidad de la asistencia médica obligatoria (por vía intravenosa) al constituir un medio imprescindible y necesario para evitar la pérdida de la vida de los internos, que el Estado tiene la obligación legal de proteger.⁴⁹³

Sin embargo, y a pesar de todos los argumentos que acabamos de exponer, la doctrina mayoritaria en nuestro país⁴⁹⁴, sobre todo antes de la reforma introducida por la LO 15/2003, es contraria a la ejecución por la fuerza de las intervenciones corporales, al considerar su uso degradante y contrario a las prohibiciones del art 15 de nuestra Constitución, tal y como señala la STC 37/1989, ya comentada, además de no estar previsto de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Este mismo Tribunal ya había establecido en su Sentencia 107/1985⁴⁹⁵, con relación a las pruebas de alcoholemia, que *“nadie pueda ser coercitivamente compelido, con vis física, a la verificación de este tipo de análisis”*.

⁴⁹³ En el mismo sentido véase la STC 137/1990, de 19 de julio.

⁴⁹⁴ A título de ejemplo, MONER MUÑOZ, E., *“Las intervenciones corporales” en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p.180; ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *“La intervención médica en las diligencias procesales de investigación” en Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, CGPJ, Madrid, 2000, p.156; HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999.

⁴⁹⁵ STC 107/1985, de 7 de octubre. Ponente D. Francisco Rubio Llorente.

En la sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, el máximo intérprete de la Constitución tampoco se pronuncia de forma clara sobre esta cuestión al establecer en su fundamento jurídico 6º que en la determinación acerca de si una medida restrictiva de los derechos fundamentales es o no constitucionalmente proporcionada se deben tener en cuenta todas las circunstancias particulares que concurren en el caso, así como la forma en que se ha de llevar a la práctica la medida limitativa de que se trate, todo ello, como es obvio, con el fin de no ocasionar al sujeto pasivo de la misma más limitaciones en sus derechos fundamentales que las estrictamente imprescindibles en el caso concreto.

Por su parte, la Sala II del Tribunal Supremo en la sentencia 107/2003, de 4 de febrero⁴⁹⁶, establece: *“Según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (SSTC 29 de Noviembre de 1984 y 19 de Febrero de 1992) no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado”*.

Para MORENO VERDEJO⁴⁹⁷ no parece que pudiera reputarse inconstitucional una previsión legal que introdujese la ejecutoriedad forzosa de determinados análisis, sin embargo considera que la reforma operada por la LO 15/2003 no ha resuelto expresamente esta cuestión y el art. 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede entenderse como una expresa previsión legal que autoriza el empleo de la fuerza para ejecutar la prueba contra el consentimiento del sospechoso. A su juicio, la citada reforma tuvo por objeto únicamente salir al paso, de forma urgente, de la posible falta de cobertura legal de las intervenciones corporales, dejando sin solución problemas derivados de estas pruebas como el que analizamos.

En el ámbito civil de investigación de la paternidad, la doctrina existente en la materia viene recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de

⁴⁹⁶ Resulta de interés revisar esta Sentencia, donde actúa como ponente D. José Antonio Martín Pallín.

⁴⁹⁷ MORENO VERDEJO, J., *“ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004, p. 1835-1836.

1991⁴⁹⁸, según la cual, la posibilidad de poder practicar las pruebas biológicas depende del sometimiento que la persona afectada efectúe, pues el superior principio de la libertad individual impide emplear cualquier tipo de fuerza o coacción para obtener las muestras sanguíneas.

Resulta obvio que el juzgador podrá deducir de esta negativa las consecuencias legales que procedan, pero jurídicamente resulta imposible obligar de modo coactivo a una persona a someterse a tales operaciones. El derecho a investigar la paternidad reconocido en el art. 39.2 de la Constitución no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue, sin causa justificada, a someterse a las pruebas hematológicas, incurre en *ficta confessio*, sino más bien que tal resistencia no pasa de ser un indicio, todo lo valioso que proceda según los casos, que ha de ser apreciado por la Sala sentenciadora, conjugándolo con los otros elementos probatorios obrantes en autos.

Según ETXEBERRÍA GURIDI, la STC 7/1994, ya comentada, que parecía justificar la imposición *manu militari* de las diligencias de investigación de la paternidad, no despeja las dudas acerca de la posibilidad de proceder coactivamente y tampoco ha alterado sustancialmente la doctrina del Tribunal Supremo, que con posterioridad a la misma sigue valorando la negativa como un indicio más⁴⁹⁹. Diversos argumentos refuerzan, según este autor, la doctrina jurisprudencial contraria al recurso a la coacción física directa: en primera instancia, la heterogeneidad de las diligencias encuadrables en la categoría de intervenciones corporales dificulta una solución uniforme para todas ellas, y en segundo lugar, la práctica de las intervenciones corporales exige el respeto a unos límites infranqueables como son la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes, aquellos que pongan en peligro la vida o la salud del afectado y los que menoscaben la dignidad de la persona, ya que el juicio de proporcionalidad que realiza el órgano judicial sobre una concreta diligencia con anterioridad a su ordenación, se limita a su consideración abstracta y no a las concretas circunstancias de su ejecución.

⁴⁹⁸ STS 355/1991, de 14 de mayo. Ponente D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

⁴⁹⁹ Ob. cit. “*La intervención médica...*”, p.155 y ss.

Por otra parte, el artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que 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 esta no se haya obtenido por otros medios. Según MORENO VERDEJO este precepto excluye implícitamente el uso de la fuerza en el procedimiento civil, y como la LEC es supletoria de los restantes órdenes procesales (art. 4 LEC), mientras no se establezca ninguna previsión expresa en la LECrim, no parece que haya de ser otro el principio general⁵⁰⁰.

Por último, debemos recordar que la STS 685/2010, de 7 de julio, citada con anterioridad en otros epígrafes, establece en su fundamento jurídico 2º que 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 afectados⁵⁰¹.

IV.2 Alternativas al uso de la *vis* física

Si partimos de la base de que hoy por hoy la coacción física ni está expresamente prevista en nuestra legislación, ni es admitida de una forma clara y contundente por la jurisprudencia, debemos buscar soluciones alternativas para los casos en los que el destinatario de la diligencia de intervención corporal se niegue de forma rotunda a su ejecución, es decir, no sólo no colabore en la práctica de la medida, sino que oponga resistencia física a que se le practique.

⁵⁰⁰ Ob. cit. “*ADN y proceso penal...*”, p.1836.

⁵⁰¹ El citado precepto de la LOPJ establece que corresponde a las unidades de Policía Judicial la realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o Fiscal.

Dos son las respuestas doctrinales a esta cuestión: reputar la negativa injustificada como un delito de desobediencia y castigarla con la pena prevista para el mismo en el Código Penal⁵⁰², o bien considerar esa conducta como un indicio más que deberá ser valorado en conjunto con el resto de las pruebas que existan en el procedimiento. Si bien ambas vías están previstas en la STC 37/89, ya comentada, ninguna de ellas está exenta de dificultades que deben ser consideradas.

La primera de las soluciones supone configurar el sometimiento a las diligencias de intervención corporal como una obligación procesal que en caso de incumplirse sería sancionada como un delito de desobediencia. Esta posibilidad está prevista expresamente en el art. 383 del Código Penal con relación a la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y ha sido declarada constitucional por STC 161/1997, de 2 de octubre.⁵⁰³

La obligación que el art. 118 de la Constitución impone a todos los ciudadanos, de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso, no exige al individuo una colaboración activa en la práctica de aquellas medidas que puedan incriminarle⁵⁰⁴. Si el imputado se limita a adoptar una actitud pasiva, declarando que no desea someterse a las intervenciones corporales o evitando prestar colaboración en su ejecución, no parece aplicable la sanción como delito de desobediencia, pues en estos casos se limita a ejercitar su derecho a no contribuir a su propia incriminación (arts. 17.3 y 24.2 CE).

Por eso algunos autores son partidarios de la coacción directa si el afectado no contribuye activamente a su realización, considerando que en los supuestos en los que esa colaboración activa fuese, por la naturaleza de la medida,

⁵⁰² El art. 556 CP castiga el delito de desobediencia grave a la autoridad con la pena de prisión de seis meses a un año.

⁵⁰³ La Sentencia se refiere al anterior art. 380 CP que castigaba la negativa como un delito de desobediencia grave del art. 556 CP y estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica el CP de 1995 en materia de seguridad vial y se recoge esa previsión en el art. 383, en el que además de la pena de prisión de seis meses a un año se establece la privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. Es decir, se sanciona la negativa a realizar las pruebas de alcoholemia con una pena superior a la establecida para el propio delito en el art. 379 CP (que en un principio no preveía la pena de prisión, sino la de arresto de fin de semana o multa, además de la privación del permiso de conducir).

⁵⁰⁴ En este sentido, véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., ob.cit. *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*

absolutamente necesaria, si el imputado se niega a ello, el Estado carecería de medios para ejecutarla.

La Profesora VIDAL FUEYO considera que si las medidas de intervención corporal supusieran una injerencia en los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable serían inadmisibles porque en relación con estos derechos fundamentales no existe gradación posible, no caben límites parciales sino su suspensión total⁵⁰⁵.

Por ello debe conectarse este tema con la doctrina jurisprudencial sobre la prueba de alcoholemia, que ha sido calificada por el Tribunal Constitucional como una pericia de resultado incierto que no equivale a una declaración contra sí mismo: *«el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a 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 de la Constitución»*⁵⁰⁶

Por otra parte, la pena prevista para el delito de desobediencia, y en esto coincide la generalidad de la doctrina, es muy inferior a la establecida para los delitos con relación a los cuales se suelen acordar las intervenciones corporales (homicidio, delitos sexuales, etc.), por lo que puede resultar rentable al imputado rechazar la medida, aún a riesgo de ser declarado culpable del delito de desobediencia, cuando prevea que probablemente será condenado a una pena más grave si la injerencia se ejecuta.

IGLESIAS CANLE⁵⁰⁷ distingue entre carga y obligación procesal, la primera implicaría únicamente consecuencias y la segunda llevaría aparejada una sanción;

⁵⁰⁵ VIDAL FUEYO, M^a.C., *El Juez ordinario como instancia de garantía ante los vacíos legales en materia de límites a los derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2010, p.101.

⁵⁰⁶ STC 161/1997, de 2 de octubre, fundamento jurídico 4º, que recoge lo ya establecido en las SSTC 103/85, FJ 3º, y 76/1990, FJ 1º, entre otras.

⁵⁰⁷ IGLESIAS CANLE, I.C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, Cóllex, 2003, p.102-125.

así, si el legislador al regular las intervenciones corporales opta por configurarlas como una carga procesal, la negativa del sujeto pasivo supondrá un perjuicio o una serie de consecuencias desfavorables para su posición procesal; si las considera como obligaciones procesales, permitiría sancionar penalmente la negativa o incluso optar por su cumplimiento coactivo. Esta autora es partidaria de establecer un modelo que permita el recurso a la fuerza física sólo en situaciones residuales, tras agotar otros recursos y que se respete la proporcionalidad de tal modo que sólo sea posible la coerción con relación a determinados bienes jurídicos dotados de especial protección y en supuestos especialmente graves. En los demás casos, la negativa injustificada debe considerarse como un indicio de la comisión de los hechos, insuficiente por sí misma para destruir la presunción de inocencia.

Defensora de la primera opción es también HUERTAS MARTÍN⁵⁰⁸ al señalar que la negativa injustificada del imputado implicaría una desventaja procesal, consistente en que dicha conducta puede ser valorada como indicio de culpabilidad por el órgano judicial sentenciador, siendo éste el medio que parece más adecuado para la consecución de dos objetivos: obtener la máxima protección de los derechos del imputado, impidiendo que se vea convertido en un mero objeto, y facilitar la consecución de los fines del proceso penal, esto es, el castigo del culpable y la absolución del inocente.

La posibilidad de considerar la negativa a realizar la diligencia de intervención corporal como un indicio que debe ser valorado junto con las demás pruebas existentes en el proceso ha sido reconocida también por la STS 107/2003, ya mencionada, al establecer que *“tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁰⁹ y alguna referencia indirecta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1989 mantienen que, 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 inculpatorio o totalmente exculpatorio, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí*

⁵⁰⁸ Es interesante la lectura de HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p.410.

⁵⁰⁹ Puede revisarse, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de Febrero de 1996, Caso Murray.

sólo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador.”

Frente a esta posición doctrinal, HERRERO-TEJEDOR⁵¹⁰ señala que el juego de la prueba indiciaria en el proceso penal resulta mucho más espinoso que en el proceso civil y la eficacia del indicio puede devenir ilusoria en ciertas ocasiones; así, cuando la prueba definitiva deriva del contraste del ADN encontrado en la víctima y el del sospechoso, sólo el análisis de las muestras indubitadas de este último servirán de elemento probatorio concluyente.

En el mismo sentido, la Profesora VIDAL FUEYO⁵¹¹ apunta que esta opción no soluciona radicalmente el problema puesto que en todo proceso penal hay importantes intereses públicos y privados en juego como para que la negativa injustificada del imputado a colaborar, cuando esta colaboración resulta imprescindible y determinante para la resolución del caso, sea calificada de mero indicio. Esto facilita la impunidad en aquellos casos en los que las demás pruebas e indicios no son suficientemente consistentes y deja sin efecto el auto judicial donde se acuerda la ejecución de la medida de intervención corporal⁵¹².

Igualmente señala que en el ámbito civil la negativa a someterse a la prueba de paternidad no constituye por sí misma un reconocimiento de los hechos, sino un importante indicio, de manera que la no ejecución de una prueba cuyo resultado es concluyente, obliga al Juez a una serie de deducciones de las que no tiene por qué desprenderse necesariamente la verdad. Para esta autora en el caso de no considerar procedente el uso de la fuerza el legislador sólo tiene tres opciones:

1. Respetar la voluntad del imputado y considerarla la negativa como un indicio que hay que valorar conjuntamente con otras pruebas.

⁵¹⁰ HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *“Intervenciones corporales: Jurisprudencia Constitucional”*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004, p.1918.

⁵¹¹ Ob. cit. p.106 y ss.

⁵¹² Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La intimidación corporal devaluada”, Poder Judicial, nº 14, p.128. Estos autores al comentar la STC 3/89 señalan que la afirmación constitucional según la cual en ningún caso la mujer podría ser reconocida mediante el empleo de la fuerza física, conlleva que la resolución judicial en que así se acordara carecería de ejecutabilidad, haciendo surgir una especie de *“auto rogativo”*, caracterizado por rogar a una persona que permita ser reconocida anal o vaginalmente.

2. Considerar la negativa como una *ficta confessio*, como una tácita declaración de culpabilidad y dictar sentencia condenatoria; ello supone una coacción jurídica y que además se estaría condenando sin apoyo en pruebas concluyentes.
3. Sancionar la negativa con una pena superior a la que correspondería en caso de que el resultado obtenido de la prueba pericial fuese en contra de los intereses del imputado⁵¹³, lo que además de una coacción jurídica supondría un ataque al principio de proporcionalidad de las penas.

Por su parte la STS 151/2010, de 22 de febrero, parece apuntar una nueva vía interpretativa en la materia al considerar que la negativa del acusado a someterse a las pruebas de ADN no es un indicio más a sumar a los verdaderos indicios, pero puede ser valorada por el órgano jurisdiccional como un elemento que avala la lógica de la inferencia sobre la que se apoya la conclusión de que el acusado es autor de los delitos que se le imputan. Así señala que, reiterando la doctrina expuesta en la Sentencia 1736/2000, de 15 de noviembre, la participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones verosímiles por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad, ellos mismos, y por sí mismos, de conducción por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho-consecuencia⁵¹⁴.

Para concluir, debemos tener en cuenta que el uso de la fuerza en la práctica de las intervenciones corporales además de no estar previsto en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco ha sido admitido de forma expresa por la jurisprudencia, pues aunque parece deducirse de algunas de las resoluciones analizadas, lo cierto es que la mayoría de las sentencias, tanto del Tribunal Constitucional como del Supremo, que han tratado esta materia condenan de forma clara la utilización de la *vis coactiva*.

En cualquier caso, es necesario que el legislador zanje la cuestión regulando de forma expresa la ejecución de estas medidas, práctica en la que, a mi juicio, sería

⁵¹³ Como ocurre con el art. 383 CP, que castiga la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.

⁵¹⁴ STS 151/2010, de 22 de febrero, F. Jco. 3º.

plenamente admisible el uso de la fuerza física, con absoluto sometimiento al principio de proporcionalidad, siempre que se trate de intervenciones de carácter leve (como un análisis de sangre o la extracción de cabello, saliva, etc.), en las que no sea imprescindible la colaboración activa del sujeto pasivo, puesto que este tipo de intervenciones no suponen un trato inhumano ni degradante, ni afectan a la salud del interesado.

Tratándose, por tanto, de una afectación mínima de los derechos fundamentales a la integridad corporal y a la intimidad (perfectamente admisible si revisamos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que hemos visto y totalmente encuadrable en la doctrina reseñada en la STC 2/1982, de 29 de enero, según la cual no existen derechos fundamentales ilimitados, sino que todo derecho tiene sus límites que pueden venir establecidos en la propia Constitución o por otra norma y se justifican por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos) entendemos que dentro de éstos últimos se encuadra el derecho a la obtención de pruebas para el esclarecimiento de los hechos, la defensa de los intereses jurídicos de las víctimas y la realización del *ius puniendi* del Estado.

Por último, no debemos olvidar que el uso de la fuerza es el medio empleado en otros supuestos en los que también resultan afectados derechos fundamentales, por ejemplo cuando un condenado se niega a ingresar en prisión, cuando el titular de un domicilio se opone a su registro, cuando hay que disolver una manifestación ilegal, etc.

V. LA ILICITUD DE LA PRUEBA Y SU EXCLUSIÓN DEL PROCESO

No podemos cerrar esta parte de nuestro estudio sin hacer referencia a la validez que debe otorgarse a las pruebas obtenidas de forma irregular o ilícita, en especial los casos en los que se haya producido una vulneración de derechos fundamentales, como bien puede ocurrir en el ámbito de las intervenciones corporales, si no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales ya vistos, tal y como hemos puesto de manifiesto de forma reiterada a lo largo de estas páginas.

Uno de los objetivos del proceso penal es obtener la verdad material de los hechos que se investigan, pero aquélla no debe ser conseguida a toda costa, es decir, no todo vale para poder castigar al culpable de esos actos, puesto que las pruebas que lo incriminen también habrán de ser obtenidas de modo lícito, respetando en todo caso los derechos fundamentales que, como a cualquier ciudadano, le otorgan la Constitución y las leyes.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 1990, señala como tradicionalmente la doctrina concedía relevancia a los resultados de pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego, se estimaba que tenía que prevalecer el carácter público, que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual.

Cuando estos derechos de la persona se incorporan a la vida política de los Estados de manera que, rebasando su carácter meramente subjetivo o individual, se constituyen en elementos esenciales del ordenamiento jurídico y se conciben como pieza clave para la organización de una convivencia humana, justa y pacífica, la perspectiva cambia y ante el carácter de fundamental que se concede a tales derechos, cuya protección adquiere, incluso, rango internacional, por los convenios suscritos por España, se impone la necesidad de estimar radicalmente nula la prueba así obtenida y por tanto, sin eficacia ninguna en el proceso⁵¹⁵.

Por tanto, tal y como continúa exponiendo la citada resolución, en el mismo fundamento jurídico, cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso, y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de constituir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma

⁵¹⁵ STS 1113/1990, de 29 de marzo, F. Jco. 2º.

violada, en consideración a su auténtico y real fundamento, así como a su verdadera esencia y naturaleza⁵¹⁶.

El Tribunal Supremo señala al inicio de su argumentación jurídica que ese cambio de criterio se produce fundamentalmente tras la sentencia del Tribunal Constitucional nº 114/1984, de 29 de noviembre y la promulgación en 1985 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo art. 11.1 dice que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

A través de este artículo se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, también denominada de la “prueba refleja” o derivada de otra ilícitamente obtenida, procedente de la jurisprudencia norteamericana, y en virtud de la cual el efecto invalidante de la ilicitud probatoria se extiende, no sólo a la prueba obtenida de forma directa de un modo ilícito, sino también a la obtenida lícitamente pero que deriva o se apoya en otra conseguida de forma irregular; esta sería la única forma de asegurar que la ilicitud inicial no produzca ningún efecto en el proceso, porque la prueba conseguida ilegalmente contamina a las que derivan de ella y les transmite su efecto invalidante.

El motivo de excluir la prueba ilícitamente conseguida radica en disuadir a los agentes de la policía para que no utilicen medios contrarios a la Constitución en sus actuaciones, puesto que si lo hacen, la prueba así obtenida no surtirá efecto ni tampoco la que provenga de ella. Esta construcción doctrinal, que tiene su origen en la sentencia *Silversthone Lumber Co vs. US* de 1920, fue posteriormente objeto de diversas matizaciones por la propia jurisprudencia norteamericana, que excluye su aplicación, por ejemplo, si los agentes actúan de buena fe porque se creen amparados por un mandamiento judicial correcto, ya que el efecto disuasorio no va dirigido contra los jueces, quedando fuera de las reglas de exclusión (*exclusionary rules*) la actuación judicial salvo que fuese dolosa, en lo que se denomina el principio de integridad judicial.

⁵¹⁶ Según expone ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 84, la categoría de prueba ilícita se reserva en la mayoría de los ordenamientos jurídicos para referirse a la vulneración de derechos fundamentales y no de cualquier otro tipo de derecho; los diferentes grados de ineficacia, directa e indirecta, se articulan en atención a la relevancia de los requisitos cuyo quebranto se alegue, que podrán suponer la nulidad o una mera irregularidad.

Otra excepción a esta regla jurisprudencial viene determinada por el llamado “descubrimiento inevitable”, en virtud del cual se admite la validez de la prueba, aunque derive de una ilícitamente obtenida, porque habría sido descubierta en cualquier caso por un método legal, lo que debe demostrarse a través de la prueba correspondiente.

Establece el Alto Tribunal, en la referida Sentencia 114/1984, que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico, es decir, que no existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita. Tampoco existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de las propuestas por las partes que hayan sido obtenidas antijurídicamente. El Juez podrá no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero esa inadmisión no vendría establecida por expresa determinación legal, sino por la consideración subjetiva del juzgador, por impertinencia o inutilidad de la prueba, en base a su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención⁵¹⁷.

El fundamento jurídico quinto de la misma resolución añade que la recepción procesal de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias al proceso y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes (art. 14 CE), que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de “medios de prueba pertinentes” que aparece en el art. 24.2 de la Constitución pasa de este modo a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido.

Desde otra perspectiva, la STC 107/1985, relativa a la validez constitucional de los test de alcoholemia, continúa esta línea jurisprudencial al considerar que en el proceso no pueden hacerse valer, ni ser admitidas pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales, puesto que la recepción jurisdiccional de

⁵¹⁷ STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, F. Jcos. 2º y 3º.

instrumentos obtenidos de esta forma implicaría la ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE)⁵¹⁸.

Como señala GONZÁLEZ-CUÉLLAR la principal ventaja de la prueba prohibida es su efecto disuasorio y además el que explica su difusión en los países democráticos⁵¹⁹; con ello se pretende evitar que los órganos de persecución penal sacrifiquen en su actuación “proporcionalidad” por “eficacia”, al privarse

⁵¹⁸ El TEDH, en las Sentencias de 12 de julio de 1988 (Caso Schenk vs. Suiza) y 16 de diciembre de 1992 (Caso Edwards), ha recogido una serie de criterios relativos a las garantías del proceso y al principio de igualdad de las partes, poniendo de manifiesto que la exclusión de las pruebas ilegales es consecuencia de la garantía a un proceso equitativo. Se vulnera esta garantía si se impide la contradicción, de ahí que el acusado tenga derecho a combatir todas las pruebas presentadas por la acusación, no siendo admisibles los procedimientos de investigación basados en la violencia, la astucia o el engaño.

En el Caso Schenk, los tribunales suizos dictaron una sentencia condenatoria valorando como prueba unas conversaciones telefónicas grabadas de forma ilícita; el TEDH consideró que, aunque el art. 6 del CEDH garantiza el derecho a un proceso equitativo, esta norma no regula cuestiones relativas a la admisibilidad de las pruebas, que depende del derecho interno de cada Estado. Señala además el Tribunal que no se puede excluir “*in abstracto*” la admisibilidad de una prueba ilícita y que tan sólo le incumbe determinar si el proceso puede considerarse equitativo en su conjunto.

En contraposición a esta interpretación, cuatro magistrados del TEDH emitieron un voto particular al considerar que un proceso en el que se valora una prueba ilícita no puede ser considerado equitativo y como en ese caso la grabación fue tomada en cuenta por los tribunales suizos para corroborar los resultados de otros medios probatorios, entienden que se infringió el art. 6.1 del Convenio.

⁵¹⁹ La STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, en su fundamento jurídico 3º hace referencia a la solución adoptada por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno en los siguientes términos: *“No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el Derecho comparado. Por lo general, los países de «common law» hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como «nula» toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado -por lo que se refiere a las pruebas específicamente «inconstitucionales»- en la Sentencia núm. 34, de 1973, de la Corte Constitucional, y en la Ley núm. 98/1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que «... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada».*

En este caso, por lo demás, la Corte italiana no se limitó a esta advertencia, sino que enunció un principio de carácter general del mayor interés, según el cual «las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquél a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas». Esta doctrina fue sustancialmente recogida en 1974 por el legislador, adicionándose un nuevo art. 226 al Código de Procedimiento Penal por el que se estableció la ineffectividad procesal de las interceptaciones realizadas al margen de los casos permitidos por la Ley.”

precisamente de eficacia a las pruebas obtenidas desproporcionadamente. Así, cabría considerar como “prohibiciones relativas a la prueba” las normas que regulan la admisibilidad de las medidas de investigación o la práctica de pruebas, exigiendo el respeto por ciertas condiciones y requisitos establecidos por la ley⁵²⁰.

Según este autor, es preciso determinar cuando la inobservancia de estos requisitos, en la obtención y práctica de las pruebas, nos lleva a la prohibición de su valoración, existiendo al respecto tres posibles soluciones sustentadas por otros tantos sectores doctrinales:

1. Circunscribir exclusivamente la prueba prohibida a los casos en que resulten vulnerados derechos fundamentales, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en concreto de la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre.
2. Considerar indiferente el rango del derecho vulnerado y entender que toda infracción de las normas procesales en esta materia implica el desconocimiento de los arts. 24.2 y 14 CE, en cuanto reconocen los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes y, por tanto, en todos estos casos la valoración de la prueba estaría constitucionalmente prohibida. Así, sería ilegítimo reconocer efectos probatorios a pruebas obtenidas con infracción de derechos que el ordenamiento concede a los particulares, pues si la Constitución otorga rango fundamental al derecho a un proceso con todas las garantías, éste no lo sería si se permitiese a las partes acusadoras la introducción de pruebas que se obtuvieran ilícitamente.
4. Una postura intermedia según la cual, en principio, la vulneración de un derecho fundamental impide la valoración de la prueba resultante, mientras que en otros supuestos debe ponderarse la trascendencia de la infracción procesal, atendiendo a los intereses en conflicto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

⁵²⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Cóllex, Madrid, 1990, p. 331 y 337.

Esta última posición es la mantenida por GONZÁLEZ-CUÉLLAR, que considera la segunda opción como una desmesurada ampliación de la prueba prohibida, puesto que sería excesivo concluir que de toda infracción de normas procesales se desprende una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías⁵²¹.

ARMENTA DEU, al analizar las diferentes posturas doctrinales que pueden adoptarse en este ámbito, señala que sólo cuando los intereses individuales alcancen una intensidad constitucional suficiente, su fuerza podrá imponerse al interés en la persecución penal que salvaguarda bienes esenciales de la comunidad y a los derechos a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes. Sólo así se podrá apreciar un “proceso debido”, inexistente si se permitiera incorporar pruebas obtenidas ilícitamente. Esta autora también pone de manifiesto que la defensa radical de esta posición conduce a proteger los intereses individuales aún a costa de nulidades difíciles o imposibles de asumir.⁵²²

Por tanto, habrá que prescindir de aquellos elementos de prueba que se hayan conseguido conculcando los derechos fundamentales, así como los obtenidos de cualquier otro modo ilícito. Todos ellos deberán descartarse para fundamentar el fallo de la resolución que deba dictarse en el proceso. Esta es, a grandes rasgos, la denominada por la doctrina “regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales” sobre la que, siguiendo a GALVEZ MUÑOZ⁵²³, realizaremos a continuación ciertas matizaciones.

En primer lugar debemos señalar que esta regla opera cuando la vulneración afecte a la regulación constitucional del derecho fundamental, pero no cuando se infrinja una de sus normas de desarrollo. Así se desprende del ATC 349/1988, de 16 de marzo, en el que se analiza un caso de entrada y registro en un domicilio sin la presencia del secretario judicial, donde el Alto Tribunal establece que no toda

⁵²¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Cóllex, Madrid, 1990, p. 337 y ss.

⁵²² ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 89 y ss.

⁵²³ GALVEZ MUÑOZ, L., *“La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”*, Aranzadi, Navarra, 2003. p. 65 y ss.

infracción de una norma procesal constituye una lesión de algún derecho fundamental y añade que *“la falta de presencia del Secretario en las diligencias de entrada y registro, práctica habitual y corriente, pudiera entenderse en contradicción con la exigencia explícita del art. 569 de la LECrim. La resolución que se impugna considera que la delegación judicial en un Agente de la Policía, prevista en el art. 563 de la propia Ley, exime de dicha presencia, pero también, estimando que se trata de un acto procesal del sumario y no de una mera diligencia policial, es posible sostener que no puede prescindirse de dicha asistencia, sancionándose su incumplimiento con la nulidad de la diligencia. Sin embargo, parece fuera de toda duda que cualquiera que sea su trascendencia para la eficacia procesal del acto (art. 238 y ss., 279 y ss. de la LOPJ), en ningún caso quedaría afectado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, porque no forma parte de su contenido la presencia del fedatario judicial, ni es ésta una de las garantías constitucionalizadas por el art. 24 de la Norma fundamental, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios”*⁵²⁴.

En su segundo fundamento jurídico, el auto citado dice que la declaración de nulidad pedida pudiera conectarse con el tema de la prueba ilícitamente obtenida, aunque sólo en el caso de que lo hubiera sido violentando algún derecho fundamental, estaría justificado el reconocimiento de dicha ineficacia radical; excluida esta posibilidad, el rechazo por otra clase de ilicitud no tiene respaldo en ningún precepto de la Constitución.

A la luz de esta argumentación, la nulidad de la diligencia no vendría determinada por la violación del derecho fundamental, pues en este caso se dictó el correspondiente auto de entrada y registro, sino porque se incumplió un requisito procesal: la presencia del Secretario judicial en esa diligencia. De esto se desprende, como señala GÁLVEZ MUÑOZ, que lo que se protege con la regla de exclusión es el contenido constitucional de determinados derechos subjetivos considerados como fundamentales, pero no su desarrollo normativo a través de

⁵²⁴ ATC 349/1988, de 16 de marzo, F. Jco. 1º. Esta resolución alude al art. 563 LECrim que permite encomendar la diligencia de entrada y registro a miembros de la policía judicial. Sin embargo, también hace referencia, y de ahí la posible nulidad de actuaciones (arts. 238 y ss. LOPJ), al art. 569 de la misma norma procesal, mucho más específico, en el que expresamente se señala que el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado o del Secretario del servicio de guardia que lo sustituya, quien levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias, que será firmada por todos los asistentes.

disposiciones infraconstitucionales⁵²⁵. Así la falta de los requisitos esenciales del procedimiento o cualquier otro vicio o defecto del mismo que ocasione indefensión, podrá hacerse valer por la parte afectada según lo dispuesto en los arts. 238 y siguientes de la LOPJ que regulan la nulidad de los actos judiciales.

Esta doctrina es seguida por el Alto Tribunal en otras resoluciones posteriores como la STC 133/1995, de 25 de septiembre, en cuyo fundamento jurídico 4º establece que el incumplimiento de la norma procesal donde se impone el requisito de la presencia del Secretario judicial en la diligencia de entrada y registro domiciliario no trasciende al plano de la constitucionalidad y sus efectos se producen en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba. Continúa diciendo que no se trata, en este caso, de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y, por ello, rechazables de plano sino de una prueba irregular, cuya validez ha de ser enjuiciada en su sede propia, la judicial.

Por otra parte, cuando lo que se produce es la violación de un derecho fundamental se invalida toda la intervención realizada en el ámbito de dicho derecho, como si nunca se hubiese producido, no pudiendo convalidarse ni ser utilizado nada de lo descubierto por ese medio. Por el contrario, cuando se infringe una norma infraconstitucional únicamente se invalida la diligencia en la que se exterioriza la infracción, por lo que los hechos pueden ser probados a través de otros medios de prueba. Así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 1993 según la cual la jurisprudencia se ha decantado por la distinción entre los supuestos en que, por faltar el elemento imprescindible de la autorización judicial para invadir el domicilio de una persona, la entrada y registro del mismo viola el derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 CE, de aquellos otros en que, existiendo tal elemento legitimador, se produce en la realización del acto constitucionalmente lícito, el incumplimiento de alguna de las normas procesales que lo regulan y son premisas para su validez y eficacia probatoria.

Las consecuencias de una y otra clase de infracción son distintas, dada la diferente naturaleza de las normas infringidas: cuando lo violado es una norma constitucional, el acto es ilícito y esa ilicitud se transmite a todo el proceso

⁵²⁵ GÁLVEZ MUÑOZ, L., *“La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 83.

determinando la inexistencia jurídica de todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven. Por el contrario, si la infracción es sólo de las normas de legalidad ordinaria que regulan la ejecución procesal del acto, este deviene irregular o procesalmente inválido, perdiendo la eficacia que pudiera haber tenido en el proceso, pero ello no afecta ni a los restantes actos del mismo ni a la posibilidad de probar por otros medios los extremos que, en principio, el acto inválido hubiera acreditado por sí mismo”⁵²⁶.

El Tribunal Supremo sigue profundizando en esta cuestión en la Sentencia de 29 de abril de 1995 en la que establece que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se verá directamente afectado cuando el registro se haya practicado fuera de los supuestos del art. 18.2 de la Constitución española, pero si la diligencia se desarrolla con la infracción de otros requisitos procedimentales, por muy trascendentes que sean, se propiciarán otros efectos distintos a la vulneración del derecho indicado. En el primer caso el acto es ilícito e ilícita es también la prueba obtenida por haberse vulnerado de plano aquel derecho, lo que a la vez se comunica a los subsiguientes actos procesales que del nulo traigan causa, de tal manera que esa prueba ilícita no puede convalidarse por diligencias posteriores. En el segundo caso, cuando el acto es irregular únicamente se origina la ineficacia del acto en sí, sin obstaculizar futuras posibilidades de acreditar los mismos hechos por otros medios⁵²⁷.

Según se desprende de esta resolución, la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales además de ilícita en sí misma y por lo tanto absolutamente ineficaz como medio probatorio de cargo, extiende este efecto y contamina a las demás pruebas que deriven de ella provocando igualmente su nulidad absoluta. Por el contrario, si lo que se transgrede es la legalidad ordinaria, es decir, una norma procesal, solamente se produciría la ineficacia del acto viciado, pero no hay efecto contaminante al tratarse únicamente de una nulidad relativa o anulabilidad⁵²⁸.

⁵²⁶ STS de 2 de noviembre de 1993, F. Jco. 1º.

⁵²⁷ STS 1295/1995, de 29 de abril, F. Jco. 6º.

⁵²⁸ En la nulidad absoluta o de pleno derecho la ineficacia va ligada a la antijuridicidad y consiste en la ausencia de presupuestos o en el incumplimiento de requisitos jurídicos de especial relevancia. En

Similar distinción es realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 121/1998, de 15 de junio, relativa a un caso de intervenciones telefónicas en la que se analiza el control judicial que debe realizarse para incorporar las grabaciones al sumario, según la cual no pueden confundirse los defectos producidos en la ejecución de una medida limitativa de derechos y aquellos otros que acaezcan al documentar e incorporar a las actuaciones el resultado de dicha medida, ni pretender que unos y otros produzcan las mismas consecuencias jurídicas.

No existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del control judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado -entrega y selección de cintas, custodia de originales o transcripción de su contenido- pues en tales casos la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones llevada a cabo por los funcionarios policiales en los que se delegó su práctica se ha mantenido dentro de los límites de la autorización⁵²⁹.

Además, para que pueda ser aplicada la regla de exclusión a esa actividad probatoria, que se realizó con vulneración de un derecho fundamental, es preciso que se produzca una relación de causalidad entre ambos; es decir, que la prueba haya sido obtenida como consecuencia de la violación de ese derecho. Esta conexión causal está admitida con carácter general tanto por la doctrina⁵³⁰ como por la jurisprudencia y así el Tribunal Constitucional en la Sentencia 49/1999, de 5 de abril, establece que la lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas tiene un efecto añadido, que es la prohibición, derivada

este caso y una vez declarada la nulidad, la ineficacia no sólo se produce a partir del acto nulo, sino que también se eliminan los efectos que se hayan producido hasta la declaración de nulidad (*ex tunc*). De esta forma, la ilicitud provocadora de la nulidad absoluta puede viciar un único acto o todas las actuaciones a partir de un acto determinado.

Por el contrario, la nulidad relativa o anulabilidad implica la ineficacia relacionada con una antijuridicidad de menor relevancia o no esencial y su declaración produce efectos *ex nunc*, sólo puede hacerse a instancia de parte y está sometida a plazos preclusivos. En estos casos los actos procesales irregulares se realizan con infracción de algún requisito de escasa entidad, pudiendo dar lugar, en su caso, a responsabilidad disciplinaria o a la sanción correspondiente, pudiendo ser objeto de subsanación y manteniéndose la eficacia del acto. Véase al respecto ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 87 y ss.

⁵²⁹ STC 121/1998, de 15 de junio, F. Jco. 5º.

⁵³⁰ Véase al respecto GÁLVEZ MUÑOZ, L., *“La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 96.

de la Constitución, de admitir como prueba en el juicio oral y de dar eficacia probatoria al contenido de las conversaciones intervenidas, las cuales no debían acceder a él, ni a través de sus transcripciones, ni mediante la audición de los soportes magnéticos donde se grabaron las escuchas, ni mediante la declaración testifical de los agentes que participaron en su práctica. Es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos⁵³¹.

No obstante, el Alto Tribunal matiza su doctrina sobre la prueba ilícita en la Sentencia de 27 de junio de 2001, al resolver un recurso de amparo en el que el recurrente alega la lesión del derecho a la presunción de inocencia, por haber sido condenado por la Audiencia Provincial con base en pruebas que han de considerarse contaminadas por derivar de un registro domiciliario realizado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Afirma el Tribunal Constitucional que el derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado si no es en virtud de pruebas obtenidas con todas las garantías, que puedan considerarse constitucionalmente legítimas, acreditativas de forma sólida y razonable de los hechos y de la intervención del acusado en los mismos. Ello es consecuencia de que la valoración de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo constituye, en primer término, una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, pues la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de tales derechos implica la ignorancia de las garantías propias del proceso y de la idea de “proceso justo” y, en consecuencia, debe considerarse prohibida por la Constitución⁵³².

Sin embargo, como señala el fundamento jurídico sexto de esta resolución, ello no significa que la valoración de toda prueba conectada directa o indirectamente con las pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental material esté prohibida constitucionalmente, por suponer lesión del derecho al proceso con todas las garantías o porque la condena con base en ellas pueda implicar la lesión del

⁵³¹ Sentencia 49/1999, de 5 de abril, F. Jco.12º.

⁵³² STC 149/2001, de 27 de junio, F. Jco. 6º.

derecho a la presunción de inocencia, ya que es lícita la valoración de 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.⁵³³ Por consiguiente, la prohibición de valoración de pruebas derivadas de las obtenidas inicial y directamente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos sólo se produce si la ilegitimidad de las pruebas originales se transmite a las derivadas en virtud de la denominada “conexión de antijuridicidad”, ya que las pruebas derivadas son desde su consideración intrínseca constitucionalmente legítimas, pues no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental.⁵³⁴

A pesar de ello, lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no ha de tenerse por inexistente en la realidad y puede ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba, en particular, la declaración del acusado, en la medida en que ni es en sí misma contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria o al derecho al proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, sino que es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria.⁵³⁵

La STS 1151/2002, de 19 de junio, resume las características esenciales de esta doctrina de la conexión de antijuridicidad en tres puntos básicos:

- a. Es necesaria una fuente de prueba obtenida mediante la violación de un derecho fundamental y no afectada simplemente de una irregularidad de carácter procesal, por grave que sea.

- b. La nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una “conexión causal” entre ambos, ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

⁵³³ En este sentido las SSTC 86/1995, de 6 de junio, F. Jco. 4º; 54/1996, de 26 de marzo, F. Jco. 6º y 81/1998, de 2 de abril, F. Jco. 4º, entre otras.

⁵³⁴ Por todas, SSTC 81/1998, de 2 de abril y 49/1999, de 5 de abril.

⁵³⁵ SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, F. Jco. 4º y 8/2000, de 17 de enero, F. Jco. 3º.

c. No basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, debe existir además entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella la denominada "conexión de antijuridicidad"⁵³⁶.

Resoluciones posteriores del Tribunal Supremo alertan sobre los riesgos que puede originar la aplicación de esta doctrina al vaciar de contenido el art. 11. 1 LOPJ y la propia regla de exclusión. Así, la STS 1203/2002, de 18 de julio, tras analizar la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y su efecto reflejo, estableciendo que la denominada doctrina de la contaminación o prohibición de valoración de los frutos del árbol prohibido, constituye en nuestro ordenamiento derecho positivo ordinario a través de lo expresamente dispuesto en el art. 11.1º de la LOPJ, señala también que este efecto expansivo únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada.

Añade también esta resolución que es necesario poner especial atención en no confundir "prueba diferente" (pero derivada), con "prueba independiente" (sin conexión causal). Las primeras, en la medida en que indirectamente incorporan el conocimiento obtenido a través de una vulneración constitucional, no pueden surtir efecto alguno en el proceso, por expreso mandato legal. En este sentido, es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada "conexión de antijuridicidad" pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se convierta en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal prevista en el art 11 1º de la LOPJ⁵³⁷.

El máximo intérprete de la Constitución considera también que la regla de exclusión sólo se aplica a la vulneración de derechos fundamentales que acaezcan durante la actividad de búsqueda y recogida de las pruebas, pero no a las que se produzcan durante el proceso propiamente dicho, pues éstas quedan bajo la esfera

⁵³⁶ STS 1151/2002, de 19 de junio, F. Jco. 1º. Vid. igualmente la STS 1111/2002, de 6 de junio.

⁵³⁷ STS 1203/2002, de 18 de julio, F. Jco. 3º.

de la interdicción de la indefensión prevista en el art. 24 CE, tal y como pone de manifiesto la STC 64/1986, de 21 de mayo. Esta interpretación de nuestro Alto Tribunal ha sido criticada por la doctrina mayoritaria, quien considera que lo relevante es que haya habido una violación de un derecho fundamental y no el momento en que se haya producido, por lo que no hay motivo para limitar el ámbito de aplicación de la regla de exclusión⁵³⁸.

Ésta se aplica igualmente tanto si la vulneración del derecho fundamental es cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, como si es realizada por un particular; así se desprende de la propia STC 114/1984, relativa a la prueba adquirida por un particular que graba su conversación con otro. El Tribunal Constitucional no otorgó el amparo solicitado al considerar que la grabación de la propia conversación no violaba el derecho al secreto de las comunicaciones del interlocutor, siendo además irrelevante que el infractor fuese un particular para que resulte de aplicación la regla de exclusión, tal y como se desprende de lo dispuesto en el fundamento jurídico cuarto de dicha resolución, al establecer que esta garantía deriva de la nulidad radical de todo acto público o privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución.

La posición de la jurisprudencia española difiere de la de otros países en los que se considera ineficaz la prueba obtenida por un funcionario violando los derechos fundamentales, pero no la obtenida por un particular del mismo modo que sí puede ser utilizada, sin perjuicio de la responsabilidad jurídica en que hubiese incurrido el infractor. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos fundamenta esta diferencia de criterio en que la Constitución sólo limita la acción de los poderes públicos y que los derechos fundamentales sólo tienen eficacia directa frente a los poderes públicos y no frente a los particulares.

Otros países de nuestro entorno han legislado de forma específica la posición del sujeto privado sin conexión con la actividad investigadora. Así, en Italia se han regulado las investigaciones de la defensa mediante normas que establecen prohibiciones probatorias directas, sancionando ilicitudes cometidas por el defensor

⁵³⁸ Véase al respecto GÁLVEZ MUÑOZ, L., *“La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 100 y la doctrina por él citada.

o investigadores privados a sus órdenes; de este modo la violación de las normas que regulan las limitaciones de derechos fundamentales convierte los medios en *inutilizables*, pudiendo incurrir en responsabilidad administrativa⁵³⁹.

En Francia los actos de sujetos privados para la obtención de fuentes de prueba están limitados por la sumisión general de las prohibiciones probatorias relativas al uso de la tortura, los medios que suprimen la libre voluntad, etc., que con la falta de contradicción pueden provocar que una prueba no sea valorada por el Juez. Así ha sucedido en algunos casos en los que la incitación al delito provenía de sujetos privados, por ejemplo miembros de asociaciones antirracistas que simulaban conductas racistas en las entradas de las discotecas⁵⁴⁰.

En España las diligencias de investigación por medio de agente encubierto aparecen reguladas en la LO 5/1999, de 13 de enero⁵⁴¹, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la delincuencia organizada según lo previsto en el art. 282 bis LECrim. Según este precepto el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

⁵³⁹ Art. 391 bis.6 CPP.

⁵⁴⁰ Son los denominados casos de *testing* que consisten en la provocación por parte de sujetos particulares que, por tanto, no tienen la condición de policías. Vid. más ampliamente ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 70 y 71.

⁵⁴¹ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole aplicable la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

El párrafo 3 del art. 282 bis LECrim prevé que cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. Asimismo el párrafo 5 prevé que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo rechaza el denominado “delito provocado”, entre otras⁵⁴², en la STS 881/1996, de 14 de noviembre, cuyo fundamento jurídico 3º considera como tal el que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que deseando la detención de sospechosos incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito originando así el nacimiento de una voluntad criminal en un supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido. Tal forma de proceder lesiona los principios más esenciales del Estado democrático, desconociendo además el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El delito provocado ha de ser rechazado porque no existiendo culpabilidad ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador.

⁵⁴² En el mismo sentido la STS de 13 de febrero de 1996.

En cambio, es distinta la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos o iniciados, como los relativos a la salud pública, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas.

En el primer caso no existe libre decisión de delinquir por parte del sujeto activo. En el segundo, por el contrario, la decisión criminal es libre y nace espontáneamente aunque lo haga con la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también de cometerlas de una u otra forma.

Por último, debemos señalar que resulta también aplicable la exclusión de la prueba tanto si ésta se ha obtenido en España como si lo ha sido en el extranjero; así se desprende del Auto del Tribunal Constitucional 899/1985, de 13 de diciembre, en el que se inadmite a trámite un recurso de amparo relativo a una solicitud de extradición a los Estados Unidos, o de la STC 43/1986, de 15 de abril, en la que se desestima el recurso de amparo interpuesto contra el auto del Tribunal Supremo que otorgaba el “*exequatur*” a una sentencia dictada por un Juzgado de Distrito del Estado de Michigan (EE.UU).

En esta resolución el Tribunal Constitucional pone de manifiesto que *“aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros”*⁵⁴³.

Estas resoluciones son una muestra de la jurisprudencia constitucional según la cual en el contenido de los derechos fundamentales existe un núcleo irrenunciable, inherente a la dignidad de la persona, que, por tanto, tiene proyección universal y que debido a ello debe ser protegido por las autoridades españolas no

⁵⁴³ STC 43/1986, de 15 de abril, F. Jco. 4º.

sólo “*ad intra*”, en el territorio nacional, sino también “*ad extra*”, es decir, en el extranjero. Por ello, también debe de aplicarse la regla de exclusión con relación a la prueba obtenida en el extranjero vulnerando los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, ya sea de una forma directa, mediante el enjuiciamiento de los hechos en nuestro país, o indirecta, a través del reconocimiento por los tribunales españoles de una resolución extranjera que se base en dichas pruebas⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ Vid. más ampliamente GÁLVEZ MUÑOZ, L., “*La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*”, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 113 y ss.

CAPÍTULO IV

**DIFERENTES TIPOS DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES
PÚBLICOS SOBRE EL CUERPO HUMANO**

CAPÍTULO IV

DIFERENTES TIPOS DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS SOBRE EL CUERPO HUMANO

I. LA DIVERSA CLASIFICACIÓN DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

Según expusimos anteriormente, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones de nuestro entorno⁵⁴⁵, la ausencia de una específica regulación legal en la materia, nos impide determinar de forma concreta lo que ha de entenderse por intervenciones corporales y, en consecuencia, las clasificaciones sobre las mismas deben extraerse también de los diferentes estudios doctrinales y de las resoluciones jurisprudenciales.

Como señala GÓMEZ AMIGO existen tres ámbitos fundamentales en los que pueden adoptarse medidas de intervención corporal: como diligencias de investigación y de prueba preconstituida en el marco de un proceso penal, como medidas de seguridad en el ámbito penitenciario y como pruebas biológicas en los

⁵⁴⁵ Por ejemplo, en la legislación alemana se distingue entre la “investigación corporal del inculpado” y el “registro corporal”; así, mientras que la primera implica la investigación del cuerpo en sí mismo, a través del segundo se tratan de encontrar objetos escondidos en su superficie o en cavidades (arts. 81 a), 102 y 103 de la StPO). Por su parte, el Derecho italiano distingue entre las diligencias de inspección personal (“*ispezione personale*”) dirigidas a la búsqueda visual de vestigios y otros efectos materiales del delito (art. 244 CPPi) y el registro personal (“*perquisizione personale*”) que tiene por objeto la búsqueda “manual” del cuerpo del delito o de las cosas relativas al mismo, lo que incluiría no sólo el registro personal, sino también el de los objetos o medios de transporte (art. 247 CPPi). Véase al respecto ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las intervenciones corporales, su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p.50 y ss.

La Jurisprudencia de los Estados Unidos distingue entre los cacheos y los registros personales; para los primeros no se precisa autorización judicial, al tener un carácter preventivo y basarse en las mismas causas que justifican la detención. En ellos la actividad policial consiste en pasar las manos por la parte exterior de la ropa del sospechoso, para comprobar si porta armas y puede resultar peligroso para los agentes o para terceras personas. Sin embargo, el registro tiene una finalidad investigadora, debiendo basarse en los mismos fundamentos que una investigación corporal, puesto que afecta al ámbito de la intimidad personal y sólo puede realizarse cuando exista una sospecha fundada o razonable que recaiga sobre el imputado. Así, la causa probable es un requisito imprescindible para la legalidad de la injerencia, en caso contrario la actuación es ilegal y las pruebas obtenidas se excluyen del proceso. Véase LÓPEZ ORTEGA, Juan José: “*La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez*”, en *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, XXII, p. 283 y ss.

procesos civiles de filiación⁵⁴⁶. No obstante, el desarrollo tecnológico ha posibilitado el uso de medios que inciden directamente en la intimidad de las personas o incluso podrían afectar a su propia integridad, en otros ámbitos distintos de los señalados, como son el aduanero (scanners, rayos X), donde son utilizados fundamentalmente para descubrir el tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y para combatir posibles atentados terroristas, o el policial (cacheos, pruebas de alcoholemia, etc.), de carácter fundamentalmente preventivo o con fines de seguridad.

En cualquier caso, estas medidas tiene en común la incidencia sobre dos derechos fundamentales: la intimidad y la integridad física, que sirven de base diferenciadora a la clasificación establecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, a la que ya hemos hecho mención con anterioridad, pero a la que no podemos dejar de referirnos por tratarse de uno de los pilares básicos de la jurisprudencia en esta materia.

Así, dentro de las diligencias que pueden practicarse en el proceso penal, ya sea como actos de investigación o como medios de prueba y que pueden recaer sobre el cuerpo del imputado o de terceros, distingue la citada resolución entre “inspecciones y registros corporales”, por una parte, e “intervenciones corporales”, por otra, según el derecho a la integridad física sea o no el predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización.

La primera clase de actuaciones, 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 las que, en principio, no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, una lesión o menoscabo del cuerpo, pero en las que sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal, si recaen sobre partes íntimas del mismo o inciden en la privacidad de la persona

⁵⁴⁶ GÓMEZ AMIGO, L., *“Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal”*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 95.

Por el contrario, las denominadas por el Tribunal Constitucional 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, TAC, 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 y en las que generalmente se ve afectado el derecho a la integridad física, por cuanto suponen una lesión o menoscabo del cuerpo, aunque sólo sea en su apariencia externa.

También el Alto Tribunal atendiendo al grado de sacrificio que supongan al derecho a la integridad, puntualiza que las intervenciones corporales pueden ser 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 las uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)⁵⁴⁷.

Esta última distinción ha sido objeto de críticas doctrinales que señalan, como una de las garantías imprescindibles en la adopción de las medidas de intervención corporal, precisamente que no supongan un riesgo para la salud del afectado ni le causen sufrimiento, por lo que en tales circunstancias no debería acordarse su ejecución. Por otra parte, en base a esa clasificación podría promoverse una regulación legislativa, que en supuestos leves y por razones de urgencia y necesidad permitiese la realización de esas diligencias a la policía judicial, sin intervención del órgano judicial.

En este sentido GÓMEZ AMIGO considera que no existen medidas de carácter leve, puesto que aunque no haya una grave afectación de la integridad física (por ejemplo, en la extracción de cabello), sí pueden incidir gravemente en la intimidad personal, ya sea en función de la información que puede obtenerse por

⁵⁴⁷ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 2º.

medio de ese análisis o de la vulneración de la intimidad corporal que supone una inspección o un registro corporal. De ahí que en todos los supuestos sea necesaria, según este autor, la autorización judicial para la práctica de la diligencia, a excepción de los cacheos que, por su carácter superficial y su escasa incidencia sobre estos derechos, se atribuyen a las fuerzas y cuerpos de seguridad⁵⁴⁸.

La referida STC 207/1996 también indica, en su fundamento jurídico 4º, que a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (entradas y registros en domicilio o intervención de las comunicaciones), no existe en la Constitución, en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, reserva absoluta alguna de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si sólo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales.

La exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez, que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Como también señalamos anteriormente, el Tribunal Supremo utiliza la expresión "*intervenciones corporales*" para referirse a diligencias muy diferentes como los cacheos, la extracción de sangre o el registro bucal, reiterando que afectan a derechos fundamentales la intimidad o la integridad física. Así, la STS de 26 de junio de 1998, en su fundamento jurídico 2º, distingue entre "*investigación corporal del imputado*" y "*registro corporal*"; la primera consistiría en la investigación del cuerpo mismo (por ejemplo, el estado mental o contenido de alcohol en sangre), mientras que la segunda se refiere a la búsqueda de objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo, boca, ano y vagina.

⁵⁴⁸ GÓMEZ AMIGO, L., "*Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*", Aranzadi, Navarra, 2003, p.97 y 98.

Por tanto, en ausencia de consentimiento del interesado, la autoridad judicial podrá acordar que se practiquen medidas de intervención corporal, aunque resulten afectados los derechos a la intimidad y a la integridad, siempre que se den los requisitos del principio de proporcionalidad exigidos por la doctrina constitucional. Estas diligencias, como sabemos, pueden ser de muy diversa índole, de ahí que su enumeración, además de extensa, corre el riesgo de quedarse obsoleta dado el imparable avance médico-tecnológico de la ciencia en nuestros días, que posibilita la utilización de métodos cada vez más precisos y en continuo proceso de perfeccionamiento. Lo que no varía, cualquiera que sea el ámbito en el que se adopten o la finalidad perseguida con ellas, son las garantías necesarias y el cumplimiento de los requisitos imprescindibles para su ejecución⁵⁴⁹, debiendo distinguir en cada caso, en función de las circunstancias concurrentes y de si existe o no afectación de derechos fundamentales, si se precisa autorización judicial para su realización.

Por ello y en ausencia de una sistemática legal que nos permita una ordenada clasificación de las intervenciones corporales, nos decantamos por el análisis de aquéllas que consideramos, por su aplicación práctica o su carácter específico, revisten una mayor relevancia, con especial atención a las practicadas en el ámbito penitenciario y el aeroportuario, siguiendo para ello el hilo conductor de la esfera penal, ya sean de carácter preprocesal, probatorio o consecuencia de la resolución recaída en el procedimiento.

El análisis de las pruebas sobre investigación de la paternidad, la esterilización de incapaces y la alimentación forzosa a reclusos en huelga de hambre, se realizó en el apartado dedicado a *“El derecho a la integridad física”*⁵⁵⁰, dada la mayor vinculación de las dos primeras, aunque evidentemente no la única, al

⁵⁴⁹ Los requisitos que conforman la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la proporcionalidad pueden resumirse 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; a éstos hay que añadir los derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante, respetando la dignidad de la persona. Véanse SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º y 7/1994, de 17 de enero, F. Jco. 3º.

⁵⁵⁰ Capítulo II del presente trabajo.

marco del proceso civil⁵⁵¹ y de la tercera al ámbito de los tratamientos sanitarios obligatorios⁵⁵².

En última instancia también haremos referencia a otras diligencias de investigación que, sin alcanzar la categoría de intervenciones corporales propiamente dichas, pueden incidir en los derechos fundamentales estudiados y que son utilizadas fundamentalmente para la determinación de los autores de un hecho punible, como son la rueda de reconocimiento, la identificación lofoscópica o por medio de la voz, etc.

I.1. Diligencias practicadas sobre el sospechoso o detenido

Estas actuaciones que normalmente tienen un carácter previo al inicio del proceso penal (aunque también puedan efectuarse cuando la autoridad judicial ordene la detención de una persona) suelen realizarse con fines preventivos y de seguridad (por ejemplo, en los casos de gran aglomeración de personas como ocurre en manifestaciones o espectáculos públicos), para detectar armas o instrumentos peligrosos, o bien para descubrir efectos del delito que el sospechoso pueda portar entre sus ropas (como ocurre con el control del pasaje de un avión). Las más frecuentes son los cacheos y los exámenes radiológicos, aunque en los últimos años han comenzado a utilizarse otras técnicas, mucho más controvertidas, fundamentalmente en el ámbito aeroportuario, como son los escáneres corporales.

⁵⁵¹ Sobre todo en el ámbito de los procesos de filiación y jurisdicción voluntaria, respectivamente.

⁵⁵² En este sentido, debemos aclarar que la alimentación forzosa a presos en huelga de hambre no es una consecuencia directa de la pena impuesta en el proceso penal, es decir, no se trata de ejecutar una pena o una medida de seguridad, sino del único medio posible para salvaguardar a aquellos internos que de forma voluntaria se colocan en una situación en la que hacen peligrar su vida negándose a ingerir alimentos y es precisamente, como señala el Tribunal Constitucional, esa relación de “especial sujeción” que les une a la Administración Penitenciaria, así como la obligación de protección que a ésta le impone la LGP, lo que permite llevar a cabo dicha alimentación forzosa, según estudiamos en su momento.

I.1.1) Los cacheos

GIL HERNÁNDEZ define el cacheo como una intervención corporal consistente en 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 infracción penal, acto realizado por agentes de la autoridad, generalmente con carácter previo a la apertura del proceso penal.⁵⁵³

Si bien consideramos que esta definición describe fundamentalmente las características y finalidad de los cacheos, y en parte resulta refrendada por el concepto recogido en la STS de 7 de julio de 1995⁵⁵⁴, hay dos cuestiones en las que debemos mostrar nuestra discrepancia. La primera de ellas es que los cacheos no sólo pueden practicarse sobre la persona sospechosa de haber cometido un delito, sino también, como ya dijimos, como medida de carácter preventivo⁵⁵⁵, por razones

⁵⁵³ GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Cóllex, Madrid, 1995, p.69.

Por su parte, DÍAZ CABIALE, J.A., *"Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)"*, en Cuadernos de Derecho judicial, Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales, CGPJ, Madrid, 1996, p. 80 y ss., considera que el cuerpo humano no es el único elemento sobre el que recae el cacheo, sino que también puede ser objeto del mismo la indumentaria del sujeto y los efectos personales que lleve consigo, tal como equipaje, paquetes, etc., en los que únicamente podría verse afectado su derecho a la intimidad, pero no el derecho a la integridad física.

Por nuestra parte, consideramos excesiva esta ampliación del concepto de cacheo, ya que los efectos personales del sujeto pasivo podrán ser objeto de registro o inspección por parte de los funcionarios policiales, pero la acción de realizar un tacto corporal sólo puede recaer sobre la persona del sometido a esa diligencia, sin perjuicio de los derechos que en cada caso se puedan ver afectados con ese tipo de actuaciones y cómo deba articularse su protección.

⁵⁵⁴ Esta Sentencia señala en su fundamento jurídico 2º que *"la llamada diligencia de "cacheo", consistente en el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito, no es equivalente a una detención en el sentido del art. 490 y ss. LECr. 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. Por esta razón las exigencias previstas en la ley para una detención no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo"*.

⁵⁵⁵ En tal sentido, la STS de 15 de abril de 1993 recuerda, en su fundamento jurídico 5º, la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, cuya Sentencia 107/1985, de 7 de octubre, en relación a un acto preventivo realizado por la policía respecto de una prueba de alcoholemia, señala que la puesta en práctica de las "normas de Policía" sobre identidad y estado de los conductores no requieren someterse a las exigencias constitucionales del artículo 17.3 de la Constitución Española, sin que la persona afectada por tal medida preventivo-policial pueda, a estos efectos, considerarse como detenida, argumentaciones que, son asumibles en el área de otras limitaciones de derechos.

de seguridad colectiva, en el caso de manifestaciones, eventos deportivos, etc., en los que se reúnen miles de personas, practicándose frecuentemente junto con la identificación del cacheado. Así el art. 18 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, establece que *“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”*⁵⁵⁶.

La verificación de esta prueba, según resolución del mismo Tribunal de fecha 18 de febrero de 1986, recurso de amparo 205/86, supone para el afectado un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, 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 seguridad.

Apartándose de esta línea jurisprudencial, la STS de 11 de marzo de 1994 sostiene, en su fundamento jurídico 1º, que las "sospechas fundadas" que autorizan una actuación judicial, son, efectivamente, el requisito mínimo que legitima cualquier actuación policial contra un ciudadano y sólo serán de apreciar cuando la policía haya contado con una sospecha inicial, es decir, cuando hechos concretos permitan suponer, según la experiencia criminalística, que se ha cometido o está próximo a ser cometido un hecho punible.

⁵⁵⁶ Véanse también los arts. 8, 16, 17.3 19 y 20.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, relacionados todos ellos con la adopción de medidas sobre seguridad ciudadana, investigación de delitos e identificación de personas.

En la actualidad el control de grandes aglomeraciones de personas y su acceso a espectáculos deportivos, conciertos, instalaciones o edificios públicos, se realiza mediante dispositivos de carácter técnico como los arcos de seguridad detectores de metales o los escáneres que permiten visualizar el interior de bolsos, mochilas, etc. Este tipo de actuaciones son practicadas normalmente por empresas de seguridad privada cuya actividad es regulada en la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada y el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada. El art.1 de dicha Ley establece que el personal de seguridad privada tendrá la obligación especial de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, de prestarles su colaboración y de seguir sus instrucciones en relación con las personas, los bienes, establecimientos o vehículos de cuya protección, vigilancia o custodia estuvieren encargados, debiendo atenerse en sus actuaciones a los principios de integridad, dignidad, protección y trato correcto a las personas, evitando abusos, arbitrariedades y violencias y actuando con congruencia y proporcionalidad en la utilización de sus facultades y de los medios disponibles.

Por otra parte, ninguna de estas normas considera al personal de seguridad de estas empresas como agentes de la autoridad, ni tampoco lo hace la jurisprudencia; así la STS de 8 de octubre de 1993, superando la antigua línea seguida en la materia y recogiendo la nueva doctrina de la Sala II, señala que los guardas jurados no son agentes de la Autoridad y, por tanto, no pueden ser sujetos pasivos del delito de atentado. La carencia de tal condición implica para GIL HERNÁNDEZ, ob.cit., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Cóllex, Madrid, 1995, p.70, que puedan llevar a cabo diligencias de intervención corporal.

La segunda y más importante es la consideración del cacheo como una intervención corporal; incluso aquellos autores que abogan por una concepción amplia de estas medidas, opinan que no deben de incluirse en ellas todo tipo de diligencias de investigación que recaigan sobre el cuerpo humano vivo, para averiguar circunstancias relativas a la comisión del delito, excluyendo de las mismas los cacheos, como actuaciones policiales que se refieren exclusivamente a la parte externa del cuerpo humano o a su indumentaria, es decir, un tacto manual superficial que no menoscaba la integridad física y sólo de forma muy leve podría afectar a la intimidad corporal⁵⁵⁷, de ahí que no se precise autorización judicial para su realización, porque no hay una verdadera afectación de derechos fundamentales ni a la intimidad, ni a la libertad personal, ni tampoco a la integridad física, como veremos a continuación⁵⁵⁸.

Así, la STS de 15 de enero de 1993, se refiere en su fundamento jurídico 2º a esta materia, al analizar un caso en el que la policía obliga a un detenido a expulsar diversas bolsitas de droga que escondía en su boca, considerando que se trata de una 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 y tampoco alcanza a un elemento subjetivamente íntimo⁵⁵⁹.

Igualmente, la STS de 15 de abril de 1993, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia⁵⁶⁰ señala que el derecho a la libertad y, como contrapartida, a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida

⁵⁵⁷ IGLESIAS CANLE, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, Cóllex, 2003, p.19 y ss. Véanse también las críticas doctrinales sobre la confusión entre ambas figuras (intervenciones corporales y cacheos) recogidas por esta autora.

⁵⁵⁸ DÍAZ CABIALE, J. A. “Cacheos superficiales, intervenciones corporales ...”, p. 141 y ss., considera que, aún existiendo en estas actuaciones afectación de derechos fundamentales, no se precisa autorización judicial para su práctica, porque se trata de intromisiones leves y se realizan con carácter urgente, lo que no permite su dilación en su ejecución.

⁵⁵⁹ Véase a este respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/89, en su fundamento jurídico 7º, sobre el concepto y afectación del derecho a la intimidad y las SSTS de 27 de junio de 1994; 995/2001, de 1 de junio; 1393/2002, de 24 de julio, 525/2000, de 31 de marzo y 892/2003, de 17 de junio, sobre los requisitos que debe reunir la práctica de los cacheos.

⁵⁶⁰ Vid la providencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1990; recurso de amparo 2252/90, ratificada por las dos de 28 de enero de 1991, recurso de amparo 2260/91 y 2262/91.

por la Ley, así como el derecho de los ciudadanos comunitarios a circular libremente por el territorio nacional, no se ven afectados por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y la consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de la policía, acatamiento 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 seguridad.⁵⁶¹

En el mismo sentido, la STS de 20 de diciembre de 1993 señala que lo único exigible para que sea lícita la suspensión de la libertad de circulación por el breve plazo de la práctica de una diligencia de control o registro callejero es, de un lado, que exista una norma que ampare la actuación de la autoridad o sus agentes y, de otro, que se respeten los principios de proporcionalidad y exclusión de la arbitrariedad, de modo que la actuación que la Ley autoriza de modo general aparezca racionalmente indicada en el caso concreto y se practique sin excederse de lo necesario para su buen fin, esto es, que no se rompa el equilibrio entre el derecho y su limitación.

Las facultades de las Fuerzas del Orden para realizar esa clase de controles y cacheos, con inmovilización transitoria de las personas, aparecen incluidas en las funciones de prevención e investigación de los delitos previstos en los arts. 11.1,f) y g) y 23 de la LO 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por lo que existe una norma con rango de ley orgánica que dispone las relaciones de sujeción de los ciudadanos a tal tipo de controles⁵⁶². Asimismo las SSTS de 7 de julio de 1995 y 24

⁵⁶¹ STS 2449/1993, de 15 de abril, F. Jco. 5º y 6º.

⁵⁶² STS 9015/1993, de 20 de diciembre F. Jco. 1º; véase también la STS de 4 de febrero de 1994 y los artículos 19.2 y 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, relativos al establecimiento de controles, registros e identificación de personas, vehículos o efectos personales cuando sean necesarios en la investigación de delitos o como medidas de prevención y seguridad ciudadana.

de mayo de 1996 amparan la realización de los cacheos en el art. 19.2 LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana⁵⁶³.

Como ya vimos, el Tribunal Constitucional⁵⁶⁴ considera que la ley puede autorizar a la policía judicial para realizar, por razones de urgencia y necesidad, actos que impliquen 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, es decir, debe existir una norma legal habilitante y excluirse en cualquier caso una actuación arbitraria.

No debemos olvidar, como establece la STC 183/1994, en su fundamento jurídico 5º, que según disponen los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución, todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley, por ello, teniendo en cuenta que la práctica de la diligencia de cacheo no se encuentra regulada de una forma específica, salvo para algún supuesto concreto, como los que se realizan en los centros penitenciarios o en el control de Aduanas, la jurisprudencia, como acabamos de ver, considera suficiente la normativa ya señalada sobre las funciones de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

Con posterioridad, ante la insuficiencia de la regulación existente para perfilar los límites de los registros personales o cacheos y determinar cuándo y de qué modo pueden practicarse, la Secretaría de Estado de Seguridad dictó dos instrucciones: la nº 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 incriminatoria y la nº 19/2005, de 13 de septiembre, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La primera establece que el desnudo integral en el cacheo deberá acordarse por el funcionario policial responsable del ingreso en los calabozos del detenido y

⁵⁶³ No debemos olvidar que todas estas actuaciones se enmarcan en las funciones que el art. 282 LECrim atribuye a la Policía Judicial, para averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes y recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial.

⁵⁶⁴ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º.

bajo su responsabilidad. La determinación de la intensidad del cacheo únicamente podrá justificarse para proteger la integridad física del afectado, los funcionarios u otras personas que se encuentren próximas o bien con el objeto de recuperar los efectos, instrumentos o pruebas que razonablemente pudieran aportar datos y servir de base para determinar su culpabilidad.

La medida de registro personal mediante desnudo integral sólo podrá efectuarse en base a las circunstancias de la detención, la naturaleza del hecho presuntamente delictivo, la actitud del detenido u otras circunstancias debidamente valoradas por el responsable policial encargado de autorizar dicha práctica. Deberá realizarse en una sala próxima o inmediata a los calabozos, por los funcionarios que asuman la custodia del detenido, participando, si es posible, los que hayan efectuado la detención y respetando la intervención de agentes masculinos o femeninos, según el sexo del detenido.

La realización del cacheo por funcionarios del mismo sexo, responde, evidentemente, a que el pudor del sometido a la actuación, su recato corporal y, por ende, su intimidad personal, se vean lo menos afectados posible en esas circunstancias⁵⁶⁵. Sin embargo, tratándose de personas homosexuales puede suceder que se produzca una mayor afectación cuando, precisamente, el cacheo con desnudo integral sea realizado por funcionarios de su mismo sexo, por lo que consideramos que, dado el principio de no discriminación contemplado en el art. 14 de la CE⁵⁶⁶, que inspira la legislación de los últimos años en nuestro país, en estos

⁵⁶⁵ Véase con relación a esta materia la STC 37/1989, de 15 de febrero, F. Jco 7º.

⁵⁶⁶ El art. 14 CE establece que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. También el art. 9.2 de nuestra Norma Fundamental establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

Tras su introducción en los primeros textos constitucionales hasta la actualidad, la noción de igualdad ha sufrido un notable proceso de expansión que va desde una concepción formal inicial, propia de la sociedad liberal, hasta la predominante en nuestros días, vinculada a la idea de un Estado social y democrático, que determina la existencia de una noción material y real de igualdad, así como la progresiva configuración autónoma del principio de no discriminación. Esto provoca la ampliación de los destinatarios del principio de igualdad, considerado originariamente como un límite a la actuación de los poderes públicos, que ahora extiende también su eficacia a los particulares.

Así, frente al principio de igualdad formal, que implica el mismo trato jurídico a personas que están en la misma situación, la igualdad material se configura como una reinterpretación del Estado social de derecho, que teniendo en cuenta la posición real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación efectiva de los mismos. Aplicar la igualdad formal, es decir, las mismas consecuencias normativas, a personas que están en una situación diferente y tienen una posición social

desfavorecida, contribuye a mantener la desigualdad real, por ello los poderes públicos deben dictar normas que favorezcan a determinados colectivos que se encuentran en una situación social inferior para conseguir la igualdad real.

Si inicialmente la igualdad se configuraba como el sometimiento al ordenamiento jurídico de todos los ciudadanos, que deben recibir una protección igualitaria de sus derechos, sin existencia de privilegios, posteriormente, y fruto de la evolución histórica señalada, la igualdad se convierte en un límite material que afecta al contenido mismo de la ley, que debe tratar a todos por igual.

Así, en un sentido negativo, la igualdad de trato formal, como mecanismo de equiparación, implica no dar relevancia a rasgos físicos o características de una persona, como la raza o el sexo, que provoquen un tratamiento jurídico diferente y perjudicial; pero en sentido positivo, es un mecanismo necesario para alcanzar la igualdad efectiva ante la ley, que produzca un trato jurídicamente distinto en virtud de esas peculiaridades, debido a la situación de inferioridad en que se encuentran realmente determinados colectivos.

De este modo, la igualdad material permite reconocer la existencia de diferencias intolerables entre diversos colectivos sociales e implica la intervención del Estado para eliminarlas, prohibiendo cualquier distinción arbitraria que incida en la marginación de esos grupos que están en una situación de desigualdad y exigiendo una actuación positiva, o incluso de discriminación favorable, para conseguir la igualdad y la equiparación real de los mismos.

De forma paralela a la configuración de estos conceptos en el derecho europeo, después de la Segunda Guerra Mundial en Estados Unidos surge el denominado “Derecho antidiscriminatorio” como consecuencia de los graves disturbios antirracistas acaecidos en algunas ciudades contra las personas de origen afroamericano y la reivindicación de este colectivo en defensa de sus derechos civiles. Así, aquel derecho se dirige inicialmente a luchar contra las discriminaciones vigentes en la sociedad por razón de la etnia, pero posteriormente se va extendiendo a otras circunstancias como la religión, el origen nacional o el sexo, con relación a éste fundamentalmente en el ámbito laboral. En época mucho más reciente se amplía a otras circunstancias como la edad, la orientación sexual o la discapacidad. Surgen de esta forma las llamadas “medidas de acción positiva”, íntimamente relacionadas con la igualdad de oportunidades, mediante las que se trata de paliar la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo, estableciéndose, por ejemplo, cuotas o reservas de puestos de trabajo para los colectivos más desfavorecidos, por medio de incentivos para las empresas que los contraten.

Por su parte, la discriminación presenta una dimensión social, aunque se concrete también en un impedimento a que disfruten de algunos derechos los colectivos que se encuentran históricamente en desventaja e inferioridad con relación al resto de la sociedad, que precisamente por el carácter continuado de la misma les ocasiona esa situación permanente de marginación mediante la producción de una serie de prejuicios y estereotipos sobre los miembros de ese grupo. De ahí que el principio de no discriminación dependa de la configuración de la sociedad en un momento determinado y por ello, aunque esté constituido por un contenido básico inmutable, evoluciona con el paso del tiempo, pues los grupos marginados no son siempre los mismos, sino que varían en función de las concepciones sociales, culturales e incluso económicas de cada época, pudiendo surgir nuevas causas de discriminación que originen nuevos colectivos marginales, mientras que desaparezcán las reticencias frente a otros grupos tradicionalmente en inferioridad social.

El trato peyorativo y sistemático que caracteriza el comportamiento discriminatorio menoscaba directamente la dignidad de la persona, al incidir en características personales inherentes a la misma que la relegan a una situación de inferioridad o de segunda categoría con relación al resto de los ciudadanos. Esta lesión se produce tanto en el plano individual como en el colectivo, al proyectarse al grupo social al que pertenece el individuo, de ahí que la prohibición de discriminación, además de eliminar la marginación, también tenga como objetivo salvaguardar la dignidad humana.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, RODRÍGUEZ YAGÜE define la discriminación como cualquier diferencia de trato consistente en una distinción, limitación, restricción, preterición o exclusión jurídica que afecta al reconocimiento, goce o ejercicio de una serie de derechos, de una o

casos y a petición del interesado, la medida podría ser realizada por un funcionario del sexo opuesto al detenido o al interno en un centro penitenciario.

más personas, por su pertenencia a un grupo concreto tradicional y sistemáticamente marginado por la sociedad.

La orientación sexual ha sido tradicionalmente un importante motivo de discriminación social, si bien hasta hace pocas décadas los textos jurídicos solían englobarla dentro del ámbito de la discriminación racial. En nuestro país se introduce como causa discriminatoria en el Código Penal de 1995, a través de los arts. 511 y 512 relativos, respectivamente, a la denegación de prestaciones en los servicios públicos y en las actividades profesionales o empresariales por éste y otros motivos discriminatorios.

Dentro de la expresión “orientación sexual” como causa de discriminación deben incluirse la homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad, que tradicionalmente han sufrido el rechazo de algunos sectores sociales, siendo aún en la actualidad víctimas de ataques y conductas violentas por parte de ciertos grupos radicales, así como padeciendo la denegación de derechos o prestaciones de carácter social, de las que sí pueden beneficiarse las personas heterosexuales, como el matrimonio o la adopción de menores, que todavía les resulta vedado en algunos países de nuestro entorno.

En España, la Ley 13/2005, de uno de julio modifica el Código Civil para permitir el matrimonio de personas del mismo sexo, a fin de que, tal y como señala su Exposición de Motivos, se procure el establecimiento de un marco de realización personal que permita a quienes libremente eligen una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad.

El derecho de todo individuo a la identidad sexual forma parte del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10.1 de la Constitución Española y, por tanto, inherente a la dignidad humana, al igual que estrechamente ligado al derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 del texto constitucional; por ello aunque el art. 14 de nuestra Carta Magna no lo mencione expresamente, sí debe entenderse incluido en su último inciso relativo a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Señalar, por último, que para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la normativa de la Unión Europea se dictó la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con el objetivo de combatir todas las manifestaciones, aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla, así como la prevención de conductas discriminatorias y la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, lo que implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad.

Esta Ley presta especial atención a la corrección de la desigualdad en el ámbito de las relaciones laborales y así se establecen determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación, subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración. Se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares. La Ley pretende promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido. También se consignan medidas específicas sobre los procesos de selección y para la provisión de puestos de trabajo en el seno de la Administración General del Estado, extendiéndose asimismo la proyección de la igualdad a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a las Fuerzas Armadas. Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 512 del CP)*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, p. 29 a 34, 52 a 55, 60, 61 y 521 a 528; VV. AA., *Diversidad de género e igualdad de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.70 y ss; GONZÁLEZ MORENO, *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p.53 y ss.

La Instrucción 19/2005, complementaria de la anterior, define el desnudo integral como 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. Señala que sólo podrá utilizarse cuando se aprecie fehacientemente la posibilidad de que guarde entre sus ropas o parte íntimas objetos o instrumentos peligrosos para su vida, su integridad corporal, la de los funcionarios actuantes o de terceras personas, o bien cuando se aprecien indicios suficientes de que oculta algún objeto que constituya un elemento de prueba que sirva para responsabilizarle de la comisión del delito, siempre que no sea posible el uso de otro medio que permita conseguir el mismo resultado y produzca una vulneración de sus derechos fundamentales.

La medida deberá ser acordada por el instructor del atestado policial, quien deberá justificar en la correspondiente diligencia los motivos o circunstancias que la aconsejan; en su defecto será acordada por el funcionario responsable del ingreso y de la custodia del detenido en los calabozos, llevándose a efecto de forma individual según lo previsto en la anterior instrucción.

No podrán ser sometidas a un desnudo integral las personas que sean trasladadas a dependencias policiales con el único objeto de proceder a su identificación, ya que estos ciudadanos, aunque estén privados temporalmente de la libertad deambulatoria, no se consideran detenidos y sólo podrán ser sometidos a un control superficial sobre los objetos que portan, lo que permite únicamente el cacheo sobre sus ropas o su vestimenta externa⁵⁶⁷.

Si bien compartimos con carácter general el protocolo de actuación previsto en esta normativa, con las salvedades ya señaladas en relación al sexo de los funcionarios actuantes, consideramos que la definición de desnudo integral expuesta excede con mucho del ámbito propio de los cacheos, en lo que se refiere a *“la introducción directa de manos u otros objetos”*, si ello supone la penetración en las cavidades naturales del cuerpo humano, a excepción de la boca, que no debe considerarse a estos efectos como parte íntima de una persona, según lo dispuesto en la STS de 15 de enero de 1993 ya mencionada con anterioridad.

⁵⁶⁷ Véanse al respecto los arts. 19 y 20 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Como hemos visto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, consideran el cacheo como un tacto manual superficial de la parte externa del cuerpo, para el que no se exige autorización judicial, por no afectar a la integridad física y si acaso muy levemente a la intimidad personal; por ello, cualquier otro acto que exceda de la palpación superficial del cuerpo y suponga una introducción en el mismo, no debe considerarse una diligencia de cacheo sino una inspección o registro corporal si, como señala la STC 207/1996, de 16 de diciembre, se trata del reconocimiento del cuerpo humano con la finalidad de descubrir el objeto del delito, en el que podría verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal, si recae sobre partes íntimas del cuerpo. Además, podría resultar menoscabada la integridad corporal si esa intromisión produce cualquier tipo de lesión en la persona (erosiones, desgarros), lo que exigiría que fuese realizada por personal sanitario con la suficiente cualificación y en ningún caso por funcionarios policiales carentes de la adecuada pericia, debiendo recabarse autorización judicial cuando el detenido no preste su consentimiento para la práctica de la misma.

Por otra parte, parece desprenderse de la redacción de las instrucciones estudiadas que el cacheo con desnudo integral podrá ser realizado para descubrir objetos que permitan responsabilizarle de la comisión del delito que se le imputa, entonces, ¿podrá practicarse cuando se sospeche que esconde elementos probatorios de un delito cometido por otra persona? Entiendo que la respuesta debe ser afirmativa, puesto que los agentes deben recoger las pruebas que se obtengan durante la detención, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que como autor, cómplice o, en su caso, encubridor, corresponda al detenido⁵⁶⁸.

La Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, 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, al tratar los registros personales en la detención define el cacheo como *“la 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*

⁵⁶⁸ Véanse los arts. 27 a 31 y 451 CP, relativos, respectivamente, a las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas y al delito de encubrimiento.

delito o medios de prueba ocultos en la ropa o el cuerpo del sospechoso". El cacheo se considera preceptivo en el caso de detenciones o ante sospechosos potencialmente peligrosos; en otros casos, la práctica del cacheo estará basada en la existencia de indicios racionales que lo aconsejen, sin que en ningún supuesto pueda aplicarse de forma arbitraria.

Cuando los funcionarios policiales realicen cacheos en la vía pública deberán de buscar un lugar idóneo y discreto para proteger la dignidad del afectado. Salvo urgencia, como ya hemos puesto de manifiesto, se llevará a cabo por personal del mismo sexo que la persona cacheada, debiendo realizarse con el máximo respeto a la identidad sexual de la misma, lo que debe tenerse en cuenta especialmente en el caso de transexuales. En el caso de registro con desnudo integral nos remitimos a lo dispuesto en las instrucciones de 7/1996 y 19/2005.

Señalar, por último, que si el resultado del cacheo realizado a una persona es positivo y en él se encuentran instrumentos delictivos, elementos o indicios sobre actos de esta naturaleza, se incorporará al atestado policial que se confeccione que, como tal, tiene únicamente un valor de denuncia, alcanzando la categoría de prueba cuando mediante la correspondiente declaración del funcionario que lo realizó sea ratificado su contenido en el acto del juicio oral⁵⁶⁹.

Como resumen de lo anteriormente expuesto destacamos la STS de 31 de marzo de 2000⁵⁷⁰ que, en su fundamento jurídico segundo, recoge la doctrina jurisprudencial en la materia y señala los requisitos que deben cumplirse en la práctica de estas actuaciones:

- a) 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 (Sentencias de 23 de diciembre de 1996 y 6 de octubre de 1999).

⁵⁶⁹ Véase al respecto los arts. 297.1 y 730 de la LECrim. Según este último precepto podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

⁵⁷⁰ En igual sentido, los pronunciamientos contenidos en la STS de 9 de mayo de 2001, F. Jco. 2º.

b) El amparo legal se encuentra en el artículo 19.2 de la L.O. 1/92 de 21 de febrero, que autoriza su realización por la Policía Judicial en su función de averiguación y descubrimiento de los delitos.

c) La proporcionalidad como eje definidor de lo permisible exige guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede ocasionarse a la persona.

d) La justificación racional supone la proscripción de toda arbitrariedad en la realización de la medida, que ha de apoyarse en fundadas sospechas o en indicios racionales y suficientes que fundamente su adopción.

Cuestión distinta de los parámetros que delimitan su inicial legitimidad, es la relativa al modo de practicarse el cacheo, con posible afectación o lesión de determinados derechos fundamentales:

A) El cacheo no vulnera el derecho a la libertad ni el derecho a circular libremente, porque la inmovilización momentánea del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica constituye un sometimiento legítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía (Sentencia de 6 de octubre de 1999) si cumple las exigencias de racionalidad y proporcionalidad ya examinadas. No equivale el cacheo a una detención y por ello las exigencias previstas en la Ley para ésta no pueden ser extendidas a aquella diligencia⁵⁷¹. La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el artículo 17. 2 y 3 de la Constitución y las meras retenciones o provisionálsimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas contra la libertad ambulatoria (pruebas de alcoholemia, identificaciones, o cacheos), en las que lo relevante es la cobertura legal, el respeto al principio de proporcionalidad y la evitación de la arbitrariedad⁵⁷².

⁵⁷¹ SSTS de 2 de febrero, 1 de marzo y 27 de septiembre de 1996; 27 de septiembre de 1997 y 11 de diciembre de 1998.

⁵⁷² Véase la STS de 17 de junio de 1999.

B) En consecuencia, no procede exigir en el cacheo presencia de letrado y demás garantías inherentes a la detención. Estamos ante una actuación inmediata que no exige la asistencia letrada, por las siguientes razones:

a) Por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia.

b) Porque la presencia de Letrado no supone un "plus" de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios. No cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia.

C) El derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo; la mínima intervención corporal que supone excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado. En cuanto al derecho a la intimidad, queda preservado si se cumplen tres condiciones: que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo, que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado y que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes⁵⁷³.

Evidentemente, los requisitos que acabamos de exponer son necesarios para la práctica de esta diligencia, cualquiera que sea el ámbito en el que se realice; no obstante, por su relevancia y carácter específico, vamos a analizar algunas cuestiones más concretas relativas a su realización en otros espacios de actuación.

En el ámbito aduanero, el art. 16 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, referido a las competencias en materia de reconocimiento y registro de los servicios de aduanas, establece en su párrafo primero que *“en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia, los servicios de aduanas podrán efectuar el reconocimiento y registro de cualquier vehículo o medio de transporte, caravana, paquete o bulto”*. La Circular del Departamento de Aduanas

⁵⁷³ Esta doctrina es reiterada en otras resoluciones judiciales como la reciente STS 156/2013, de 7 de marzo.

e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de 10 de marzo de 1992, señala que los viajeros solo serán reconocidos personalmente en el caso de sospechas de fraude, procediéndose siempre con discreción y respeto a las personas cuando se haga uso de esta facultad; en todo caso, dichos reconocimientos deberán ser autorizados por los funcionarios de aduanas adscritos al servicio de viajeros, que actuarán de acuerdo con las normas vigentes sobre esta materia en cada momento⁵⁷⁴.

En el ámbito penitenciario la norma habilitante está constituida por preceptos mucho más específicos como el art. 23 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el art. 68 de su Reglamento. El primero de ellos establece que los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona.

El art. 68 del Reglamento Penitenciario⁵⁷⁵, en los párrafos 2º y 3º, prevé que por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios. Esta actuación deberá ser realizada por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado, sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible la intimidad.

Si el resultado del cacheo con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a la Autoridad judicial competente la

⁵⁷⁴ En el caso de que el viajero no prestase su consentimiento a la práctica del reconocimiento personal, se estará a lo que dispongan las normas dictadas por la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, de 14 de noviembre de 1988, sobre la actuación de la policía judicial en recintos aduaneros con respecto a las personas presuntamente portadoras de drogas en las cavidades corporales, que examinaremos posteriormente con más detenimiento.

⁵⁷⁵ Aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

autorización para otros medios de control adecuados⁵⁷⁶. De esta forma la regulación penitenciaria en la materia ya está diferenciando entre lo que podríamos denominar un cacheo ordinario del realizado con desnudo integral; ambos implican un registro superficial del cuerpo humano y para su realización no se precisa autorización judicial, aunque en el segundo se adopten medidas específicas para salvaguardar, en lo posible, la intimidad personal del afectado.

En este sentido, la STC 57/1994, de 28 de febrero, analiza la orden que un funcionario de prisiones dio a un recluso para que se desnudase e hiciese flexiones, después de haber tenido una comunicación especial, por la sospecha de que hubiese escondido droga en las cavidades naturales de su cuerpo, estima el recurso de amparo reconociendo al recurrente el derecho fundamental a la intimidad personal y anula los acuerdos sancionadores de la Junta de Régimen y Administración del Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca, así como los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, resolutorios de los recursos de alzada y reforma contra dichos acuerdos.

Señala esta sentencia 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 del ser humano.

La retención y custodia de los internos constituye una de las finalidades de la institución penitenciaria, lo que se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar esa finalidad. Así, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas; sin embargo, ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como

⁵⁷⁶ Art. 68.4 del Reglamento Penitenciario de 1996.

violación de la intimidad, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere⁵⁷⁷.

Recuerda el Alto Tribunal que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Carta Magna 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. Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable, por ello, todo acto o resolución que restrinja derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido, 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 y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial. De este modo, los internos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por nuestro ordenamiento, con excepción, como es obvio, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; de esta manera, las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo *“respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena”*⁵⁷⁸ entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos⁵⁷⁹.

Para determinar si la medida adoptada es conforme con la intimidad personal de los reclusos es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, por una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, por otra, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger, lo que requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada tanto por el afectado como por los órganos judiciales que puedan controlar el sacrificio del derecho fundamental, no pudiendo considerarse justificación suficiente la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban

⁵⁷⁷ STC 57/1994, de 28 de febrero, F. Jcos. 3º y 5º.

⁵⁷⁸ Art. 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

⁵⁷⁹ STC 57/1994, de 28 de febrero, F. Jco. 6º.

desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes, ya que tal afirmación sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante, a los fines de justificar una medida que limita el derecho reconocido en el art. 18.1 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso⁵⁸⁰.

Es indudable que, incluso en una relación de sujeción especial como la que une a la Administración Penitenciaria con los internos, una persona, en contra de su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal. No obstante, como recuerda el Tribunal Constitucional, no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad, lo que no ocurre en el supuesto analizado: de las actuaciones no se desprende que el examen visual del cuerpo del recluso se llevase a cabo por personal del centro penitenciario adecuado para tal finalidad y, además, a la situación de desnudez del recluso hay que añadir que éste se halle obligado a practicar varias flexiones, lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento, puesto que la posición inhabitual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre.

Por todo ello, concluye el Tribunal Constitucional, la medida impugnada no es conforme con la garantía del derecho a la intimidad personal contenida en el art. 18.1 CE, en atención a los medios utilizados para su práctica, que se ha lesionado y se ha visto innecesariamente restringido más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere, afectando a su dignidad personal, lo que conlleva el otorgamiento del amparo solicitado⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ STC 57/1994, de 28 de febrero, F. Jcos. 6º y 7º.

⁵⁸¹ STC 57/1994, de 28 de febrero, F. Jcos. 7º y 8º.

Las condiciones en las que debe realizarse un cacheo para que no se vulnere la dignidad de la persona ni pueda considerarse trato humillante o vejatorio ya habían sido señaladas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diferentes resoluciones. Así, la Sentencia de 23 de febrero de

I.1.2) Medidas propias del ámbito aduanero: arcos de seguridad, escáneres corporales y métodos radiológicos

La seguridad aeroportuaria ha sido una de las máximas preocupaciones de las autoridades de los diferentes países desde la implantación de las aerolíneas comerciales y la generalización de este medio de transporte a nivel internacional. En las últimas décadas del siglo XX el control se hizo más exhaustivo al ser utilizados los aeropuertos como una de las principales vías de entrada de la droga procedente de Latinoamérica y otras regiones productoras de estupefacientes; de ahí que se aplicase la más avanzada tecnología para el descubrimiento de estas sustancias que no sólo pueden ocultarse en cualquier parte del equipaje sino también en el propio cuerpo de la persona que pretende introducir las en el país. Este afán de salvaguardia se vio notablemente incrementado a nivel internacional tras los atentados terroristas que tuvieron lugar en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, después de los cuales se endurecieron las medidas de seguridad y surgieron métodos de control más efectivos, como los escáneres corporales, utilizados en muchos países y rodeados de una importante polémica en torno a la afectación de la intimidad de los ciudadanos que se ven sometidos a ellos.

El aumento del número de usuarios y la necesidad de agilizar el tránsito aeroportuario, hizo que los métodos tradicionales de seguridad, como son el registro de equipajes y el cacheo de los sospechosos, se fuese sustituyendo por medios de carácter electrónico que permiten, de forma mucho más rápida y efectiva, el control diario de miles de personas y la detección de armas o sustancias prohibidas en cualquier aeropuerto del mundo. La utilización de métodos informáticos para la identificación de personas y de arcos detectores de metales para impedir la introducción de armas, se usan actualmente como medidas de seguridad no sólo en este ámbito, sino también en multitud de instalaciones, edificios públicos o empresas privadas.

Los arcos o portales se basan en la utilización de ondas electromagnéticas que posibilitan la detección de determinados metales, emitiendo un sonido de alarma

1994 (nº de recurso 475/1993), en su fundamento jurídico único, pone de manifiesto que la condición femenina de la afectada por la diligencia hacía necesaria su conducción a la comisaría para someterla a un cacheo o registro personal por agentes idóneos; del mismo modo, la STS 3514/1994, de 2 de diciembre, en su fundamento jurídico 3º, reconoce que esta diligencia debe llevarse a cabo en un espacio íntimo y que sólo deben asistir a ella quienes la practiquen.

cuando ese elemento es detectado. Como complemento del anterior y para un control más pormenorizado, puede utilizarse también un detector portátil para buscar sobre una persona objetos metálicos, sin necesidad de cachearla. Ambos aparatos utilizan una tecnología similar, cuya incidencia en la salud de determinadas personas, como pueden ser las mujeres embarazadas o quienes porten un marcapasos, ha sido descartada por recientes estudios en la materia que señalan que sus emisiones son muy inferiores a las que provoca un aparato de rayos X o un teléfono móvil, incluso para aquellos que por razón de su trabajo se vean obligados diariamente a someterse a este tipo de controles⁵⁸². No afectando, por tanto, ni a la intimidad ni a la integridad física, huelga decir que no se requiere autorización judicial para este tipo de controles de carácter electrónico en los que no se produce menoscabo alguno de derechos fundamentales.

Distinta consideración, sin embargo nos merecen los escáneres corporales, utilizados en los aeropuertos de muchos países, a través de los cuales se obtienen imágenes en alta resolución del cuerpo desnudo de una persona, lo que permite detectar si entre sus ropas o sus partes íntimas esconde algún objeto no permitido⁵⁸³. La técnica utilizada en este caso, considerada de “última generación”, se basa en la utilización de ondas milimétricas que pueden atravesar materiales ligeros como la ropa, permitiendo la visualización del cuerpo y la detección de objetos ilegales o peligrosos, metálicos o no, incluidos los explosivos plásticos y líquidos, así como la grabación de la imagen obtenida. Además, la presencia de bajas dosis de radiaciones ionizantes (rayos X) plantea el problema de si se respetan las normas sanitarias en la materia en cuanto al límite de radiaciones anuales permitidas.

Su uso indiscriminado en aeropuertos y edificios públicos americanos y, sobre todo, la publicación a través de internet de las imágenes de cientos de personas que han sido sometidas al escáner, ha hecho saltar las alarmas sobre su utilización y lo

⁵⁸² Estudio efectuado por la Sociedad Alemana de Cardiología y publicado el 4 de junio de 2003 en el *Journal of the American College of Cardiology*. Véanse también los estudios mencionados en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 15 de junio de 2010, sobre el uso de escáneres de protección en los aeropuertos de la Unión Europea.

⁵⁸³ Esta tecnología se usa también como medio de identificación biométrica y permite reconocer a una persona mediante el escáner del iris o de las huellas dactilares, métodos utilizados por empresas o instituciones, que por las actividades a las que se dedican, requieren de sofisticados sistemas de seguridad para restringir el acceso a sus instalaciones.

que resulta una intromisión evidente en el derecho a la intimidad personal: una cosa son los exámenes de seguridad a los que por razones obvias deben someterse los ciudadanos que van a viajar en avión y otra muy distinta la exposición de su cuerpo ante los agentes policiales, máxime si esas imágenes van a ser grabadas y no existe control alguno sobre su uso posterior.

Además, quienes no pasen con éxito este tipo de registros (como personas que llevan un marcapasos o una prótesis metálica) serán sometidos a un cacheo integral de la nuca a los pies, que incluye también las partes íntimas del cuerpo⁵⁸⁴. Estaríamos ante un supuesto similar al que se produciría si se grabasen los cacheos con desnudo integral y posteriormente esas imágenes fuesen difundidas a través de la red, situación que a todas luces resultaría tremendamente atentatoria contra la intimidad del sujeto y contra su dignidad personal.

Siguiendo el ejemplo estadounidense, Holanda fue en el año 2010 el primer país europeo en implantar el escáner corporal en los vuelos que se dirigen hacia ese país norteamericano, con intención de generalizarlos con posterioridad para todos los viajeros cualquiera que fuese su destino. Hasta ese momento se trataba de una medida voluntaria, que requería el consentimiento previo del pasajero, pero la detección de explosivos en el pasajero de un vuelo con destino a Detroit (EE.UU), hizo variar la normativa de seguridad aún en detrimento de la intimidad de las personas. Para compensar esta merma, el control de la representación visual del cuerpo del viajero será realizado por un ordenador y, en caso de duda, un guarda de seguridad deberá cachear al sospechoso de ocultar algún objeto.

Con el mismo objetivo de prevenir posibles atentados terroristas y aumentar la seguridad en los vuelos, Italia y Reino Unido comenzaron a implantar en alguno de sus aeropuertos los escáneres corporales, como medida en principio de carácter

⁵⁸⁴ Las autoridades norteamericanas defienden la utilización habitual de este modo de inspección en los aeropuertos en aras de la seguridad nacional, ante la insuficiencia del detector de metales, puesto que en la actualidad existen sistemas explosivos no metálicos, que fueron capaces de pasar inadvertidos para este medio de control. Todo ello ha generado demandas ante los tribunales de los Estados Unidos, al considerar que se trata de métodos excesivos, que atentan contra la privacidad de las personas y que en determinados casos podrían ser constitutivos de acoso o agresión sexual. Más información al respecto en la edición digital EL PAÍS.com de 13 de diciembre de 2010.

voluntario, sin perjuicio de su generalización futura, al considerar que esta tecnología no entraña peligro para la salud de los sometidos a ella⁵⁸⁵.

El 15 de junio de 2010 la Comisión Europea realiza una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el uso de escáneres de protección en los aeropuertos de la Unión Europea donde analiza, entre otros aspectos técnicos y económicos, los de carácter personal o los relativos a la salud de estos aparatos, comenzando por distinguir entre los sistemas que utilizan radiaciones ionizantes y no ionizantes, correspondiendo a este segundo grupo el sistema de control que estamos analizando, que *a priori* no afecta a la salud de las personas, siempre y cuando no se superen los valores máximos de exposición que fija la normativa comunitaria para estos aparatos⁵⁸⁶.

Sin embargo, la capacidad que tiene esta tecnología para ofrecer una imagen nítida del cuerpo humano y desvelar de este modo problemas médicos, como prótesis o pañales, ha generado una importante polémica, como ya señalamos, en torno a la afectación de la intimidad y de la dignidad humana, pudiendo incluso entrar en conflicto con las creencias religiosas de algunas personas, al ser examinada esa imagen por un inspector, sin olvidarnos de los derechos del niño y la protección relativa a los menores. Por todo ello, los pasajeros que son elegidos para someterse al escáner no deben serlo en razón de su género, raza, religión o cualquier otro aspecto que implique una forma de discriminación.

Por otra parte, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, dispone que la persona de la que vayan a tomarse imágenes sea informada previamente de que va a ser objeto de esta medida y del posible uso de las mismas, que deberá regirse por los principios básicos relativos a la protección de datos.

Así, esas imágenes únicamente deben ser utilizadas para los fines de protección de la aviación, no debiendo almacenarse ni recuperarse una vez que la

⁵⁸⁵ Lo mismo ocurre en otros países no pertenecientes a la Unión Europea como Canadá o Rusia.

⁵⁸⁶ La exposición máxima a esas radiaciones no debe superar 1 mSv al año en el caso del público en general o 20 mSv al año en el caso de los trabajadores expuestos, lo que supondría unas 40 exploraciones al día para alcanzar ese límite en el primer caso. Véase al respecto el punto 5.3 de la Comunicación de la Comisión Europea de 15 de junio de 2010.

persona haya abandonado el punto de control por no habersele encontrado ningún objeto que suponga una amenaza; sólo cuando se retenga al viajero por portar algún artículo prohibido, podrá conservarse su imagen como prueba hasta que se le permita continuar o se le deniegue el acceso a la zona restringida de seguridad o al avión. Se considera además que quien supervise la imagen debe encontrarse situado en un lugar distinto a la persona cuya imagen se esté analizando, de modo que no tenga la posibilidad de verla, debiendo ser de su mismo género y que los registros manuales más exhaustivos deberán efectuarse en locales separados destinados a ese fin.

Concluye la citada Comunicación de la Comisión Europea que estos escáneres por sí solos no garantizan al 100% la protección de la aviación, sino que es precisa la utilización de otras medidas, además de la cooperación internacional y de los servicios de inteligencia; sin embargo, estos aparatos sí mejoran la calidad de los controles de seguridad en los aeropuertos, puesto que son capaces de detectar objetos prohibidos (como los explosivos líquidos o plásticos) que no son descubiertos por los arcos detectores de metales.

No obstante, se considera que debe disponerse de medidas alternativas a los escáneres que utilizan radiaciones ionizantes cuando se planteen riesgos específicos para la salud, en especial para el caso de personas que puedan resultar más vulnerables como las mujeres embarazadas, los bebés o las personas con discapacidad. En la actualidad ya existen aparatos que no producen imágenes corporales completas ni emiten radiaciones ionizantes, lo que reduce considerablemente la afectación de derechos fundamentales y la posible lesión de la salud de los viajeros. A pesar de ello la Comisión Europea recomienda el seguimiento periódico de los escáneres de protección y la información clara y completa a los viajeros sobre todos los aspectos relacionados con el uso de los mismos.

Por último señalar que el Reglamento (UE) nº 1141/2011 de la Comisión, de 10 de noviembre de 2011, relativo a las normas básicas comunes sobre la seguridad de la aviación civil, añade a la lista de métodos de control de pasajeros los escáneres de seguridad que no utilizan radiaciones ionizantes.

Por tanto, la Unión Europea deja un amplio margen de actuación a sus Estados miembros para que regulen internamente tanto la implantación de estos aparatos como las condiciones relativas a su sometimiento. Entendemos que éste debe realizarse en las condiciones apuntadas por la Comunicación de la Comisión Europea, debiendo en cualquier caso ser consentido por el afectado, sin perjuicio de que, de oponerse a ello, se le deniegue la posibilidad de realizar el vuelo que tenía previsto.

I.1.2.a) Las exploraciones radiológicas

Cuando a través de las medidas de inspección que acabamos de examinar se adquiere la sospecha de que el pasajero pudiera esconder droga en el interior de su cuerpo, se le pedirá su consentimiento para que se someta a un reconocimiento corporal mediante rayos X, a fin de confirmar si es o no portador de sustancias prohibidas. El problema, como en todas las medidas estudiadas, se producirá ante la falta de colaboración del interesado para la práctica de la prueba, es decir, ante la denegación del consentimiento solicitado, con la correspondiente colisión de derechos e intereses en juego, que pasamos a examinar, y la exigua legislación en la materia que, también, como siempre, deberá ser suplida por la doctrina jurisprudencial en la materia.

Con fecha 14 de noviembre de 1988, la Fiscalía General del Estado dictó unas normas de actuación de la policía judicial en recintos aduaneros respecto a las personas presuntamente portadoras de drogas en cavidades corporales, según las cuales, cuando un agente de la Autoridad tenga fundados motivos para creer que un individuo transporta drogas en el interior de su cuerpo, le invitará a someterse a un reconocimiento médico y/o radiológico que deberá ser realizado por personal facultativo especializado y se sujetará a las reglas del decoro y el respeto a las personas. Si presta su consentimiento y el resultado del examen es positivo se instruirá el correspondiente atestado policial.

La negativa a ser reconocido, que refuerza las sospechas sobre el porte de sustancias, permite al agente proceder a su detención por los presuntos delitos de contrabando y contra la salud pública. Para impedir que el detenido pueda hacer

desaparecer la droga y detectar su expulsión, se habilitarán lugares especialmente preparados que permitan un control y vigilancia permanente. En el lapso temporal más breve posible y, en todo caso, antes de que transcurran 24 horas, desde el inicio de las diligencias, se participará a la Autoridad Judicial el hecho de la detención y sus circunstancias para que pueda ordenar, si lo estima conveniente aquel reconocimiento y acordar las medidas tendentes a evitar la destrucción o desaparición de la droga.

También la Instrucción 6/1988 de la Fiscalía General de Estado⁵⁸⁷ señaló que un reconocimiento médico y/o radiológico no vulnera el derecho a la salud proclamado en el art. 43 CE: el Tribunal Constitucional ha precisado que para que pueda invocarse un hipotético peligro para la salud hay que probar adecuadamente su existencia, evidenciando la relación entre las medidas a adoptar, el reconocimiento en este caso, y las consecuencias de ellas derivadas que, por ser supuestamente nocivas, habría que evitar⁵⁸⁸. En el estado actual de la ciencia médica y practicado de acuerdo con la *lex artis*, el reconocimiento será inocuo por regla general, aunque no se deba practicar, obviamente, en el caso concreto que resulte contraindicado o desaconsejable por cualquier circunstancia (enfermedad previa, embarazo, etc.).

Sostiene igualmente la citada Instrucción que si no se realiza el reconocimiento cuando proceda y la droga que se sospecha oculta en el cuerpo de una persona puede destinarse, finalmente, al tráfico ilícito, al impedirse su descubrimiento, se produciría un riesgo para la salud pública y el bien común en que la misma consiste, que se refleja en la salud personal de los ciudadanos, según manifiesta el fundamento jurídico 2º b) de la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1983, de 11 de julio. El derecho a la salud individual del que se somete a un reconocimiento no es, por tanto, el que está en juego en el caso examinado sino el derecho a la salud de todos.

⁵⁸⁷ Instrucción nº 6/1988, de 12 de diciembre, sobre posibilidad de que exista un delito de desobediencia en relación con la negativa de las personas posibles portadoras de drogas a ser objeto de reconocimiento.

⁵⁸⁸ En este sentido, el ATC 868/86, de 29 de octubre, F. Jco. 2º.

Considera también la Fiscalía General que un reconocimiento médico y/o radiológico no es inhumano ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución Española. Por otro lado, es doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asumida plenamente por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 65/1986, de 22 de mayo, que lo "inhumano" implica un nivel de especial intensidad y que sólo puede calificarse de "degradante" lo que produce una singular humillación y envilecimiento. La inocuidad, la naturalidad y generalidad con que este tipo de reconocimiento se realizan a diario en la sociedad actual aleja, absolutamente, cualquier posibilidad razonable de poderles atribuir el desvalor normativo-cultural de lo que envilece o humilla siempre que se extreme al máximo el respeto debido a la persona reconocida, y que el reconocimiento se realice en circunstancias que dejen a salvo su dignidad.

Tampoco este reconocimiento radiológico realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública vulnera el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española, ya que aún admitiendo que un reconocimiento corporal pudiera constituir una intromisión del derecho a la intimidad personal, no sería arbitraria, sino justificada, para preservar otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Ningún derecho fundamental es ilimitado, como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril y muchos autos de este mismo Tribunal, señalan como límite del derecho a la intimidad las exigencias derivadas de la acción de la justicia⁵⁸⁹.

No hay disposición legal alguna en nuestro ordenamiento que prohíba este examen radiológico siempre que sea realizado por facultativos con titulación suficiente, al tratarse de un reconocimiento pericial previsto en el art. 478.1º LECrim, concluyendo, así, la citada Instrucción, tras los fundamentos que acabamos de exponer, que la resolución judicial que ordene motivadamente dicho reconocimiento con la finalidad de prevenir un delito grave y proteger la salud pública es constitucionalmente inobjetable pues reúne los requisitos de legalidad y necesidad, siendo además proporcionada, como exigencia derivada de la acción de la justicia y encaminada a la obtención de las pruebas necesarias para la averiguación del delito y sus circunstancias. En tal sentido, la negativa injustificada

⁵⁸⁹ Entre ellos ATC 466, 642 y 982/1986 y 257/85, de 17 de julio.

de la persona requerida a someterse al reconocimiento sería constitutiva de un delito de desobediencia.

Si bien, como veremos, la jurisprudencia en la materia ha sido en algunos puntos fluctuante, sin embargo, ya la STS de 18 de enero de 1993, basándose en la doctrina sentada en su día por la STC 37/1988, deja claro 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, por lo que entiende que su utilización por la policía no requiere autorización judicial, máxime cuando, como ocurrió en el caso analizado, ello se hizo sin protesta alguna por parte de quienes así fueron examinados⁵⁹⁰.

No obstante, sí existieron posiciones jurisprudenciales divergentes en cuanto a la situación jurídica en la que se encontraba el afectado por un control radiológico, que resume la STS de 26 de enero de 2000; así un primer criterio, mantenido fundamentalmente por la STS de 9 de octubre de 1998, sostiene que como los exámenes radiológicos suponen una inspección de cuerpo humano e inciden directamente en el ámbito de la propia intimidad siendo precisa para su práctica la colaboración del afectado, es necesario privar a la persona de su capacidad ambulatoria, por lo que la situación jurídica del que se somete a este control es equivalente a la detención, debiendo aplicársele las garantías previstas en el artículo 520 de la LECrim, es decir, la información de sus derechos y la presencia de letrado en toda diligencia policial en que dicha persona vaya a intervenir, siendo, por tanto, también necesaria la presencia de abogado en el examen radiológico, lo que provoca la nulidad de toda diligencia que se practique sin las garantías previstas en el citado precepto de la ley procesal.

Una segunda posición distingue que dicho examen radiológico haya sido voluntariamente aceptado por la persona o bien ésta se niegue. Para el caso de que la persona acepte voluntariamente el control radiológico, no haría falta ningún otro

⁵⁹⁰ STS de 18 de enero de 1993, F. Jco. 2º. A).

requisito, ya que sería la exteriorización de una decisión autónomamente aceptada, por lo que no sería situación semejante a la detención ni haría falta presencia de letrado ni lectura de derechos. Si el resultado fuese positivo, es entonces cuando pudiera proceder la detención y lectura de derechos pero salvando el propio examen radiológico que siendo causa de la detención, queda extramuros de ella en virtud de la inicial y voluntaria aceptación del examen; y caso de ser negativo el resultado carecería de toda relevancia quedando relegado a una mera medida de control administrativa sin mayores consecuencias.

Para el supuesto de que la persona concernida exprese su oposición al control radiológico, es decir, se niegue al examen es entonces cuando el agente policial, si lo estima justificado a las circunstancias del caso, podrá acordar la detención, y ya en ese *status detentionis*, proceder de conformidad con lo prevenido en el art. 520 de la LECrim, del que se deriva la garantía de la presencia del letrado en el examen radiológico⁵⁹¹.

Para resolver esta doctrina contradictoria, el Pleno no jurisdiccional de 5 de Febrero de 1999 adoptó el Acuerdo siguiente: "*Cuando una persona, normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero, se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de letrado ni la consiguiente previa detención con información de sus derechos*".

Entendemos que esta postura jurisprudencial, además de necesaria para hacer viable desde un punto de vista práctico el control de personas y la seguridad pública en el espacio aeroportuario, también resulta acorde con la doctrina del consentimiento del interesado en el ámbito de las intervenciones corporales. Por tanto, y sin perjuicio de que los agentes correspondientes informen a los usuarios de las dudas o cuestiones que les planteen sobre el control al que van a ser sometidos, si el sujeto afectado consiente libremente en realizar la exploración radiológica, creemos que no existe vulneración de derechos fundamentales, ni resulta preciso

⁵⁹¹ STS de 26 de enero de 2000, F. Jco. 2º, a favor de la segunda posición doctrinal cita expresamente la sentencia 792/1998.

asesoramiento legal alguno. En caso de negativa por causas no justificadas y sospechas fehacientes sobre esa persona de ser portador de sustancias prohibidas, procedería la detención con la consiguiente información de derechos y la asistencia letrada prevista en la Ley.

La STS de 26 de enero de 2000 señala también que es preciso explicitar en el atestado las razones que justifiquen la intervención, eludiendo argumentaciones circulares que se centren en una sospecha indefinida; los agentes policiales, como primeros garantes del cumplimiento de las leyes y, en concreto, de los derechos de los ciudadanos, deben dejar constancia documental del respeto a tales derechos, singularmente en situaciones como la analizada del control radiológico, de forma que *a posteriori* se pueda comprobar en caso de debate al respecto.

Las concretas circunstancias de tales controles y las dificultades de conocimiento del idioma, aconsejan un exquisito reflejo documental por parte de los agentes policiales de que en la invitación al control radiológico no existe ningún elemento coactivo difuso que pueda alterar la radical voluntariedad de la decisión de la persona, lo que puede ser de la mayor importancia en caso de posterior examen judicial.

De lo anteriormente expuesto se desprende que para la validez de la actuación policial los agentes deberán seguir un “protocolo de actuación” en virtud del cual deben hacer constar en el atestado las razones que justifiquen su intervención, es decir, las circunstancias que motivan sus sospechas sobre que ese individuo pueda ser portador de sustancias prohibidas y que sirven de fundamento a que le soliciten su consentimiento para someterse a una exploración radiológica. Éste debe prestarse por escrito y si su resultado es positivo, si se encuentran sustancias ilícitas en el interior de su cuerpo, se procederá a la detención y, de conformidad con lo previsto en el art. 520 LECrim, con la correspondiente lectura de derechos, nombramiento de letrado y demás garantía previstas en dicho precepto. Todas las diligencias que se practiquen deberán tener la correspondiente constancia documental en el atestado policial⁵⁹².

⁵⁹² Véanse las STS de 3 de febrero de 2000 y 24 de julio de 2000.

Si la persona se niega a que se le practique el examen, como decía la Instrucción de la Fiscalía General, ello no hace más que aumentar las sospechas que ya recaían sobre ella, por lo que también debería procederse a su detención, así como a la inmediata comunicación de los hechos a la autoridad judicial correspondiente a fin de que autorice, si lo cree conveniente, la exploración radiológica. En todo caso se respetarán los límites de radiación marcados por las autoridades sanitarias y las normas de protección radiológica.

Este tipo de control también se practica en el ámbito penitenciario al amparo del art. 68.4 del Reglamento Penitenciario⁵⁹³ ofreciéndose al interno la posibilidad de someterse voluntariamente a la realización de una exploración radiológica o ecografía, cuyo consentimiento deberá acreditarse mediante la firma del correspondiente documento. En caso contrario se solicitará autorización judicial para la realización de las pruebas, exponiendo el director del centro penitenciario los motivos en los que se fundamenta esta petición⁵⁹⁴.

En esta materia debemos destacar la STC 35/1996, de 11 de marzo, que desestima el recurso de amparo, interpuesto por el interno en un centro penitenciario contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Santander que confirmaba a su vez el del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en relación con las sesiones de rayos X a las que el recurrente había sido sometido y que le parecía excesivas, perjudiciales para su salud y vulneradoras de sus derechos fundamentales.

El Alto Tribunal después de analizar la doctrina por la que se rige la relación de especial sujeción que une a la Administración Penitenciaria y a los internos en los centros de esta naturaleza (SSTC 120/1990 y 137/1990), señala que podría producirse una eventual lesión del derecho a la integridad física de la aplicación reiterada o técnicamente incontrolada en las sesiones de rayos X. Ese peligro para la salud y la integridad física existe si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuviesen lugar con extraordinaria intensidad, las sesiones fuesen excesivamente frecuentes y no separadas por el tiempo adecuado y se

⁵⁹³El art. 68.4 del Reglamento Penitenciario establece que si el resultado del cacheo con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a la Autoridad judicial competente la autorización para otros medios de control adecuados.

⁵⁹⁴ Normas recogidas en el Plan de Intervención General en Materia de Drogas en la Institución Penitenciaria, I 3/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

practicasen en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles.

Dentro de esta perspectiva de protección del derecho fundamental a la integridad física del interno estas exploraciones habrán de llevarse a cabo con todas las prevenciones, determinando previamente si la práctica era necesaria y adecuada al fin de seguridad pretendido, previniendo de modo razonable los riesgos mediante la observancia de las precauciones precisas para la inocuidad de aquélla, tales como la utilización de aparatos idóneos, que el nivel de radiación sea adecuado y controlado, los intervalos de aplicación suficientes, etc., según las técnicas internacionalmente experimentadas y admitidas.⁵⁹⁵

Concluimos, a la vista de lo anteriormente expuesto, que las exploraciones radiológicas son una diligencia de inspección corporal plenamente válida y eficaz en nuestro ordenamiento jurídico siempre y cuando sean practicadas conforme al protocolo de actuación y a los requisitos jurisprudenciales que acabamos de exponer, puesto que al cumplirse tales requisitos como ha declarado nuestra jurisprudencia no hay violación de derechos fundamentales para la persona afectada por la medida.

I.1.3 Las pruebas de alcoholemia

El Capítulo IV del título XVII del Código penal de 1995 está dedicado a los delitos contra la Seguridad Vial⁵⁹⁶ y abarca los arts. 379 a 385 ter. El primero de estos preceptos castiga en su párrafo 2º al que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, estableciendo que en todo caso será condenado con las penas previstas en el párrafo 1º el que condujere con una tasa

⁵⁹⁵ STC 35/1996, de 11 de marzo, F. Jco. 2º y 3º.

⁵⁹⁶ Anteriormente denominados “*delitos contra la seguridad del tráfico*”.

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 litro⁵⁹⁷.

La mejor forma de acreditar que el imputado conducía sobrepasando los límites de alcohol legalmente permitidos será practicando la correspondiente prueba de aire espirado o los análisis sanguíneos correspondientes para determinar su nivel de alcohol en sangre. En caso de que se negase a realizar dichas pruebas, lo cual deberá hacerse constar en el atestado, incurrirá en el delito previsto en el art. 383 CP según el cual *“el 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, será castigado con las 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”*.

Por su parte el RD 1428/2003 por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación establece, en sus artículos 20 y siguientes la forma en que los agentes deben practicar las pruebas de alcoholemia, estando obligados a someterse a las mismas los usuarios de la vía o el conductor de un vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación; 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; los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este Reglamento y los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos por los agentes de la autoridad para someterse a un control preventivo de alcoholemia.

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

⁵⁹⁷ Las penas establecidas en este artículo son la de prisión de tres a seis meses o la de multa de seis a doce meses o la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y en cualquier caso la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente.

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 10 minutos. 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 tuviese, 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.

La constitucionalidad de estas pruebas fue puesta en entredicho desde distintos sectores que entendían que con ellas se atacaba el derecho a no declarar y el derecho a no declarar contra uno mismo consagrados en nuestra Carta Magna; así como cuestionaban también la situación jurídica de “momentánea” detención en la que podría encontrarse la persona que era sometida a esa diligencia de prueba. Todas estas cuestiones fueron clarificadas por nuestro Tribunal Constitucional en las Sentencias 103/1985, de 4 de octubre y 107/1985, de 5 de noviembre⁵⁹⁸.

La primera de las resoluciones citadas señala que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a 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

⁵⁹⁸ El Auto TC 62/1983, de 16 de febrero, ya establece en su fundamento jurídico 2º que *“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 las presunciones que en ello se puedan fundar”*.

en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución⁵⁹⁹.

La STC 107/1985 considera que con los derechos establecidos en el art. 17.3 CE se trata de evitar la indefensión del detenido, es decir, que quien ha sido privado provisionalmente de su libertad por la presunta comisión de un ilícito penal y que va a ser puesto a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención, debiendo cumplirse las garantías exigidas por el art. 17.3, como son la información de sus derechos y de las razones de su detención, la inexistencia de cualquier obligación de declarar y la asistencia letrada.

Sin embargo, ésta no es situación 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. En estos términos, la verificación de la prueba 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. 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 de la Norma Fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de la policía de tráfico.

Mucho más reciente es la implantación de test salivales que permiten determinar si una persona ha consumido drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, normalmente efectuados por las Fuerzas de Seguridad, a modo de controles preventivos como los de alcoholemia, y únicamente en casos de accidente u otros

⁵⁹⁹ Sentencia 103/1985, de 4 de octubre, F. Jco. 3º.

supuestos excepcionales, en que no se pudiese llevar a efecto⁶⁰⁰, se podría solicitar de la autoridad judicial la práctica del análisis sanguíneo del denunciado, para confirmar las sospechas, que los demás indicios hayan arrojado, sobre la conducción bajo los efectos de sustancias estupefacientes o ilícitas.

Por lo demás, si bien no existen hasta el momento pronunciamientos al respecto, entendemos que la doctrina constitucional antes señalada resulta plenamente aplicable a estas pruebas de detección de drogas en los conductores puesto que la finalidad y naturaleza de la diligencia es la misma, lo único que varía es la sustancia que pueda detectarse.

I.2. Diligencias de carácter probatorio realizadas en el ámbito del proceso penal

Con carácter general, una vez abierto el proceso penal el Juez instructor podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, cualquiera de las medidas de intervención corporal a las que nos venimos refiriendo en este trabajo, aunque nos parezcan más propias de otros ámbitos como el policial, por ejemplo, un cacheo, si el detenido reconoce en su declaración judicial que oculta droga entre sus ropas, el Juez, evidentemente, no dudará en ordenar la práctica del mismo para verificar tal extremo.

Pero las intervenciones corporales que se practican en el ámbito del proceso penal, incoadas ya las correspondientes diligencias previas y que requieren autorización judicial por afectar a derechos fundamentales, como la intimidad o la integridad física, suelen consistir en el reconocimiento del cuerpo humano, su inspección o exposición a radiaciones o bien en la extracción de elementos del

⁶⁰⁰ Por ejemplo, en los que tras detectar los agentes una conducción irregular el conductor se diese a la fuga y no fuese posible su detención en el momento de los hechos. Debemos tener en cuenta que la presencia de drogas en la sangre (cocaína, heroína) apenas es detectable mediante un análisis sanguíneo durante un período de dos o tres horas después de su consumo; existe una permanencia un poco más prolongada de estas sustancias en la orina, de ahí que suelen hacerse también análisis de este tipo. El consumo igualmente puede acreditarse a través del estudio del cabello mediante el cual se puede probar que se trata de consumidores habituales, aunque en estos casos lo que realmente importa para determinar el tipo penal y, en su caso, formular acusación, es que el sujeto condujese bajo los efectos de esas sustancias, circunstancia que no puede determinarse con esta última prueba.

mismo (sangre, pelo, uñas) para ser sometidos a informe pericial, como señala la STC 207/1996⁶⁰¹, a cuyo estudio realizado al comienzo de este epígrafe nos remitimos.

Tanto esta Sentencia como la STC 37/1989 analizan supuestos concretos de intervenciones corporales, así como los requisitos en los que deben practicarse, recogiendo la denominada doctrina sobre el principio de proporcionalidad que debe presidir la práctica de este tipo de diligencias para la validez constitucional de las mismas y que analizaremos en epígrafes posteriores. En este caso estima parcialmente el recurso presentado y anula la providencia por la que se ordenaba que una mujer fuese sometida a un reconocimiento ginecológico por el médico forense, al ser sospechosa de habersele practicado un aborto ilegal. El Tribunal Constitucional considera que la resolución por la que se adoptó tal medida carecía de la necesaria fundamentación jurídica y debía de haberse adoptado mediante auto ya que la regla de la proporcionalidad de los sacrificios, que es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental, impone la motivación de la resolución judicial que restrinja el derecho, pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental⁶⁰².

La mayoría de las intervenciones corporales practicadas en esta fase del proceso penal tienen una finalidad fundamentalmente probatoria, tendente tanto a la identificación del autor o autores del hecho punible como a las circunstancias en las que el delito fue cometido, de ahí que consistan generalmente en reconocimientos médico-forenses sobre la persona del imputado o en la extracción de fluidos (sangre, orina, semen) o elementos externos de su cuerpo (pelo, uñas) para someterlos a un posterior análisis pericial, de cuyo resultado va a depender en muchos casos el desenlace que tenga el proceso penal.

Dada, pues la gran variedad de medidas de esta índole que puede acordar el Juez instructor vamos a centrarnos en dos que por su relativa frecuencia o su

⁶⁰¹ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

⁶⁰² STC 37/1989, de 15 de febrero, F. Jco. 8º.

relevancia en el proceso en el que se acuerden, han llamado nuestra atención: el análisis de muestras de sangre obtenidas con fines terapéuticos y las pruebas realizadas a menores indocumentados para determinar su edad.

I.2.1) Análisis de muestras de sangre obtenidas con fines terapéuticos

Como hemos visto, las pruebas de alcoholemia o los test salivales que se realizan para saber si una persona ha conducido bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas o estupefacientes, se efectúan en los denominados “controles preventivos”, o bien a los conductores que se vean implicados en un accidente de circulación, pero hay casos en los que a pesar de haberse producido un siniestro resulta imposible la realización de la prueba precisamente porque el conductor debe ser evacuado de urgencia al hospital. De ahí que los agentes instructores del atestado que hayan apreciado la existencia de síntomas de alcoholemia o de ingesta de drogas o sustancias psicotrópicas, soliciten al Juez de guardia la correspondiente autorización judicial para que el hospital analice las muestras de sangre que a esa persona se le haya extraído con fines terapéuticos y determine si en la misma existen restos de alcohol o de otras sustancias y en qué porcentaje.

Con ello el Juez estaría autorizando el análisis de la sangre extraída, en su caso⁶⁰³, con el consentimiento del sujeto pero para una finalidad distinta de la que prestó dicho consentimiento, es decir, no existiría un verdadero consentimiento del sujeto pasivo para realizar ese tipo de análisis concreto sobre la sangre que se le extrajo para fines médicos.

La STC 25/2005, de 14 de febrero, analiza en profundidad un supuesto de estas características señalando los requisitos necesarios para que los análisis de sangre realizados en estos casos resulten plenamente válidos como prueba en el proceso penal. Se alegaba en este caso la violación del derecho a la intimidad del recurrente por la incorporación a la causa penal de la analítica sanguínea, que fue practicada al recurrente sin su consentimiento o sin autorización judicial motivada, lo

⁶⁰³ Piénsese, por ejemplo, que el sujeto llega inconsciente al hospital y los facultativos le extraen sangre sin ni siquiera contar con su consentimiento, al tratarse de una medida necesaria en atención a la gravedad de sus lesiones.

que supuso una afectación y vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal; también se alega que la intervención corporal en que consistió la extracción de sangre que se le practicó pudo constituir una vulneración de su integridad física y su intimidad corporal⁶⁰⁴.

Señala el Alto Tribunal que esta última alegación no puede ser compartida ya que la extracción de sangre no se llevó a cabo como una medida policial o judicial contraria a la voluntad del demandante, sino que los distintos análisis hematológicos a que éste fue sometido durante su estancia hospitalaria le fueron practicados tras haber sufrido un grave accidente de tráfico, en un ámbito curativo que ni el demandante, ni quienes ahora le suceden procesalmente, cuestionaron entonces ni tampoco ahora.

Estas extracciones sanguíneas, particularmente la primera, que arrojó el dato de la presencia de alcohol en sangre, fueron realizadas en el marco de una amplia batería de pruebas médicas, que resultaban imprescindibles, obviamente, a fin de determinar el ulterior tratamiento curativo a aplicar. Es decir, tenían una evidente finalidad terapéutica o instrumental desde la perspectiva médico-asistencial. De hecho, en ningún momento se aduce en la demanda que la extracción y posterior analítica se realizaran sin el consentimiento del paciente o de las personas a quienes hubiera de requerírsele, en su caso. De este modo, consistiendo la prueba en cuestión en un análisis de sangre, que es una intervención corporal leve⁶⁰⁵ es evidente que, habiéndose realizado de forma voluntaria, no se ha lesionado ni el derecho a la integridad física, al que los demandantes también hacen referencia aún sin citarlo expresa y formalmente, ni el derecho a la intimidad corporal⁶⁰⁶.

Sin embargo, continúa diciendo el Tribunal Constitucional, en el mismo fundamento jurídico de su resolución, 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.

⁶⁰⁴ STC 25/2005, de 14 de febrero, F. Jco. 4º.

⁶⁰⁵ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F.Jco. 2.

⁶⁰⁶ STC 25/2005, de 14 de febrero, F. Jco. 6º.

Según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación 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 humana⁶⁰⁷ y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo.

En el caso concreto de las intervenciones corporales, la violación de este derecho puede producirse porque a través de la práctica de esa prueba se puede obtener una información que el sujeto no quiera desvelar, lo que puede suponer una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal. Ahora bien, ello no quiere decir que el derecho a la intimidad sea absoluto, pues cede ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho⁶⁰⁸.

La afectación, por lo tanto, ha de presentar una justificación objetiva y razonable, debiendo recordarse que los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, que resultan rigurosamente aplicables, son: 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 legítimo⁶⁰⁹.

Aplicando la anterior doctrina al caso que analiza, la Sentencia el Tribunal Constitucional realiza las siguientes valoraciones a fin de concretar si el sacrificio del derecho fundamental se realizó con una justificación constitucional objetiva y razonable:

- a) El interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son

⁶⁰⁷ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 20/1992, de 14 de febrero; 219/1992, de 3 de diciembre; 142/1993, de 22 de abril; 117/1994, de 25 de abril y 143/1994, de 9 de mayo.

⁶⁰⁸ SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F. Jco. 6º; y 143/1994, de 9 de mayo, F.Jco. 6º, por todas.

⁶⁰⁹ Véanse STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º y STC 25/2005, de 14 de febrero, F. Jco. 6º.

una causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal o, como ahora es el caso, la obtención de una información en principio reservada a la acción y conocimiento de los demás. Más en concreto, dado el peligro que entraña la conducción de vehículos de motor bajo el efecto del alcohol es claro que existe un fin legítimo que justifica que se impongan estas medidas de detección alcohólica que pueden afectar al ámbito de la intimidad personal y, en consecuencia, que el resultado de las que se practiquen puedan ser tomadas en consideración como prueba en el proceso penal. Debe tenerse en cuenta que la ingestión de estas sustancias no sólo pone en peligro al sujeto que las ha consumido, sino que al llevar éste a cabo una actividad peligrosa que afecta a terceras personas, pone también en peligro la seguridad del tráfico, por lo que es indudable la existencia de un interés general en evitar que se conduzca en estas condiciones.

b) Existe también la habilitación legislativa necesaria para la práctica de estas medidas y, por tanto, para la evaluación y toma en consideración de sus resultados. La Audiencia Provincial alude en la resolución recurrida al art. 339 de la Ley de enjuiciamiento criminal (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", entendiéndose 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). Y, aunque hemos dicho que esta norma no facilita el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de elementos del cuerpo del imputado, al amparo de este precepto hemos indicado que la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros 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 norma⁶¹⁰. De otro lado, en relación con la práctica de estas medidas, debe recordarse que la obligación de todos los conductores de vehículos de motor de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles

⁶¹⁰ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 6º.

intoxicaciones por alcohol, está expresamente prevista en una norma con rango de ley, los arts. 12 y 65 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

c) Por su parte, en cuanto a la decisión judicial de interesar del centro hospitalario la remisión de los resultados de la analítica referida, para que a su vista el Médico forense emitiese dictamen pericial sobre la tasa de alcohol en sangre, resulta que era idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella; que era necesaria para tal fin, esto es, que no existían otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, fueran igualmente aptas para conseguir dicho fin y que el sacrificio que imponía de tales derechos no resultaba desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes.

d) En lo que a la motivación se refiere, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental; el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho⁶¹¹, pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental⁶¹². En su virtud, el órgano jurisdiccional debe 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, siendo doctrina reiterada de este Tribunal que su ausencia ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo⁶¹³.

De lo expuesto se deduce con claridad que los análisis practicados sobre muestras de sangre, obtenidos con finalidad terapéutica, son válidos y plenamente

⁶¹¹ STC 62/1982, de 15 de octubre, F. Jco. 2º.

⁶¹² STC 37/1989, de 15 de febrero, F. Jco. 8º.

⁶¹³ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º, que cita otras muchas. En el mismo sentido debemos señalar también la STC 206/2007, de 24 de septiembre.

eficaces como prueba de cargo en el acto de juicio, siempre que hayan sido autorizados mediante la correspondiente resolución judicial motivada, que por tanto deberá revestir la forma de auto, y acorde con los requisitos que integran el principio de proporcionalidad ante señalado.

Sin embargo no podemos finalizar este epígrafe sin hacer mención al voto particular formulado en la Sentencia que acabamos de estudiar por la ex Presidenta del Tribunal doña María Emilia Casas Baamonde, al que se adhiere el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, cuya discrepancia se refiere únicamente a la apreciación que la Sentencia efectúa de la existencia de habilitación legislativa para la incorporación a la causa de la analítica obrante en el historial clínico del demandante de amparo. En su opinión, el art 339 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en que se fundamenta la resolución impugnada de la Audiencia Provincial, no presta la cobertura legal exigida por nuestra doctrina para todo acto limitativo de los derechos fundamentales, ni en este caso para la incorporación al proceso de la analítica practicada; puesto que ni esta norma legal ni la contenida en el art. 336 LECrim suponen, por su carácter genérico, la previsión legal específica necesaria para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física⁶¹⁴. No es una mera habilitación legal genérica la que demanda constitucionalmente la restricción judicial de los derechos fundamentales, sino la expresa y concreta previsión de tal limitación.

Destaca, por último, que en cualquier caso debe descartarse que de la obligación de los conductores de vehículos de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol⁶¹⁵ se infiera una autorización legal suficiente para que los órganos judiciales puedan proceder a una extracción no consentida de sangre o al análisis no consentido de una muestra ya extraída. Por ello, la incorporación al proceso de la analítica practicada y consiguiente evaluación y toma en consideración de sus resultados careció, a su juicio, divergente del de la mayoría en este único extremo, de habilitación legal con las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad

⁶¹⁴ STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. Jco. 4º b).

⁶¹⁵ Art. 12.2 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.

jurídica y certeza del derecho, lesionando el derecho a la intimidad del demandante⁶¹⁶.

I.2.2) Los métodos de determinación de la edad en el caso de presuntos menores indocumentados

El art. 12 de nuestra Carta Magna establece la mayoría de edad a los 18 años. El régimen jurídico aplicable a los menores, tanto en el ámbito civil como en el penal, difiere notablemente del que la ley prevé para los mayores de edad, al otorgársele a aquéllos una serie de medidas de protección; entre ellas la intervención del Ministerio Fiscal en todos los procesos que les afecten, precisamente para complementar su capacidad y concederles la protección y la defensa que resulte necesaria. Ese desamparo puede ser todavía más evidente si el menor es extranjero⁶¹⁷ y se encuentra separado de su familia de origen, sin parientes que lo acojan, máxime si se ha visto involucrado en un hecho delictivo.

Por todo ello resulta evidente que cuando el sujeto está indocumentado y su apariencia no es la de un menor, sino más bien la de un adolescente que incluso podría alcanzar los 18 años, es necesario determinar su edad. Para ello se requiere la realización de unas pruebas médico-forenses consistentes fundamentalmente en la entrevista con el interesado, su exploración física, el examen radiológico del carpo y la ortopantomografía dental.

Si bien se trata de pruebas inocuas para el sujeto, desde el punto de vista de la afectación de su salud o su integridad física, sí pueden suponer una mínima incidencia en su intimidad. Por ello, al igual que el resto de las intervenciones corporales exigen, en la mayor parte de las ocasiones, la correspondiente autorización judicial, basada en el principio de proporcionalidad, al que ya nos

⁶¹⁶ La Recomendación N° R (92) 1 del Consejo de Europa, en el párrafo segundo de su recomendación 8ª, dispone que las muestras obtenidas de personas vivas para realizar análisis de ADN con fines médicos y las informaciones obtenidas a partir de estas muestras, no pueden ser utilizadas para las necesidades de las investigaciones y persecuciones penales, salvo en el caso de que esté expresamente previsto por el Derecho interno.

⁶¹⁷ Sobre la problemática específica de los menores inmigrantes no acompañados recomendamos la lectura de GARCÍA VAZQUEZ, S., *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 412 y ss.

hemos referido con anterioridad, cuando el supuesto menor se halle presuntamente implicado en la comisión de algún hecho delictivo, máxime si tenemos en cuenta que en el presente caso el menor no está acompañado y por tanto carece de representante legal que otorgue el correspondiente consentimiento para la realización de las mismas. De ahí que debemos distinguir el ámbito administrativo del relativo al proceso penal.

En tal sentido los informes anuales del Defensor del Pueblo correspondientes a los años 2008 a 2010 hacen referencia a la necesidad de que los menores extranjeros sean oídos en los procedimientos administrativos o judiciales que se entablen contra ellos sobre todo en aquellos casos en los que tengan suficiente juicio⁶¹⁸. A tenor de lo dispuesto en alguna resolución dictada por el Tribunal Constitucional, como el Auto 372/2007, de 17 de septiembre o la STC 183/2008, de 22 de diciembre, los menores con capacidad y madurez suficiente deberían ser oídos en vía judicial en la adopción de medidas que afecten a su esfera personal.

La LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introduce, en el art. 35.5, el derecho del menor a ser oído, si tuviese suficiente juicio, en el procedimiento de repatriación. El apartado 6 reconoce a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo y en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

El Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, regula esta materia en el art. 190 y establece que en el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto

⁶¹⁸ VV. AA., *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, publicación del Defensor del Pueblo de España, Cyan, Proyectos Editoriales S A., Madrid, p.128 y ss.

menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias⁶¹⁹.

El párrafo 4º pone de manifiesto que en el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente. En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará, al contrario que en otros países europeos, que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

Igualmente, el párrafo 5º dispone que tras haber sido puesto el menor a su disposición, el servicio de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia por escrito.

Por último, el Reglamento regula en el artículo 194 el trámite de audiencia y resolución del procedimiento de repatriación, en el que hace referencia a la incorporación al expediente del resultado de la prueba practicada para la determinación de la edad, garantizándose la presencia del menor que tuviera

⁶¹⁹ Según establece la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre de la Fiscalía General de Estado, la conducción y permanencia en el centro sanitario con la finalidad de determinar la edad del presunto menor es una privación de libertad, análoga a la del art. 20.2 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sometida a las garantías del art.17 CE, según la interpretación establecida en las Sentencias 341/1993, de 18 de noviembre y 86/1996, de 21 de mayo, del Tribunal Constitucional y que, por tanto, no debe prolongarse innecesariamente. En esta línea, la Instrucción 2/2001, de la misma Fiscalía configuró la conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en él mientras se realizan las pruebas como una situación de privación de libertad que debe prolongarse el menor tiempo posible y en la que el interesado ha de ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación y de sus derechos, aun cuando para garantizar adecuadamente los mismos no resulte precisa la asistencia de Abogado.

suficiente juicio para que manifieste lo que considere oportuno en relación con su repatriación.

La Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, al tratar el tema del consentimiento del menor señala el derecho del mismo a ser oído si tiene suficiente juicio, como apuntan la STC 71/2004, de 19 de abril; el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño; el art. 92,4 del Reglamento de Extranjería y el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establece que el menor que ha cumplido doce años debe ser oído y que no cabe el consentimiento por representación una vez alcanzada la edad de 16 años.

Antes de decidir sobre si es precisa o no la realización de la prueba debe comprobarse si existe alguna anotación sobre el mismo menor en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, al que se refiere el art. 215 del RD 557/2011. Si consultado el Registro consta practicada dicha prueba, se prescindiría de la misma salvo que circunstancias excepcionales aconsejasen otra decisión⁶²⁰. También es preciso tener en cuenta el criterio médico al respecto, por lo que puede resultar conveniente, antes de acordar sobre la práctica de las pruebas, que se proceda al reconocimiento forense del menor.

Si a pesar de todo sigue siendo necesaria la realización de otras pruebas periciales para la determinación de la edad y el menor presta su consentimiento para la práctica de esas pruebas, no es preciso que éste sea puesto físicamente a disposición del Fiscal de guardia, ya que por razones de urgencia y para evitar traslados innecesarios que puedan producir dilaciones, se puede acordar la práctica de la prueba sin traer al menor a presencia del Fiscal. Del mismo modo, la resolución del Fiscal fijando provisionalmente la edad a los efectos del art. 35 de la Ley de

⁶²⁰ Ver al respecto Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre el régimen de los extranjeros en España.

Extranjería⁶²¹ podrá ser adelantada verbalmente a la fuerza actuante con el fin de evitar también retrasos indebidos y teniendo en cuenta, como hemos afirmado anteriormente, que siempre habrá que tomar como edad del extranjero no acompañado la menor que se desprenda del informe médico⁶²².

Ante la negativa del interesado a someterse a este tipo de pericia, el Fiscal deberá informarle personalmente sobre los aspectos concretos de las pruebas que se le pretenden practicar y de las consecuencias de su negativa a someterse a ellas. En primer lugar deberá explicarle los aspectos médicos y las cuestiones prácticas sobre su ejecución, así como que está indicada desde el punto de vista médico para alcanzar el resultado pretendido; también que deberá ser realizada de acuerdo con la *lex artis*, por personal facultativo cualificado, el riesgo residual que implique para la salud, su carácter indoloro, y que en ningún caso va a infligírsele un trato inhumano o degradante.

También deberá informar al presunto menor que la prueba es adecuada para el fin de determinar su edad, que la misma va a ofrecer una horquilla dentro de la cual se optará por la más favorable a sus intereses, que en principio es necesaria, dado que en el estado actual de la ciencia médica puede ofrecer unos resultados fiables. Igualmente le pondrá al corriente de las consecuencias que se deriven de la práctica de la prueba, en concreto, la aplicación de la legislación de protección de menores, en el caso de que la horquilla más baja determine la minoría de edad, o, en caso contrario, de la legislación referida a los mayores de edad.

La Consulta 1/2009 establece también que el Fiscal, tras facilitarle esta información, deberá oír al interesado sobre los motivos por los que no quiere someterse a las pruebas de determinación de la edad, con la finalidad de averiguar las razones de su negativa, por ejemplo, el temor al acto médico o bien concurren otro tipo de circunstancias que provoquen esa decisión, o si, en su caso estaría dispuesto a realizar otro tipo de pruebas alternativas.

⁶²¹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

⁶²² Véase Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre el régimen de los extranjeros en España.

En ningún caso el Fiscal podrá imponer coactivamente la práctica de estas pruebas y, así, para la determinación de la edad de los menores indocumentados, deberá tener en cuenta el conjunto de los datos que obren en el expediente, entre ellos la negativa del afectado y las razones que éste adujo para no someterse a la pericia, teniendo siempre en cuenta como manifiesta la citada Consulta en su conclusión sexta que la orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso.

El Defensor del Pueblo señala que el interesado en un procedimiento de este tipo debe contar con asistencia letrada desde su inicio, pues ya desde ese momento el conflicto de intereses resulta patente y la única respuesta que garantizaría de manera suficiente los derechos del interesado es gozar con asistencia letrada independiente. Este fue el argumento recogido en un primer momento por los juzgados contencioso administrativos ante quienes se recurrieron numerosas resoluciones de repatriación, con la oposición en un primer momento tanto de la Abogacía del Estado como de la Fiscalía y de las entidades de protección de menores. Posteriormente, este criterio fue confirmado por varios Tribunales Superiores de Justicia y finalmente se operó la reforma citada por la Ley Orgánica 2/2009 en el artículo 35 de la Ley de extranjería⁶²³.

El estudio del Defensor del Pueblo al que nos venimos refiriendo también pone de manifiesto que el artículo 35.3 de la Ley de Extranjería se refiere exclusivamente al extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad; sin embargo, con mayor frecuencia se aplica este procedimiento, a menores de edad provistos de pasaporte u otros documentos como certificados de nacimiento o libros de familia. Con relación a este tema la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado ya había señalado que *“cabrá igualmente autorizar la práctica de las pruebas de determinación de la edad cuando, pese a la exhibición de documentación, ésta presente indicios de falsedad y simultáneamente existan dudas sobre si el extranjero efectivamente ha alcanzado los dieciocho años”*.

El art. 392.2 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de

⁶²³ VV. AA., *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, publicación del Defensor del Pueblo de España, Cyan, Proyectos Editoriales S A., Madrid, p.131 y ss.

identidad falso. Esta disposición es aplicable aún cuando ese documento aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España⁶²⁴.

Por lo tanto, desde la reforma del Código Penal, siguiendo el citado estudio del Defensor del Pueblo, la interceptación de una persona extranjera que porta un pasaporte u otro documento de identidad en el que consta su minoría de edad de cuya autenticidad o titularidad se duda, no podrá en ningún caso ser objeto del procedimiento administrativo previsto en el artículo 35 de la Ley de Extranjería para los indocumentados, ya que existen indicios de la comisión de una infracción penal, siendo preferente la jurisdicción penal. En estos casos será la autoridad judicial, en el marco del procedimiento penal, la que ordene la práctica de las pruebas necesarias para determinar si el presunto autor es mayor o menor de edad y, por tanto, si el delito de falsedad se ha cometido o no.

De lo anterior se deduce que el artículo 35.3 de la Ley de Extranjería solo es de aplicación en los supuestos de extranjeros indocumentados sobre los que no se pueda establecer su minoría de edad con seguridad. En el caso de los extranjeros documentados, si existen indicios de falsedad en la documentación que portan, según la nueva redacción del artículo 392 del Código Penal, habrá que remitir las actuaciones a la jurisdicción penal. Adoptará entonces el Juez en este caso, al igual que en cualquier otro que revista los caracteres de delito, ponderando todas las circunstancias concurrentes y en el que se vea implicado un supuesto menor, la decisión que estime oportuna sobre la práctica de las pruebas que resulten necesarias para la determinación de su edad. Tratándose de un proceso penal por delito creemos necesario que desde el inicio esta persona debe contar, como cualquier otro imputado, con asistencia letrada e intérprete, si lo precisa, así como con el resto de derechos y garantías establecidas en el art. 520 LECrim.

Ante la diversidad de pruebas y actuaciones que en el ámbito médico-legal se llevaban a cabo en este ámbito, se consideró conveniente desarrollar un protocolo

⁶²⁴ Reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, que introduce como supuestos de hecho típicos del delito de falsedad, tanto el uso de documentos de identidad falsos como el uso de documento de identidad auténtico por quien no es su titular.

de actuación que garantizase la igualdad de derechos de los menores indocumentados en todo el territorio nacional y que asegurase la fiabilidad científica de las estimaciones de edad planteadas. Para ello, a iniciativa de la Oficina del Defensor del Pueblo, se organizó un grupo de trabajo, cuyas recomendaciones se expusieron el 7 de octubre de 2010 en Madrid. En ellas se recogen las condiciones mínimas de los reconocimientos médicos e informes periciales orientados a la determinación de la edad cronológica en el entorno penal y de la protección de los menores indocumentados.

En los seres humanos se producen una serie de cambios morfológicos que siguen una secuencia cronológica, común a todos ellos, aunque influida por factores ambientales diversos. En base a ello, se han ideado distintos métodos destinados a la determinación médico-forense de la edad de sujetos vivos; sin embargo, en el caso de jóvenes y adolescentes sólo alguno de ellos son científicamente aceptables en la actualidad, así en los casos de mayores de 14 años y menores de 18, el citado grupo de trabajo recomendó los siguientes métodos de diagnóstico:

- Anamnesis dirigida⁶²⁵.
- Examen físico general: se especificará el peso, talla, índice de masa corporal, evolución de signos de maduración sexual, etc.
- Estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda.
- Examen de la cavidad oral y estudio radiográfico dental, a fin de valorar el estado de desarrollo y mineralización de los dientes.

Resulta aconsejable que las pruebas radiográficas sean practicadas e interpretadas por un médico especialista en radiodiagnóstico, al igual que el examen de la radiografía dental lo sea por un estomatólogo o un odontólogo. La evaluación global de los resultados de las pruebas realizadas debería ser coordinada por un médico experimentado en este tipo de estudios y las implicaciones legales que conllevan, de ahí que una de las recomendaciones realizada es la organización por

⁶²⁵ En Medicina, la anamnesis es el término médico empleado para referirse a la información proporcionada por el propio paciente al médico durante una entrevista clínica, con el fin de incorporar dicha información en la historia clínica.

los Institutos de Medicina Legal de cursos de formación de expertos en esta materia tan específica.

El objetivo de informe pericial es realizar una estimación de la edad cronológica del explorado lo más precisa posible; la estimación final de la edad deberá expresarse como la edad mínima más probable. Las estimaciones de edad basadas en estos principios están sujetas a un grado de error que puede dar lugar a falsas atribuciones de mayoría o minoría de edad en una proporción baja pero significativa⁶²⁶.

I.3. Diligencias aplicables en el ámbito penitenciario a consecuencia de la pena o medida cautelar impuesta en el proceso penal

I.3.1) Las pruebas de detección del SIDA en los centros penitenciarios

Cuando una persona ingresa en un centro penitenciario, ya sea para proceder al cumplimiento de la pena o de la medida cautelar privativa de libertad que le haya sido impuesta, queda sometida a la legislación penitenciaria, materializada fundamentalmente en la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Estas dos normas establecen una específica regulación sobre el régimen de vida en la prisión, que como ya hemos visto y también profundizaremos más adelante, va afectar a los derechos y libertades de los internos, siempre, por supuesto, dentro de los límites previstos por la propia Constitución y las leyes⁶²⁷, en aras de la seguridad tanto individual del propio afectado, como de los demás internos y funcionarios que

⁶²⁶ Las alusiones al grupo de trabajo organizado por la Oficina del Defensor del Pueblo en 2010, recogidas en este apartado han sido extraídas de VVAA, *“Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados”*, Revista Española de Medicina Legal, Volumen 37, nº 1, enero-marzo, 2011.

⁶²⁷ El art. 25.2 de la Constitución Española establece que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales del Capítulo II, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

desarrollan su trabajo en el centro y dentro del marco fijado, en su caso, por la parte dispositiva de la resolución judicial que haya motivado su ingreso en prisión⁶²⁸.

Los arts. 36 a 40 de la LOGP se refieren a la asistencia sanitaria en los centros penitenciarios y también aparece regulada de una forma mucho más precisa en los arts. 207 y siguientes del Reglamento Penitenciario. Este precepto prevé que dicha asistencia tendrá un carácter integral y estará orientada tanto a la prevención como a la curación y a la rehabilitación, con especial atención en la prevención de las enfermedades transmisibles; para ello la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes, procedimientos y financiación⁶²⁹.

El art. 219, relativo a las medidas epidemiológicas, establece que para llevar un adecuado control de la incidencia de las enfermedades transmisibles en el ámbito penitenciario, los convenios de colaboración entre la Administración Penitenciaria y las Sanitarias deberán prever programas de actuación sobre las enfermedades más prevalentes. Cuando en algún centro penitenciario se detecte un brote de enfermedad transmisible, se procederá a comunicarlo de forma inmediata a las autoridades sanitarias competentes y se iniciarán las medidas oportunas para evitar la propagación y para el tratamiento de los afectados.

⁶²⁸ El art. 1.1 LOGP establece que *“Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados”*.

El art. 1.1 del Reglamento Penitenciario de 1996, establece el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación; como norma de desarrollo de la LOGP regula la ejecución de las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad, así como el régimen de los detenidos a disposición judicial y de los presos preventivos, siendo de aplicación directa en todo el territorio del Estado.

⁶²⁹ Cuando se produce el ingreso en un centro penitenciario se procede al reconocimiento médico del interno con el fin de detectar cualquier enfermedad, física o mental, que pudiese padecer y adoptar las medidas necesarias para su diagnóstico y tratamiento. Los problemas de salud que presenten los reclusos serán objeto de la correspondiente atención sanitaria, dedicándole especial atención a aquellas patologías que por su carácter infecto-contagioso pudieran transmitirse fácilmente al resto de la población del centro, como el VIH, la tuberculosis, las enfermedades de transmisión sexual, etc. Igualmente existen programas específicos de atención y tratamiento para los internos drogodependientes que voluntariamente quieren someterse a ellos. Véase más ampliamente GISBERT CALABUIG, J. A., *Medicina Legal y Toxicología*, E. Villanueva Cañadas, Barcelona, Masson, 6º edición, p.1238.

En los años ochenta comienza a propagarse por todo el mundo una nueva enfermedad hasta entonces desconocida, el sida, que empieza a hacer mella entre determinados colectivos, como las personas drogodependientes por vía parenteral, detectándose que un porcentaje importante de la población reclusa española, más de un 20%, a finales de esa década, era portadora de anticuerpos del VIH. Por ello en diversos países, entre ellos en España, se empezaron a implantar programas para la detección y prevención de esta enfermedad, informando sobre las vías de transmisión, los factores de riesgo y las medidas profilácticas adecuadas, con el fin de evitar su expansión y prestar la asistencia y el tratamiento adecuado a los afectados en las prisiones españolas⁶³⁰.

Así, en 1989, la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia realiza el denominado “Programa para la prevención y control de la infección por VIH/SIDA”, con el fin de dar una respuesta adecuada a la expansión de esta infección entre la población reclusa de los centros penitenciarios de nuestro país. Dentro de este plan de prevención se encuentra la realización de pruebas de detección de anticuerpos del VIH mediante la práctica de un análisis sanguíneo y la correspondiente realización de un cuestionario de datos personales y socio-sanitarios que ha de realizarse previamente al interno, quien deberá prestar su consentimiento voluntario para la realización de ambas pruebas⁶³¹.

⁶³⁰ LUZÓN PEÑA, D. M., “Pruebas de detección del sida en el ámbito carcelario”, Revista del Poder Judicial, nº 36, diciembre 1994. Señala este autor que muchos de los pertenecientes a los denominados “grupos de riesgo” se ven implicados en la comisión de delitos, lo que puede dar lugar a su ingreso en prisión y explica el aumento del sida o sus anticuerpos entre la población reclusa; piénsese, por ejemplo, en el drogadicto que, para financiar su propio consumo, trafica con droga o roba de forma habitual y termina por ingresar en prisión.

⁶³¹ El § 101 StVollzG (Ley de Prisiones alemana), relativo a las medidas coercitivas que pueden adoptarse en el ámbito de la salud, admite las intervenciones forzosas cuando un interno suponga un peligro concreto para su propia salud o la de los demás; precepto que según la doctrina alemana dominante no permite la práctica del test del sida a todos los reclusos porque faltaría esa exigencia de “peligro concreto”, que sí puede apreciarse en los presos pertenecientes a los denominados grupos de alto riesgo. Referencia extraída de LUZÓN PEÑA, D. M., “Pruebas de detección del sida en el ámbito carcelario”, Revista del Poder Judicial, nº 36, diciembre 1994. Por su parte, GIL HERNÁNDEZ, A., “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, Revista General de Derecho, 1996, nº 622-623, p. 8005, considera que la mera existencia de un evidente riesgo de contagio, objetivamente comprobable, para el resto de la población reclusa no contaminada, e incluso para terceros, fundamenta un estado de necesidad defensivo que justifica la lesión de ciertos derechos fundamentales del interno (intimidad, integridad física) frente al interés preponderante de la vida y la salud ajenas.

Estamos, por tanto, ante una modalidad más de intervención corporal que invade, aunque sea de forma mínima, la integridad física del sujeto y que todavía puede afectar más gravemente a su derecho a la intimidad personal en caso de que se divulguen los resultados obtenidos mediante el análisis, en el caso de que sea portador del virus VIH o de que padezca la enfermedad, con la estigmatización social que ello conllevaba en aquel momento y que todavía hoy podría ocasionarle.

De ahí que debamos aplicar a este tipo de pruebas la doctrina general ya señalada al estudiar otras intervenciones, no pudiendo realizarse más que con el consentimiento libre y expreso del interesado y, en su defecto, mediante autorización judicial, basada en el principio de proporcionalidad⁶³². Sin embargo, realmente se hace difícil determinar qué motivos pueden llevar a justificar una resolución judicial en tal sentido, puesto que salvo el supuesto de prácticas extremas, en su caso constitutivas de delito, como las lesiones dolosas o incluso las autolesiones realizadas con el propósito de contagiar a otros internos o a los propios funcionarios, las medidas preventivas habituales en las actividades que entrañen cierto riesgo (utilización de guantes desechables, mascarillas, etc.) sería en principio suficiente para evitar el contagio, por lo que no parece, a priori, necesaria la realización generalizada de este tipo de pruebas ni siquiera en el caso de los denominados “grupos de riesgo” o sospechosos de ser portadores del virus.

Por otra parte, el avance médico que se ha producido en la lucha contra esta enfermedad desde entonces es de tal magnitud, que hoy los afectados con el tratamiento adecuado pueden llevar una vida relativamente normal, desapareciendo también de forma paulatina, a medida que la enfermedad se ha ido controlando, la estigmatización social que la rodeaba, de ahí que el rechazo a la práctica de las pruebas haya disminuido y sean los colectivos de riesgo los propios interesados en saber si son o no portadores del virus del VIH para poder acceder cuanto antes al tratamiento adecuado⁶³³.

⁶³² En tal sentido, cabe recordar que la STC 234/1997, de 18 de diciembre, señala, en su fundamento jurídico noveno, que cuando el análisis de sangre se realiza de forma voluntaria no resulta lesionado ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad corporal.

⁶³³ En sintonía con los proyectos de prevención de las enfermedades infecto-contagiosas en el ámbito penitenciario, se realizó en el año 2001 el Programa de intercambio de jeringuillas con la finalidad de reducir el riesgo de infección, entre la población reclusa, por virus de transmisión sanguínea como el de la hepatitis (VHB y VHC) y el de la inmunodeficiencia humana (VIH).

I.3.2) Los dispositivos telemáticos

El uso de aparatos electrónicos que permiten la localización permanente de una persona, a través de la colocación de una pulsera en la muñeca o en el tobillo del sujeto, es una de las medidas que está resultando más efectivas para verificar el cumplimiento de las órdenes de alejamiento y las penas impuestas en el marco de la violencia de género, sin perjuicio de su aplicación en otros ámbitos delictivos, a través de la denominada “libertad vigilada”, como veremos a continuación. Una vez más comprobamos como el desarrollo tecnológico se convierte, también en este caso, en aliado de los poderes públicos para la persecución de los delitos y la prevención de determinados tipos de delincuencia.

Entre las penas privativas de derechos, el art. 48 CP⁶³⁴ recoge la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, así como la prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares o a las personas que determine el Juez o tribunal, lo que impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro frecuentado por los mismos. El párrafo 4º de este precepto prevé que el control de estas medidas se realice a través de medios electrónicos. El art. 57 CP, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, permite la imposición de estas prohibiciones para determinados delitos y, en todo caso la impone, para los tipos penales relacionados con la violencia doméstica y de género.

Por su parte, el art. 96.3 CP recoge en su apartado a) la libertad vigilada como una medida de seguridad no privativa de libertad. El art. 106 del mismo texto legal nos dice que consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a

⁶³⁴ El art. 48 CP fue modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó el Código Penal de 1995 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de octubre de 2004. Hasta entonces los dispositivos electrónicos solamente estaban previstos en la fase de ejecución de las penas y la única referencia a ellos podíamos encontrarla en el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario de 1996, donde se señala que el tiempo mínimo de permanencia en el centro de régimen abierto será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el establecimiento y añade que ese tiempo de permanencia podrá limitarse al fijado en el programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente.

través del cumplimiento de alguna o alguna de las medidas que en el mismo se señalan; en concreto, el apartado a) establece la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. Estos dos últimos preceptos señalados han sido introducidos en nuestro Código Penal mediante la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, cuya entrada en vigor se produjo el 23 de diciembre de ese mismo año.

Pero incluso antes de esta reforma, ante las alarmantes cifras que la violencia de género estaba alcanzando en nuestro país y con la finalidad de otorgar la máxima protección a las víctimas de este tipo de delincuencia, en el año 2009 se firmó un acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio Fiscal, para la implantación de un protocolo de actuación destinado al seguimiento por medios telemáticos de las medidas de alejamiento, tal y como ya previó el art. 64.3 de la LO1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁶³⁵.

Según se establece en el mismo, el acuerdo pretende alcanzar tres objetivos básicos: hacer efectivo el derecho de la víctima a su seguridad, documentar el posible quebrantamiento de la medida de alejamiento y disuadir al agresor. Para ello es necesario, como primer paso, la existencia de una resolución judicial que acuerde que la medida de alejamiento impuesta sea controlada a través de este sistema telemático. Esta resolución se comunicará a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Centro de Control, a la víctima y al imputado/condenado, a fin de proceder a la instalación de los dispositivos correspondientes e iniciar el control sobre el cumplimiento de la orden de alejamiento.

Este protocolo de actuación inicialmente previsto para el seguimiento de las medidas cautelares de alejamiento adoptadas durante la instrucción del procedimiento, está siendo utilizado también en la práctica para el control de las penas de esta naturaleza, cuando una vez dictada sentencia firme y, en su caso, cumplida la correspondiente pena privativa de libertad, al condenado todavía le queda por cumplir un determinado tiempo de alejamiento, teniendo en cuenta a la

⁶³⁵ Este precepto prevé que podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato el incumplimiento de estas medidas.

hora de imponer el seguimiento electrónico del alejamiento las circunstancias de cada caso en concreto y, en particular, la reiteración delictiva en relación con la víctima y los informes de valoración del riesgo realizados por las Fuerzas de Seguridad, especialmente cuando lo califican como “extremo”⁶³⁶.

A la vista de lo expuesto debemos preguntarnos si estos dispositivos electrónicos pueden tener la consideración de medidas de intervención corporal en el sentido que venimos desarrollando en este trabajo y para ello hemos de examinar si resultan menoscabados los derechos fundamentales a la integridad o a la intimidad del afectado por la medida.

En cuanto al primero de ellos, el brazalete electrónico no afecta a la integridad corporal al colocarse por encima de la piel sin causar lesión de ningún tipo a la persona que se le impone. El propio protocolo de actuación establece que este transmisor está hecho de un material hipoalergénico y que es resistente al agua, por lo que el sujeto afectado por la medida podrá hacer una vida normal en todos los órdenes salvo burlar el límite de alejamiento (es decir, entrar en la zona de exclusión) que le haya sido impuesto en la resolución judicial. Asimismo se prevé la retirada temporal del dispositivo por razones médicas, de seguridad, de ingreso en prisión o en calabozos, lo cual será llevado a cabo por personal de la empresa instaladora de conformidad con lo dispuesto en la resolución que lo autorice.

Con relación al derecho a la intimidad, estos dispositivos telemáticos facultan la localización permanente del sujeto mediante un sistema de GPS, es decir, el aparato emite una señal que permite saber en todo momento el lugar donde se encuentra el portador de la pulsera electrónica, pero no gravan conversaciones ni imágenes del mismo, ni de la conducta que esté realizando, ni del lugar donde se encuentre; por lo que creemos que ello no puede considerarse como un ataque a la intimidad personal del sujeto, sino más bien como una limitación derivada de la pena o de la medida cautelar que le ha sido impuesta.

⁶³⁶ El Centro Cometa es el encargado de llevar a cabo el seguimiento de las incidencias que se produzcan con relación a las órdenes de alejamiento y prohibiciones de aproximación que se impongan en el marco de los delitos relativos a la violencia de género, para los que expresamente fue dictado este Protocolo. Las víctimas de otros delitos que hayan sido beneficiadas con medidas de similar carácter quedan fuera del ámbito de protección de este acuerdo, sin perjuicio de que el órgano judicial correspondiente o, en su caso, la Administración Pública competente, por sí misma o por mandato de aquél, pueda adoptar idénticas medidas de seguimiento electrónico.

No estamos, por tanto, ante una intervención corporal, sino que se trata de dispositivos electrónicos para el control de determinadas penas o medidas cautelares, que al igual que ocurre, por ejemplo, con la prisión preventiva, implican una importante restricción de un derecho fundamental, como la libertad, reconocido en el art. 17 de la CE, y en este caso concreto, el derecho a la libertad de deambulación, que aquí ha sido limitado mediante la correspondiente resolución judicial que en todo caso deberá ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Surge en todo caso la duda de si se puede imponer por la fuerza la colocación de un dispositivo electrónico al sujeto afectado por la medida. En principio, si consideramos que estamos ante un medio de control de una medida de alejamiento podría utilizarse la *vis coactiva*, ya que no tendría por qué ser superior a la utilizada en la colocación de unos grilletes.

En el supuesto de que después de colocado el brazalete el sujeto lo fracturase de forma intencionada, sin invadir las zonas de exclusión establecidas en la resolución judicial, o incluso, de forma totalmente voluntaria se negase a cargar la batería del aparato, podría incurrir en un delito de desobediencia del art. 556 CP, siempre que al notificársele aquélla fuese requerido para colaborar en la instalación y adecuado funcionamiento del dispositivo, con apercibimiento de que de no hacerlo podía incurrir en el citado delito. En cualquier caso, el quebrantamiento de la orden de alejamiento o de los requisitos impuestos para su cumplimiento, pueden llevar al Juez a la adopción de medidas cautelares más restrictivas como la prisión preventiva del imputado.

II. OTRAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Cuando surge la *noticia criminis* es necesario determinar la persona a la que se le imputa ese delito que ha sido denunciado o que, sin serlo, acabamos de tener conocimiento y debe ser investigado. De ahí que deban practicarse aquellas diligencias de investigación que se consideren necesarias para el total esclarecimiento de los hechos y, por supuesto, para la identificación de los presuntos autores de su comisión.

A diferencia de lo que ocurre en otros países europeos⁶³⁷, de esas diligencias la LECrim únicamente regula el reconocimiento en rueda (art. 368 y ss.) y la extracción de muestras de ADN, en el art. 363. Es decir, con esta somera excepción, recientemente introducida en su articulado con una parca reglamentación, existe una absoluta falta de regulación en nuestra Ley Procesal de los más modernos sistemas de identificación criminal que se han ido desarrollando a lo largo del siglo XX y, fundamentalmente, los impulsados por los últimos descubrimientos en el ámbito de la genética y las nuevas tecnologías.

Evidentemente nuestra Ley de 1882 no podía prever el descubrimiento de estos medios, pero es tarea propia del legislador adaptar la ley a las nuevas circunstancias existentes en la sociedad cuando la que haya no pueda responder a los problemas que en ella surgen, y si bien es cierto que algún anteproyecto global sobre una nueva ley procesal no ha llegado a ver la luz por la celebración de elecciones, no es menos cierto que temas como los que estamos tratando deberían estar perfectamente regulados en nuestra legislación, en el sentido que el legislador estimase conveniente, fijando el modo y la forma en la que deben practicarse estas diligencias de investigación, quién puede hacerlas, en qué momento, cuáles son los derechos del sometido a ellas y también que obligaciones le corresponden, si es posible el uso de la fuerza para llevar a cabo su cumplimiento, etc.

La regulación legal de una materia permite a las personas cuyos derechos puedan verse afectados obtener un mayor conocimiento sobre los mismos y transmite seguridad jurídica: los ciudadanos sabrán cuáles son sus obligaciones y los que deban aplicar la norma también conocerán el límite marcado por la ley para llevar a cabo esas diligencias. La ausencia de regulación en la materia, al igual que ocurre con las intervenciones corporales, hace que continuamente tengamos que acudir para saber cómo deben practicarse, las diligencias que vamos a analizar a

⁶³⁷ Algunas legislaciones europeas sí hacen referencia a estas técnicas, como el Código Procesal Penal italiano que en su art. 349 prevé que podrá procederse a la identificación de la persona objeto de investigación mediante pruebas dactiloscópicas, fotográficas, antropométricas, así como de otras investigaciones. La misma línea se observa en el ordenamiento alemán y así el § 81.b de la StPO señala que si fuera necesario para los fines del proceso penal o del servicio de identificación se permitirá tomar fotos e impresiones digitales del inculpado, incluso contra su voluntad, así como adoptarse sobre él mediciones u otras medidas semejantes. HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 222 y ss.

continuación, a la doctrina jurisprudencial, que si bien resulta esclarecedora, está para interpretar la ley y no para sustituirla.

II.1. La identificación mediante huellas dactilares

Este mecanismo de identificación tiene su origen en los estudios realizados por el antropólogo inglés Galton que ideó un sistema para la clasificación de los dibujos papilares, formados fundamentalmente por crestas y surcos, que son comunes a todos los seres humanos, independientemente de su raza, sexo o edad. Tienen además un carácter perenne, ya que aparecen hacia el cuarto mes de la vida intrauterina y no desaparecen hasta que se produce la descomposición del cadáver⁶³⁸ y son inmutables, es decir, el dibujo papilar con el que nace una persona no se modifica desde que nace hasta que se muere, a pesar del desarrollo fisiológico. Las cicatrices, como regla general, no afectan de modo profundo a la dermis y el dibujo vuelve a regenerarse con la misma forma que tenía; no obstante, en el caso de que esa afectación sí fuese grave y notoria, en lugar de dificultar la identificación, la facilita al añadir un elemento singular de esa persona que, además, tiene un carácter permanente e imborrable⁶³⁹.

Los dibujos papilares se caracterizan por ser todos distintos: cada persona y cada dedo posee un dibujo papilar propio, individual y exclusivo; ni siquiera son idénticos los de los gemelos univitelinos aunque sean muy parecidos. Son además infalsificables, en el sentido de que no pueden imitarse ni manipularse y fáciles de obtener, de clasificar e identificar.

Estas características que acabamos de exponer sirven de base a la Lofoscopia como disciplina que tiene por objeto el estudio de los dibujos formados por las crestas papilares o relieves epidérmicos que se encuentran en la cara palmar de las manos y en la plantar de los pies. Se divide en tres partes, según la zona estudiada por cada una de ellas:

⁶³⁸ De tal forma que si el cadáver ha sido debidamente enbalsamado, puede encontrarse en buen estado de conservación hasta mucho tiempo después de su muerte, persistiendo también los dibujos papilares, como se comprobó al descubrirse la momia de Tutankamón, treinta y cuatro siglos después de su muerte.

⁶³⁹ Sólo alguna enfermedad como la lepra pueden hacer desaparecer los dibujos papilares.

1. Dactiloscopia: estudia los dibujos papilares de los dedos de las manos o dactilogramas.
2. Quiroscopia: estudia los dibujos papilares de las palmas de las manos o quirograma.
3. Pelmatoscopia: estudia los dibujos papilares de las plantas de los pies o pelmatograma.

En el ámbito policial y judicial la Dactiloscopia es, sin duda, la que presenta una mayor relevancia práctica ya que las marcas dejadas por los dedos de las manos son las que de forma más habitual aparecen en una inspección ocular y las que resultan más fácilmente clasificables. En este sentido, debemos diferenciar dos tipos de lofogramas⁶⁴⁰:

- a. La huella: la que se deja de forma involuntaria al manipular las cosas; también se denomina invisible o latente.
- b. la impresión dactilar: la que se obtiene de forma voluntaria, por ejemplo cuando hacemos el DNI o incluso la reseña policial.

La reseña dactilar se realiza cuando se detiene a una persona, siempre que no se hubiese hecho anteriormente y consiste en obtener las diez impresiones digitales en tarjetas denominadas “decadactilares”. Estos datos posteriormente son archivados e incluidos en la base de datos SAID (Sistema Automático de Identificación Dactilar) que permite su búsqueda a nivel nacional⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Son los dibujos papilares que todos tenemos en la cara palmar de las manos y en la plantar de los pies.

⁶⁴¹ El SAID es un sistema informático que lee dactilogramas, cataloga datos e imágenes y compara figuras dactilares, es decir, permite comparar los dactilogramas latentes o buscados con los registrados en la base de datos, seleccionando aquéllos con los que existe un mayor grado de semejanza, es decir, realizará una lista de candidatos. A continuación, será el funcionario policial correspondiente el que determine manualmente la coincidencia de al menos 15 puntos característicos entre los dos dactilogramas para proceder a la completa identificación por este método tal y como exige nuestra Jurisprudencia.

El enorme desarrollo que han alcanzado los sistemas informáticos en los últimos años permite además que hoy en día la información almacenada en las bases de datos policiales de un país pueda ser compartida a nivel internacional a través de la INTERPOL⁶⁴² o incluso de los servicios de inteligencia de los Estados en la lucha contra el crimen organizado o contra el terrorismo internacional, de forma que en un margen escaso de tiempo las impresiones digitales de una persona que ha sido “fichada”, por ejemplo, en un país de la Unión Europea pueden estar en posesión de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad españoles que lo hayan detenido, quienes procederán a verificar su identidad.

De lo expuesto hasta el momento tenemos que concluir que la reseña dactiloscópica no constituye una intervención corporal, puesto que no se ve afectada la integridad ni tampoco la intimidad del detenido. En cuanto al primer derecho fundamental, el acto de entintar las yemas de los dedos para dejar sus impresiones en una cartulina de papel, evidentemente no supone ningún menoscabo físico para el sujeto. Ni siquiera en el caso de que éste se negase a realizar voluntariamente tal acto y el funcionario correspondiente tuviera que cogerle la mano para llevar a cabo la reseña, la fuerza física que habría que ejercer contra él seguramente sería mucho menor que en la mayoría de los casos en los que hay que practicar una detención con resistencia activa del sospechoso y engrilletamiento del mismo o, incluso, en la propia diligencia de cacheo. En caso de que resultase imprescindible el uso de la fuerza, porque no pudiesen obtenerse las impresiones digitales del sujeto a través del DNI o por otros medios, se utilizaría la mínima imprescindible, es decir, deberá tenerse siempre en cuenta las directrices impuestas por el principio de proporcionalidad y en ningún caso infligir un trato vejatorio, inhumano o degradante, totalmente prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien no existe una regulación expresa de esta diligencia en nuestra Ley Procesal, se permite la identificación “con medios adecuados” mediante la LOPSC, que además en su día ya fue objeto de revisión constitucional a través del

⁶⁴² Sobre la colaboración internacional en la materia y los sistemas informáticos de diferentes países véase SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN...de los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 82 y 86 y ss.

correspondiente recurso⁶⁴³. El Alto Tribunal se ha pronunciado también sobre este tema en la STC 161/1997, de 2 de octubre⁶⁴⁴, que al analizar las garantías previstas en el art. 24 de nuestra Constitución señala que no integra 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.

En cuanto a la afectación del derecho a la intimidad, no podemos negar que los datos de la reseña son ciertamente personalísimos, pues evidentemente van a servir para identificar a esa persona y que su cesión a terceros sin su consentimiento supondría una infracción de la Ley de Protección de Datos. Sin embargo, la adquisición de dichos datos por parte del Estado no responde a actividades mercantiles o de carácter lucrativo, sino que viene avalada por el ejercicio del *ius puniendi* y motivada por la detención previa como consecuencia de la presunta comisión de un hecho delictivo por parte del sujeto. Por otra parte, la comunicación de datos personales que se realiza entre las agencias policiales de los diferentes países o las de carácter internacional, tiene como único objeto la persecución del delito y de los delincuentes, siendo precisamente esa cooperación internacional una

⁶⁴³ Debemos recordar que las diligencias de identificación encuentran su amparo legislativo en el art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, cuyos párrafos 2º y 3º señalan expresamente lo siguiente: “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”.*

⁶⁴⁴ STC 161/1997, de 2 de octubre, F. Jcos. 5º y 6º.

de las armas más eficaces en la lucha contra las mafias y el crimen organizado a nivel mundial, entre otros delitos, de ahí que su utilización esté plenamente justificada y no ofrezca lugar a dudas.

En cuanto al valor probatorio de los dictámenes dactiloscópicos, dejando al margen la posible controversia sobre su naturaleza jurídica, que evidentemente no es objeto de este trabajo⁶⁴⁵, la jurisprudencia les concede pleno valor probatorio dado el alto grado de fiabilidad de este tipo de prueba y las garantías técnicas de los Gabinetes de Identificación de los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Si bien en algunos casos forman ya parte del propio atestado, en otros muchos se remiten con posterioridad al juzgado correspondiente, de ahí que no pueda considerarse a efectos legales como una simple denuncia, sino que debe destacarse fundamentalmente su carácter de informe pericial.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1990⁶⁴⁶ recoge la doctrina jurisprudencial en esta materia y señala que dos leyes fisiológicas, corroboradas por la opinión científica y por su amplia casuística, dan valor a la Dactiloscopia como medio identificador: la singularidad de las huellas dactilares y su invariabilidad en el transcurso de la vida humana; de ahí que el dictamen dactiloscópico suponga un medio de prueba parangonable al informe pericial, al contar con depuradas técnicas científicas en su elaboración, valorándose la significación de indicadas huellas como prueba indiciaría de especial relevancia. La suficiencia de tal prueba para enervar la presunción de inocencia ha sido reiteradamente proclamada por la doctrina de la Sala Segunda de este Tribunal.

⁶⁴⁵ Sobre el carácter de prueba documental o de prueba pericial del informe dactiloscópico véase al respecto HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 227 y 228, donde se hace expresa referencia a la STS de 13 de junio de 1994 que sostiene que tanto el informe dactiloscópico como las fotografías de los objetos de peritación que lo integran constituyen un documento, puesto que configura un escrito que expresa el contenido de un pensamiento y no se trata de hechos que se apoyen en la percepción de una persona; por tanto, en la medida en la que predomina el aspecto documental de la prueba no es necesario el interrogatorio personal del técnico para la contradicción del informe en el acto del juicio oral; no obstante, matiza la sentencia que se requieren determinados conocimientos técnicos sobre las características de la huella dactiloscópica (F. Jco. 5º).

⁶⁴⁶ STS 2826/1990, de 7 de septiembre, F. Jco. 2º.

Si bien como norma general, al igual que en el caso de los demás informes periciales emitidos por los Gabinetes de Policía Científica, no se precisa su ratificación en el acto del juicio oral, ello no impide que la defensa del acusado solicite la presencia de los autores del informe en el plenario a fin de someterlo a contradicción si lo considera necesario. En cualquier caso, lo que determina la prueba dactiloscópica es que el sujeto tocó un objeto, pero no que haya cometido el delito.

Para llegar a esa conclusión, además de éste, serán necesarios otros elementos probatorios, tal y como nos recuerda la STS de 30 de marzo de 1990 al señalar que el objeto en que se encuentra la huella debe ser recogido de modo que pueda quedar acreditada su existencia y particularmente el lugar donde se hallaba ubicado cuando fue encontrado⁶⁴⁷. Tras su examen pericial deberá ser conservado para el juicio oral a fin de que se halle en el local del Tribunal conforme ordena el artículo 688 de la Ley Procesal. Este hecho debe ser acreditado en el juicio oral a través de los funcionarios policiales que recogieron las huellas, quienes deberían ser llamados como testigos para declarar sobre este punto y así poder ser interrogados por las partes en adecuado respeto a los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción.

Acreditada por los informes periciales la coincidencia de la huella obtenida con la perteneciente al correspondiente dedo del sospechoso, lo único que queda probado es que aquél estuvo en el lugar donde fue hallado el objeto. Esto no es una prueba directa de la participación en el hecho delictivo, sino sólo un indicio respecto de tal participación, pues lo que directamente acredita es la estancia en el lugar donde se cometió el hecho⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ Arts. 334 y ss. LECrim.

⁶⁴⁸ STS de 30 de marzo de 1990, F. Jco. 4º.

II.2. La rueda de reconocimiento

Esta diligencia de investigación⁶⁴⁹ tiene como finalidad la identificación de una persona relacionada con un hecho delictivo, generalmente el presunto autor del delito, por parte de la víctima o algún testigo presencial de lo acaecido. Aparece regulada en los arts. 368 a 370 LECrim, de cuyo contenido se desprende que el sospechoso deberá ser puesto a la vista de quien deba reconocerlo en unión de otras personas de “circunstancias exteriores semejantes”⁶⁵⁰ que forman la denominada rueda de reconocimiento, lo que podrá hacerse en presencia de los integrantes de la rueda o desde un lugar en que no pudiera ser visto por ellos, según al Juez le parezca más conveniente. El que deba realizarlo manifestará si se encuentra en ese grupo la persona a la que hubiese hecho referencia en sus declaraciones, procediendo a designarla en caso afirmativo, de forma clara y determinada. En el acta que se extienda se harán constar todas las circunstancias del acto, incluidos los nombres de los que hubieren formado parte de la rueda de reconocimiento.

En la actualidad los edificios judiciales cuentan con instalaciones habilitadas al efecto donde los testigos pueden efectuar el reconocimiento a través de un cristal especial, sin que exista la posibilidad de ser vistos por el sospechoso. A cada uno de los integrantes de la rueda se les asigna un número y, para que no haya duda alguna sobre la identificación, se manda cambiar de posición, al menos en dos ocasiones, a los integrantes de la rueda y se hace constar, en su caso, el correspondiente a la persona que ha sido reconocida.

Como señala PICATOSTE BOBILLO, aunque en la práctica lo habitual es la disposición estática de los miembros de la rueda frente al testigo, la ley no impone esa forma ni impide que puedan moverse, de manera que se facilite a la persona que tenga que realizar el reconocimiento la visualización de los componentes del grupo desde distintas actitudes y posiciones, lo que incluso sería aconsejable

⁶⁴⁹ Sobre la naturaleza jurídica del reconocimiento en rueda véase SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN...de los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 30 y ss.

⁶⁵⁰ Véase al respecto el art. 369 LECrim.

cuando hubiera que comprobar alguna singularidad en la manera de moverse o caminar del presunto autor del delito⁶⁵¹.

Cuando fueran varios los que tuvieran que reconocer a un mismo sospechoso se practicará de forma separada una rueda por cada uno de los testigos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que se haya efectuado el último reconocimiento. Cuando fueran varios sujetos los que hubieran de ser reconocidos por una misma persona, podrá hacerse el reconocimiento de todos en un solo acto⁶⁵². Debe evitarse que los testigos vean a la persona que tengan que identificar y a las demás que vayan a formar parte de la rueda antes de practicarse la diligencia.

Por su parte, el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, establece en su art. 2.10 que cuando para la identificación de un menor haya de acudirse a la diligencia de reconocimiento prevista en el art. 369 LECrim, dicha diligencia solo podrá llevarse a cabo con orden o autorización del Ministerio Fiscal o del Juez de Menores según sus propias competencias.

Para su práctica se utilizarán los medios que resulten menos dañinos a la integridad del menor, debiendo llevarse a cabo en las dependencias de los Grupos de Menores o en las sedes del Ministerio Fiscal o autoridad judicial competente. La rueda deberá estar compuesta por otras personas, menores o no, conforme a los requisitos de la LECrim. Cuando la rueda esté compuesta por otros menores de edad, se deberá contar con su autorización y con la de sus representantes legales o guardadores de hecho o de derecho, a salvo el supuesto de los mayores de 16 años no emancipados y de los menores emancipados en que sea de aplicación lo

⁶⁵¹ PICATOSTE BOBILLO, J.C., *“Notas sobre la práctica del reconocimiento en rueda”* en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 370 y 371.

⁶⁵² Véase el art. 370 LECrim.

dispuesto para las limitaciones a la declaración de voluntad de los menores en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor⁶⁵³.

De la regulación contenida en nuestra Ley Procesal se desprende en primer lugar que estamos ante una diligencia de carácter judicial, puesto que tal y como establece el art. 368 de esa norma, debe ser realizada ante el Juez instructor únicamente cuando existan dudas sobre la identidad del presunto autor o implicado en la comisión de los hechos, con asistencia letrada y en presencia del secretario judicial que dará fe y levantará acta de todo lo actuado, especialmente de los intervinientes en la diligencia (Juez, testigos, imputado, abogados), de la fecha en que se practica la diligencia, el resultado de la misma y, en su caso, las manifestaciones de los letrados, por ejemplo, en cuanto a la composición de la rueda, las características de sus integrantes, su colocación en el grupo, etc.

Debemos tener en cuenta que se trata de un acto irrepetible que, en su caso, podrá practicarse con el carácter de prueba anticipada en atención a lo dispuesto en los arts. 448 y 449 LECrim, o bien reproducirse en el acto del juicio oral por la vía prevista en el art. 730 de dicha norma procesal⁶⁵⁴, de ahí que la redacción del acta se realice con especial esmero, recogiendo además de las circunstancias ya señaladas, las aclaraciones que realicen los testigos sobre los rasgos en los que basan la identificación, las vacilaciones, si las hubiera, o la seguridad que manifestaran al realizar el reconocimiento.

Las personas que formen parte de la rueda de reconocimiento deben tener unas características físicas semejantes al sospechoso, tal y como prevé el art. 369 LECrim, incluso algunos autores hacen referencia en tal sentido a cualquier elemento que pueda configurar su apariencia externa como la ropa, las gafas,

⁶⁵³ El Art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, recoge los principios generales sobre protección jurídica del menor y establece textualmente: *“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”*.

⁶⁵⁴ El art. 730 LECrim establece que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

etc.⁶⁵⁵. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2000 considera que la exigencia de semejanza se concreta en la imposibilidad de formar la rueda con un imputado que presente una nota peculiar de su semblante, fisionomía o de estructura personal, de manera que esa nota característica como la raza, el tramo de edad, etc., deben concurrir en los integrantes de la rueda, asegurando el requisito de la semejanza que no debe ser entendido de forma tan rigurosa que hiciera imposible su realización⁶⁵⁶.

En la resolución de 7 de diciembre de 2000, el mismo Tribunal, señala que la diligencia sumarial realizada para reconocer a las personas sospechosas de estar implicadas en un delito es de extrema importancia porque no es posible repetirla en el acto del juicio; de ahí que deba revestir una serie de condiciones para su validez como es la asistencia letrada a la persona cuyo reconocimiento se pretenda. También ha de cumplirse la exigencia de semejanza entre las personas que sean incluidas en la rueda junto con el sospechoso y este mismo; sin embargo, una extremada semejanza, aparte de imposible de lograr, sería también ineficaz para los fines que se pretenden, pues dificultaría en extremo a las personas encargadas de designar a una entre otras, el reconocimiento de la buscada. Por eso, la Sala 2ª del Tribunal Supremo también ha señalado que la no semejanza entre las personas mostradas ha de ser extrema para que no cumpla la exigencia del artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; cabe pensar que tal sería el caso cuando hubiera diferencias de sexo o de color de piel, pero no cuando las personas mostradas vistan en forma semejante y tengan estaturas y condiciones físicas no extremadamente diferentes⁶⁵⁷.

Por otra parte, la Ley Procesal no hace referencia al número de integrantes de la rueda, que en la práctica suele estar compuesta por cuatro o cinco personas y así se admite de forma pacífica por la doctrina jurisprudencial⁶⁵⁸. Esta cuestión puntual, se regula en la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, cuyo art. 155, párrafo 2º,

⁶⁵⁵ Véase al respecto VILA MUNTAL, M. A., *“La identificación del delincuente”* en La actuación de la policía judicial en el proceso penal, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 330 y ss.

⁶⁵⁶ STS de 15 de diciembre de 2000, F. Jco. 1º.

⁶⁵⁷ STS 1733/2000, de 7 de diciembre, F. Jco. 2º.

⁶⁵⁸ Véase a título de ejemplo la STS 1507/2002, de 18 de septiembre, F. Jco. 2º.

establece que el grupo se compondrá al menos de cinco personas, además de las que deban ser reconocidas.

Por lo que respecta a su valor probatorio, es pacífica la doctrina jurisprudencial que considera que el reconocimiento así efectuado sólo desvirtúa la presunción de inocencia si es posteriormente ratificado en el juicio oral por el testigo después de ser sometido a contradicción entre las partes.

A modo de resumen, queremos poner de manifiesto el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1992, de 16 de enero, de cuyos fundamentos jurídicos, en especial del 3º, se pueden extraer los elementos más característicos del reconocimiento en rueda:

- Tiene como objeto la determinación del inculpado mediante la percepción visual del observador.
- Es una diligencia que debe practicar el Juez de instrucción y no la policía.
- Para desvirtuar la presunción de inocencia deberá someterse con posterioridad su resultado a las garantías de la inmediación y la contradicción propias de la vista oral.
- Deberá cumplirse el requisito previsto en el art. 369 LECrim de que la persona que haya de ser reconocida comparezca junto con otras de características exteriores semejantes.

La negativa o incluso la falta de cooperación del sospechoso a formar parte en la rueda de reconocimiento, por ejemplo, tapándose la cara, haría la diligencia inviable al no ser posible la imposición coactiva⁶⁵⁹ y habría que acudir a su identificación por otros medios, sin perjuicio de que esa falta de cooperación pudiera

⁶⁵⁹ Lo que se fundamenta no sólo en el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que recoge el art. 24.2 CE, sino también en la prohibición de emplear cualquier género de coacción o amenaza sobre el procesado prevista en el art. 389.3 LECrim.

interpretarse como un indicio contra aquél o incluso pudiese ser constitutiva de un delito de desobediencia. El que sí tendrá obligación de comparecer para efectuar el reconocimiento será el testigo llamado a ello, sobre el que pesa la obligación de declarar establecida con carácter general en el art. 410 LECrim y de forma más específica en el art. 368 de la misma norma, en el que ya se regula la identificación en rueda.

II.3. El reconocimiento de voz

El timbre de la voz humana posee particularidades diferenciadoras que lo configuran como un elemento identificador de las personas y posibilita, por ejemplo, la realización de pruebas periciales que permiten que el autor de un delito pueda ser identificado a través de su voz. Pero en el proceso penal, la víctima o los testigos de un hecho criminal también pueden ser sometidos a una prueba de reconocimiento mediante la audición de una grabación de la voz del presunto autor o por medio de la denominada “rueda de voces”, diligencia similar a la estudiada en el apartado anterior, en la que, en este caso, deberán reconocer, o no, la voz del presunto autor del delito.

Esta diligencia de identificación no aparece regulada en nuestra legislación procesal, de ahí que como en otras ocasiones debamos acudir a los criterios jurisprudenciales para conocer sus requisitos elementales y su valor probatorio, aplicándose además por analogía lo dispuesto en los arts. 369 y 370 LECrim en lo relativo a la semejanza de las voces y el contenido del acta donde se recoge la diligencia. Así, deberán excluirse las voces que pertenezcan al sexo contrario o a edades y tonos muy distintos; durante la audición el testigo no podrá ver a la persona que esté hablando y si el autor del delito pronunció alguna frase determinada durante la comisión de los hechos, ésta debería reproducirse durante la rueda de voces.

Resulta especialmente relevante el contenido de la STS de 3 de noviembre de 1997, según la cual la identificación de una voz no pasa necesaria y exclusivamente por la prueba pericial técnica realizada en los laboratorios especializados, ya que

nuestro sistema admite que se puedan utilizar otros instrumentos probatorios, quizá menos fiables desde el punto de vista científico, pero no exentos de una cierta virtualidad probatoria. Así se ha admitido en algunas sentencias de la Sala 2ª la identificación del sospechoso por medio del reconocimiento de la voz efectuada por la víctima del delito y no se descarta la posibilidad de realizar una especie de "rueda de voces" para identificar de entre ellas la que se atribuye al posible autor del hecho delictivo. La similitud fonética de las voces puede ser apreciada directamente por el Tribunal o ser deducida de la valoración del testimonio de quien ha percibido la voz del sospechoso y la identifica ante la autoridad judicial⁶⁶⁰.

En cualquier caso, para que pueda practicarse esta diligencia es preciso que con anterioridad se haya identificado de alguna forma a la persona cuya voz se pretende reconocer para que pueda formar parte de la rueda de voces. Muchas son las dudas que puede ofrecer su resultado, no sólo por una posible limitación en la capacidad auditiva del propio testigo, sino por la propia flexibilidad de la voz humana que permite su modificación en cualquier momento, ya sea al cometer el delito o al someterse a la rueda, de ahí que el grado de fiabilidad de esta prueba no sea demasiado alto y en todo caso sean necesarias otras pruebas complementarias para fundamentar una sentencia condenatoria⁶⁶¹.

En cuanto a la forma en que ha de conseguirse la muestra de voz del sospechoso⁶⁶² y si éste puede negarse a facilitarla, la STS de 3 de noviembre de 1997, ya citada, señala que la negativa del interesado a practicar la prueba científica no supone, por sí misma una confesión ficticia, pero ello no impide, como sucede en la prueba de paternidad que el Tribunal pueda utilizar o valerse de otros elementos probatorios que le lleven a la convicción de que la voz, de la que pueden derivarse consecuencias inculpatórias, es de una determinada persona. El imputado dispone

⁶⁶⁰ STS 1332/1997, de 3 de noviembre, F. Jco. 2º.

⁶⁶¹ En tal sentido STS de 26 de octubre de 1990, F.Jco. 3º. Referencia extraída de HUERTAS MARTÍN, ob. cit., p. 254.

⁶⁶² La redacción del § 81b StPO, que habla de medidas similares a la toma de fotografías y huellas dactilares, permite según HUERTAS MARTÍN, ob. cit., p. 254, incluir en ese precepto el reconocimiento de voces, de tal forma que en el derecho alemán se permite la utilización de una grabación efectuada de una declaración del imputado para realizar una comparación de voces, pero siempre con el consentimiento del mismo. Se considera, sin embargo, que ello no autoriza a tomar una muestra de voz de forma clandestina, es decir, si su consentimiento.

de la posibilidad de enervar los efectos incriminatorios derivados de una conversación o expresión grabada en un soporte magnético y si no lo hace deberá someterse a las consecuencias que se deriven de la existencia de otras posibilidades probatorias disponibles en la causa⁶⁶³.

Sostiene esta resolución que estamos ante una prueba que por sus características no supone una intervención corporal ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física; desde el punto de vista de su agresividad corporal se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales.

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, considera el Tribunal Supremo 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 reconociendo su culpabilidad ya que, como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento 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 17.3 y 24.2 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

⁶⁶³ STS 1332/1997, de 3 de noviembre, F. Jco. 2º.

derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuere negativo, puede exculpar al imputado⁶⁶⁴.

En cuanto a la identificación mediante grabaciones de voz inicialmente el Tribunal Supremo consideró este método poco fiable debido a la existencia de medios tecnológicos cada vez más perfeccionados que permiten realizar montajes e imitaciones muy difíciles de distinguir⁶⁶⁵; sin embargo, en sentencias posteriores, como la de 4 de mayo de 2001, se otorga plena validez a los dictámenes periciales efectuados sobre grabaciones de voz⁶⁶⁶.

Por último señalar que nuestra jurisprudencia admite la identificación de la voz del delincuente mediante la apreciación directa por parte del Tribunal o por medio de testigos que puedan reconocerla, como, por ejemplo, los policías que realizan las escuchas telefónicas y reconocen la voz de los acusados. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000 subraya: *“En lo que se refiere a la identificación de la voz que aparece en las cintas, propia del recurrente, hemos de decir que la prueba pericial y la comprobación directa del Tribunal no pudo llevarse a cabo ante la negativa de los acusados a pronunciar ni una sola palabra. Sin embargo, se ha podido contar con el testimonio de varios agentes policiales que aseguraron haber reconocido en su momento las voces de las conversaciones telefónicas y que alguna de esta voces correspondían al acusado”*.⁶⁶⁷

⁶⁶⁴ STS 1332/1997, de 3 de noviembre, F. Jco. 2º.

⁶⁶⁵ STS 1204/1989, de 17 de abril, F. Jco. 3º.

⁶⁶⁶ STS 787/2001, de 4 de mayo, F.Jco. 3º, relativa a un informe pericial sobre escuchas telefónicas en un delito contra la salud pública.

⁶⁶⁷ STS 1268/2000, de 30 de octubre, F. Jco. 4º. Véase en similar sentido la STS 596/2005, de 9 de mayo, F.Jco. 3º.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Primera: La variedad de matices y la heterogeneidad de actuaciones que pueden tener cabida dentro de las habitualmente denominadas “intervenciones corporales”, así como la escasa regulación legal de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico interno, ha dado lugar a una extensa gama de definiciones y opiniones doctrinales sobre este tipo de actuaciones. Por su parte, la jurisprudencia tampoco establece una línea diáfana y definida sobre este concepto.

No obstante, a la vista de lo expuesto en esta Tesis Doctoral, podemos considerar como tal aquellos actos de investigación o de prueba que se realizan sobre el cuerpo de una persona viva y que se practican con la teleología de constatar hechos y circunstancias relevantes para el proceso.

Aunque mayoritariamente se habla de intervenciones corporales en el marco del proceso penal, no debe olvidarse la aplicación de los análisis de ADN y otras técnicas médicas en esferas distintas, como la investigación de la paternidad, la esterilización de incapaces o los tratamientos médicos obligatorios. Por ello, y sin perjuicio de su correspondiente regulación específica, entendemos que tratándose de la misma prueba, su práctica debe estar rodeada de las mismas garantías y exigirse los mismos requisitos, puesto que también se produciría una clara vulneración de derechos en la persona afectada por la medida.

Segunda: La diversidad de intervenciones corporales, la variedad de técnicas utilizadas en su ejecución e incluso la finalidad que persiguen, no permiten determinar de forma uniforme su naturaleza jurídica, pero en lo que sí existe unanimidad doctrinal es que en todas ellas se produce, de una forma más o menos intensa, la afectación de derechos fundamentales amparados por la Constitución Española y por ello sujetos tanto a los límites como a las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que las normas que regulasen este tipo de actuaciones, tratándose de derechos fundamentales, serían Leyes orgánicas.

Sin embargo, no toda regulación de este tipo relativa a los derechos fundamentales debe realizarse mediante Ley orgánica, porque tal y como establece

la STC 22/1986, de 14 de febrero, las normas procesales no responden siempre al desarrollo de un derecho fundamental sino que pueden regular los cauces a través de los cuales ese derecho ha de ejercerse. Entonces la naturaleza de la norma va a depender del aspecto que se quiera regular: si esa regulación afecta a un derecho fundamental, en virtud de los artículos 53.1 y 81.1 CE, debería tener rango de Ley orgánica, en caso contrario bastaría una ley ordinaria. Por ello, los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los que se fundamentaba la práctica de las intervenciones corporales resultaban insuficientes y fue necesaria su reforma a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal.

Tercera: A diferencia de otros países de nuestro entorno como, por ejemplo, Alemania o Reino Unido, el legislador español no ha sabido adaptarse al desarrollo científico y tecnológico acaecido en las últimas décadas, lo que ha originado que en nuestro ordenamiento interno exista una escasa regulación legal de las intervenciones corporales y la promulgada, se ha desarrollado de una forma inconcreta y tardía. Por ello, la solución de los problemas que en la práctica se suscitaban recayó en los órganos judiciales y sus resoluciones, frecuentemente recurridas, tampoco aportaron respuestas jurisprudenciales uniformes y diáfanas.

Sin duda alguna, el punto de inflexión en esta materia lo establece la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, que añade un párrafo 3º al art. 326, un párrafo 2º al art. 363 y la Disposición Adicional 3ª LECrim, y permite diferenciar dos etapas cardinales en el desarrollo esta materia: hasta la reforma introducida por la LO 15/2003, la realización de intervenciones corporales se fundamentaba en los arts. 339 y 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, preceptos genéricos relativos a la elaboración de informes periciales; y con posterioridad a la reforma se basará en los nuevos preceptos introducidos por la misma que permiten tanto la recogida de huellas o vestigios en el lugar de comisión del delito, cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, como la obtención, mediante resolución judicial motivada, de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, el Juez de Instrucción podrá decidir la práctica de actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Con todo, esta reforma resulta ostensiblemente insuficiente puesto que se refiere únicamente a medidas que tengan como finalidad la determinación del perfil de ADN del sospechoso, por lo que, en principio, no sería aplicable a otras finalidades distintas; por ejemplo, realizar un reconocimiento médico, ni tampoco a quien ostente la condición de tercero en el proceso, como la víctima o los testigos. Asimismo, no se aporta solución legislativa alguna para el supuesto de que el sujeto se niegue a practicar la prueba (negativa); si es posible el uso de la fuerza física en este caso, o por el contrario, sólo cabría la posibilidad de juzgarlo como autor de un delito de desobediencia. Tampoco está regulada la realización de test masivos, ni siquiera en los supuestos en los que exista consentimiento de los sujetos pasivos.

Perdura, por lo tanto, en nuestro Derecho una importante laguna legal en esta materia que es preciso superar, porque no sólo están en juego los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino la propia seguridad jurídica de éstos, porque resulta obvio que sus derechos deben verse reconocidos y amparados por unas leyes claras y concretas; e igualmente la de los propios jueces y tribunales que al aplicar una legislación diáfana y concluyente, no correrán el riesgo de realizar difíciles labores interpretadoras de una normativa poco apropiada y en algunos casos totalmente obsoleta.

Cuarta: El derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Constitución Española es uno de los derechos que de forma más frecuente y con mayor gravedad puede verse menoscabado por la práctica de una intervención corporal, al recaer ésta directamente sobre el cuerpo de una persona y afectar, por tanto, a su esfera más íntima. El contenido de este derecho o, más bien, de lo que hoy entendemos por intimidad ha sufrido una importante evolución a lo largo de los siglos y depende no sólo del momento histórico en que nos encontremos, sino también de la sociedad y la cultura de que se trate, de ahí la complejidad para definirlo y delimitarlo, que habitualmente ha ido unida a la contraposición de lo *privado* frente a lo *público*.

El concepto de intimidad podría reconducirse a la esfera en la que cada persona tendría la facultad de decisión, evitando intromisiones ajenas y no deseadas, con capacidad para disponer de lo que otros pueden conocer de ese ámbito más reservado. En otras palabras, un reducto espiritual de la persona con una especial protección frente al conocimiento ajeno, un espacio físico y anímico

regido por la voluntad del individuo, cuyo fundamento último radica en garantizar un entorno de soberanía personal en el que una persona pueda desenvolverse sin intromisión de los demás.

Así, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, señala que el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación 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 vida, y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo.

En suma, el derecho a la intimidad se proyecta en una doble vertiente que nos permitirá entender su limitación por una medida de intervención corporal: la libertad de vivir cada uno su propia vida conforme a sus gustos o preferencias, sin imposiciones uniformadoras del grupo social, pero de vivirla en sociedad, de manera que el goce de esa libertad no vulnere los derechos o intereses de los demás.

Quinta: Aunque en principio la intimidad tiene un carácter excluyente y se identifica con el derecho a estar sólo o a ser dejado en paz, los límites de este derecho se han ensanchado y ya no se trata solamente de la potestad que tenemos de que un tercero conozca, o no, nuestra vida privada, sino también la posibilidad de controlar lo que otros conocen de nosotros mismos. De esta forma, el derecho a la intimidad tiene un ámbito interno y otro externo; en el primer caso estaríamos ante un derecho de defensa frente a las intromisiones o injerencias ajenas en la vida privada; mientras que en el segundo, nos encontraríamos ante una interpretación expansiva.

En este ámbito externo se encuentra la intimidad informática, donde existe la obligación de mantener lo que se denomina la calidad de los datos; esto significa que dichos datos han de ser utilizados para una finalidad concreta y determinada. Ha de tratarse de datos veraces, es decir, ciertos, que deben ser convenientemente actualizados o puestos al día a través de la actividad de control de instituciones como la Agencia Española de Protección de Datos. De esta manera cualquier ciudadano puede tener constancia de la información relativa a él mismo contenida en una base de datos y, eventualmente, solicitar su rectificación.

Muchos de estos datos tienen un carácter “sensible” porque reflejan aspectos básicos de la personalidad (creencias religiosas, opiniones políticas, informes íntimos, etc.) configurándose como un bien jurídico que es necesario proteger. De esta forma, la libertad informática ya no sólo es la libertad de negar información de carácter personal, sino también la libertad de controlar el uso de los datos personales incluidos en un programa o portal informático.

Sexta: El contenido de los derechos fundamentales no necesita desarrollo legislativo para su aplicación ni para su eficacia. No obstante, de lo dispuesto en los artículos 53.1 y 81 CE, dicho desarrollo debe realizarse mediante Ley orgánica que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. En base a ello se han promulgado dos leyes que tienen por objeto la protección de la intimidad: en primera instancia, 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, con la que se pretende la garantía civil de estos derechos previstos en el art. 18.1 CE y, en segundo lugar, la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, que desarrolla el contenido del art. 18.4 de la Norma Fundamental.

El artículo 1 de la LO 1/1982 establece que aquellos derechos serán protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, según lo establecido en la propia ley. Sin embargo, cuando dichas intromisiones sean constitutivas de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal. El concepto básico y delimitador, en torno al que gira la protección otorgada por esta norma es el de “intromisión ilegítima”, lo que supone una perturbación o violación del ámbito protegido, de tal modo que si aquélla se produce habrá una lesión del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen; y en caso contrario, no hay vulneración de estos derechos.

Por lo tanto, la protección ya no se fundamenta en el resarcimiento patrimonial por el daño causado, aunque se mantiene la indemnización que se extenderá al daño moral y se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, así como el beneficio obtenido por el causante de la misma. Ahora el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su libre desarrollo, y por ello el art. 9.3 de la LO 1/1982 establece que la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Así los ciudadanos tienen

un ámbito de intimidad protegido de tal modo que las intromisiones ilegítimas provocan una sanción sin necesidad de demostrar la existencia de un daño. La facultad de exclusión es *erga omnes*, ya se trate de otros ciudadanos, de los medios de comunicación o de la propia Administración Pública. El artículo 7 de esta Ley Orgánica determina lo que ha de considerarse como tal describiendo una serie de posibilidades o formas materiales de intromisión que según nuestro Alto Tribunal deben ser entendidas a título enunciativo y no como *numerus clausus*.

Es precisamente el régimen de excepciones a lo que debe entenderse por intromisión ilegítima el que lleva a una parte de la doctrina a considerar que estamos ante una noción de intimidad estricta o restringida vinculada únicamente a las manifestaciones más reservadas de la vida personal y familiar como son el propio cuerpo, la salud, la sexualidad, las relaciones familiares o la propia muerte, es decir a las materias que tienen un ámbito personalísimo.

El derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por el vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la CE protegen. Será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata y cuál es el nexo que une a las personas en cuestión, pero no cabe duda de que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad, por lo que existe al respecto un derecho propio y no ajeno a la intimidad, constitucionalmente protegible.

Séptima: El derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades consistentes en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la

recogida y uso de los datos personales, el derecho a ser informado sobre el destino y uso de los mismos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar, en definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales.

El derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos datos que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado. De este modo, su objeto de protección 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 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. Los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

El derecho de autodeterminación informativa es susceptible de definirse 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.

Octava: En el marco de las intervenciones corporales el propio individuo, es decir, el cuerpo del sujeto, puede convertirse a su vez en objeto de prueba para la práctica de determinadas pericias que hoy en día arrojan resultados incontestables para el esclarecimiento de los hechos. Por ello, esa actuación de los poderes

públicos sobre la persona afectará, sin duda alguna, al contenido del derecho a la intimidad, especialmente a la intimidad personal, pero al mismo tiempo, al recaer sobre el propio cuerpo, puede invadir lo que se denomina la intimidad corporal.

Desde una perspectiva constitucional, se considera aquélla como una parte o una manifestación de la intimidad personal, que no se extiende a todo el cuerpo humano, sino solamente a aquellas partes reservadas al pudor o al recato, que serán determinadas en virtud de los criterios arraigados en la cultura y la sociedad. No se admite, por tanto, la existencia de espacios objetivos de intimidad, lo que propició en su momento importantes críticas doctrinales tanto por el carácter restrictivo que se otorga a la intimidad corporal como por la ambigüedad de los conceptos utilizados.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, realiza una importante clasificación de los actos de investigación que puedan recaer sobre el cuerpo humano y ahonda en la doctrina ya establecida, ampliando el contenido de la intimidad corporal al disponer que en las inspecciones y registros corporales puede verse afectado este derecho fundamental si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, o inciden en la privacidad.

El derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal; por ello diligencias o actos de prueba como las intervenciones corporales, pueden conllevar por razón de su finalidad, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.

Novena: En la actualidad los análisis genéticos permiten recabar mucha más información que la meramente identificatoria, porque afecta a la propia esencia de la persona, ya que cada individuo posee un código genético único y exclusivo (a excepción de los gemelos homocigóticos) que puede ser individualizado a través de muestras biológicas mínimas. En otras palabras, cada persona posee un ADN propio y distinto de los demás.

Así, mediante estos análisis podemos obtener una prueba de identificación, vital en una investigación criminal o en una demanda de paternidad, pero además nos pueden suministrar importantes datos sobre la denominada herencia genética

de un individuo. El ADN contiene el código genético de cada persona que permite conocer, por ejemplo, la predisposición que tiene a padecer determinadas enfermedades o a transmitir las a sus descendientes; es decir, pueden obtenerse datos relevantes sobre su salud, su personalidad, sus potencialidades intelectuales e incluso sus tendencias sexuales o psicológicas. Por tanto, la intimidad afectada en este ámbito no es únicamente de carácter individual, sino que se trata de datos familiares que se adquieren y se transmiten de forma hereditaria, de ahí que en esta Tesis Doctoral se hable de “intimidad genética” para hacer referencia a la información, altamente sensible, que los análisis genéticos permiten obtener de éste ámbito tan reservado y profundo de la esencia de una persona.

Estamos ante un derecho subjetivo, que requiere el ejercicio efectivo por parte de su titular y le confiere la facultad de defenderse de intromisiones no consentidas en su esfera privada, pero que al mismo tiempo presenta una dimensión objetiva que exige su garantía, protección y defensa por parte del Estado, incluso antes de que ese derecho resulte lesionado, mediante los correspondientes procedimientos y órganos de control. Con ello se trata de evitar tanto la extralimitación de los poderes públicos en este ámbito, por ejemplo, con fines de investigación criminal, como los posibles abusos de los particulares, como empresas o compañías de seguros interesadas en conocer el perfil genético de sus empleados y asegurados con la finalidad de cerciorarse de que contratan a personas sanas y más rentables económicamente o de que van a reducir costes significativamente.

Décima: La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, define en su art. 3 los biobancos como establecimientos públicos o privados, sin ánimo de lucro, que acogen una colección de muestras biológicas concebida con fines diagnósticos o de investigación biomédica, y organizados como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino. Sus objetivos son promocionar la investigación científica poniendo a disposición de los investigadores material biológico de origen humano, adecuadamente clasificado y conservado, así como prevenir el tráfico ilícito de este tipo de muestras, partiendo de la cesión gratuita de las mismas, aunque repercutiendo los costes que origine su obtención, procesamiento, conservación y entrega. Igualmente asumen los biobancos el procedimiento relativo al consentimiento del sujeto y de sus datos personales.

Se garantizará la protección de la intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos personales que resulten de la actividad de investigación biomédica, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de Datos de Carácter Personal; y las mismas garantías serán de aplicación a las muestras biológicas que sean fuente de información de carácter personal.

La cesión de datos de carácter personal a terceros ajenos a la actuación médico-asistencial o a una investigación biomédica, así como los datos obtenidos del sujeto fuente que pudieran revelar información de carácter personal de sus familiares, requerirán el consentimiento expreso y escrito del interesado. También se prohíbe la utilización de datos relativos a la salud de las personas con fines distintos a aquéllos para los que se prestó el consentimiento.

Décimo primera: El objetivo fundamental de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, es, tal y como señala su artículo 1, la creación de una base de datos en la que de manera única, se integren los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en los que se almacenan los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN que se hayan realizado en el marco de una investigación criminal, o en los procedimientos de identificación de cadáveres o de averiguación de personas desaparecidas, y que orgánicamente se integre en el Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad.

De este modo, se inscribirán 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 y el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de delincuencia organizada; incluyéndose, finalmente 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 no precisará el consentimiento del afectado, que 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. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.

Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial 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. Estos datos podrán utilizarse únicamente por las unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como por las autoridades judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos antes señalados y podrán cederse a la policía y las autoridades judiciales de países terceros de acuerdo con lo establecido en los convenios internacionales ratificados por España, a las policías autonómicas y al Cuerpo Nacional de Inteligencia. La conservación de los identificadores no superará el tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito o para la cancelación de antecedentes penales si hubiese sentencia condenatoria.

Décimo segunda: Si partimos de un concepto amplio de integridad, que englobaría la inviolabilidad de la persona, la integridad personal abarcaría el cuerpo humano con todos sus componentes, desde las moléculas que forman sus genes, incluyendo por tanto la integridad genética, hasta su anatomía y apariencia, así como las potencialidades intelectuales y sensoriales, incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o padecimiento psicológico o moral.

Mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral se 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 de su titular, puesto que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, es decir, el derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento.

Décimo tercera: El derecho a la integridad, si bien tiene el carácter de fundamental no por ello podemos decir que sea absoluto, sino que alguno de sus contenidos pueden ser limitados por el legislador cuando exista una causa justificada para ello (como la investigación de la paternidad o el esclarecimiento de un delito grave), en base al principio de proporcionalidad y a la adecuada ponderación de las circunstancias del caso que deberán hacer los órganos judiciales. En supuestos como estos se considera que la afectación de la integridad es mínima y resulta necesaria para alcanzar el fin legítimo que se persigue.

En su condición de personas físicas, los menores e incapaces son también titulares del derecho a la integridad física y moral, sin perjuicio de que la minoría de edad o la ausencia de capacidad legal, hagan necesaria la intervención de sus padres o tutores o, en su caso, del órgano judicial competente, en actos concretos relativos al ejercicio del derecho (intervenciones quirúrgicas, esterilizaciones, etc.) que puede imponer limitaciones al mismo en aras a proteger el supremo interés del menor o del incapaz.

Décimo cuarta: El rechazo a un tratamiento médico forma parte de la capacidad de autodeterminación de la persona y del contenido esencial del derecho a la integridad física y se rige por el principio general de que nadie puede ser obligado a someterse a este tipo de procedimientos médicos sin su consentimiento. Sin embargo, los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo para la salud pública, en el marco de las razones sanitarias establecidas por ley, y también cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

El consentimiento constituye un acto personal y voluntario, que para su validez requiere ser emitido de forma libre y consciente por el sujeto tras recibir, de manera que le resulte comprensible, la información adecuada a sus necesidades, así como los riesgos y consecuencias de los posibles medios de curación: es lo que se denomina el consentimiento informado. Se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, así

como los demás que supongan riesgos importantes o repercusiones negativas en la salud del paciente.

Décimo quinta: La asistencia médica en nuestro ordenamiento jurídico se configura como un derecho y no como un deber, puesto que el paciente puede escoger entre aceptar el tratamiento que se le ofrece o pedir el alta médica. Cuando una persona mayor de edad y plenamente capaz rechace el tratamiento deberán buscarse soluciones alternativas y, de no haberlas, no puede imponérsele por la fuerza. No obstante, se trata de un derecho personalísimo que sólo puede ser ejercitado por el interesado, de ahí que sus familiares no estén legitimados para rechazar la intervención, salvo que conste de forma clara y fehaciente la negativa del enfermo a aquélla.

Por tanto, cuando se trate de menores de edad, los padres no podrán poner en peligro la vida de su hijo por sus convicciones religiosas. El Juez deberá resolver el conflicto entre la libertad religiosa y el valor fundamental de la vida, teniendo en cuenta la edad del menor, si tiene suficiente madurez y el perjuicio irreparable que una decisión tan grave puede ocasionar, es decir, deberá resolver atendiendo al interés preponderante del menor.

Décimo sexta: El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad y les impone el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares.

El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. La aceptación de ésta es un acto que la ley no prohíbe pero no un derecho subjetivo de carácter fundamental, por ello no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva, en este supuesto, es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente.

El derecho a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 CE resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de

su voluntad, lo que puede venir determinado por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional.

Por ejemplo, la sujeción especial existente entre la Administración y los reclusos origina una serie de derechos y deberes recíprocos entre los que destaca el deber de la primera de velar por la vida, la integridad y la salud de los segundos; y estos valores constitucionalmente consagrados permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de los internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, límites que podrían resultar contrarios a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso de otros internos que no se encuentren en esa situación.

Décimo séptima: La protección de la salud pública y la prevención de enfermedades, como fines constitucionalmente encuadrables en el art. 43.2 CE y tutelados a través de diversas disposiciones de carácter administrativo, pueden limitar el ejercicio del derecho a la integridad corporal, en concreto el derecho a rechazar el tratamiento médico y dentro de éste el catálogo de vacunas previsto por la Administración Sanitaria (inicialmente no obligatorio, sino sólo recomendable) en los casos en los que exista un riesgo para la salud de la población y en especial en los casos de brotes de enfermedades que pueden prevenirse mediante la vacunación, pero no ampararía la aplicación obligatoria de las vacunas infantiles en el caso de que los padres se nieguen a que su hijo sea vacunado según el calendario sanitario previsto al respecto.

En todo caso, la medida deberá ser adoptada mediante resolución judicial y, al igual que en los demás supuestos de intervenciones corporales, tendrá que cumplir con todos los requisitos que integran el principio de proporcionalidad. La competencia para adoptar esta resolución corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa al establecer el art. 8.6 de la Ley 2/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

Décimo octava: La extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse por un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable.

El consentimiento deberá ser libre y explícitamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad, es decir, deberá ser un consentimiento específico para el trasplante que se vaya a realizar, después de recibir una información adecuada sobre las consecuencias y riesgos, así como las posibles alternativas a la intervención, y podrá ser retirado en cualquier momento.

Se prohíbe la extracción de órganos y tejidos para trasplante de las personas incapacitadas física o psíquicamente para prestar su consentimiento, pero se permite la extracción de tejidos regenerables cuando el receptor sea hermano del donante y resulte necesario para salvar su vida, al no haber otro donante compatible, siempre que el incapaz no exprese su rechazo a la extracción y se dé la autorización de su representante legal o autoridad competente. De esta forma, la decisión del incapaz sólo se tiene en cuenta en caso de que sea negativa, es decir, la que no le va a suponer riesgo ni perjuicio alguno y que resulta coherente con el carácter voluntario de la donación de órganos.

Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores. En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

Décimo novena: No será posible la esterilización de un deficiente mental si con carácter previo no ha sido declarada judicialmente su incapacitación. Nuestro ordenamiento permite promover no sólo la esterilización de los mayores incapaces, sino también la de los menores de edad que reúnan los requisitos legalmente previstos. Se establece como criterio rector el del mayor interés del incapaz, lo que implica tener en cuenta exclusivamente su propio beneficio y no el de sus representantes legales, ni mucho menos las políticas demográficas de carácter eugenésico que pudieran establecerse. Por tanto habrá que examinar si esta medida

favorece las condiciones de vida de esa persona, contribuyendo de ese modo a su bienestar.

La petición de esterilidad podrá realizarse conjuntamente con la demanda de incapacidad, a tramitar según las normas del juicio verbal, o bien, con posterioridad al mismo; es decir, una vez que exista una sentencia judicial firme de incapacidad, mediante un expediente de jurisdicción voluntaria. En cualquier caso son trámites imprescindibles recabar el dictamen de dos especialistas, el informe del Ministerio Fiscal y que el incapaz sea explorado por el Juez.

Vigésima: El Tribunal Constitucional establece en la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, que la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando reúna los requisitos delineados por nuestra jurisprudencia al interpretar los arts. 15 y 18.1 CE, a saber:

a) Que la intromisión en el ámbito protegido del ciudadano no sea, por sí sola, inaceptable (STC 37/1989); es indudable que no puede considerarse degradante, ni contraría a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas (STC 103/1985).

b) Debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial; en este caso, no solo el art. 127 del Código Civil da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas, sino que constituye la instrumentación de un terminante mandato constitucional (el art. 39.2 CE) que conecta directamente con el art. 14 del texto constitucional, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento.

c) Dichas pruebas biológicas tan solo 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.

d) El Juez no puede disponer la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o

quebranto para su salud; en cualquier caso, su ejecución habrá de efectuarse por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos.

e) La medida judicial debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ella y la finalidad a la que sirve ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida.

La negativa del demandado a realizar las pruebas de ADN por sí sola no basta para fundamentar una resolución estimatoria de la paternidad, es decir, no opera como una *"ficta confessio"*, sin embargo, sí valdrá para sustentar una sentencia estimatoria cuando además de la negativa concurren otras pruebas que también acrediten la paternidad demandada, por ejemplo, la convivencia con la madre en la época de la concepción acreditada a través de testigos, ingresos bancarios realizados durante el embarazo o la infancia del menor, correspondencia que acredita la existencia de una relación sentimental entre las partes y que se había producido antes del nacimiento de un hijo en común, documento privado de reconocimiento de la filiación paterna, etc.

Esa negativa deberá ser injustificada y tener un carácter obstruccionista, es decir, deberá existir una clara voluntad por parte del demandado contraria a su realización, sin motivo alguno que justifique dicha actitud, salvo impedir la obtención de la verdad material a través de una prueba plenamente fiable. No es necesario que esa renuencia se manifieste personalmente por el interesado, basta que se haga valer a través de su procurador o, simplemente, que una vez citado en forma el demandado no comparezca a la práctica de la prueba sin que exista causa justificada que se lo haya impedido.

Vigésimo primera: El Convenio para la Protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y de la Medicina de 1997, tiene por objeto proteger la dignidad, identidad e integridad del ser humano, así como sus demás derechos y libertades fundamentales, limita la experimentación científica y proscribire determinadas actuaciones médicas para salvaguardar la dignidad humana y los derechos que le son inherentes.

Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético; sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas con fines médicos y únicamente podrá modificarse el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas, siempre que no tenga por finalidad modificar el genoma de la descendencia. Tampoco se admiten las técnicas de elección de sexo de la persona que va a nacer, salvo que ello sea necesario para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al género. También se prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación, pero no mediante las técnicas de reproducción *in vitro*, ni la experimentación con los sobrantes o con los no viables.

La denominada “identidad genética” del ser humano puede ser entendida desde dos ópticas distintas. En primer lugar, como la propia identidad del individuo, el derecho a ser único e irrepetible, a heredar características genéticas no manipuladas, es decir, el derecho a poseer un genotipo propio que sólo podrá alterarse con fines terapéuticos previamente consentidos: es lo que se conoce como “integridad somática”. En segundo lugar, la identidad genética puede entenderse desde una perspectiva colectiva, puesto que las intervenciones de esta índole pueden provocar mutaciones que son transmisibles a los descendientes de ese individuo; de ahí que las alteraciones realizadas en el patrimonio genético de una persona puedan afectar a futuras generaciones: es lo que se denomina la “integridad germinal”.

Una de las cuestiones más polémicas, con relación a la recogida de datos genéticos, es la creación de bancos poblacionales mediante el análisis masivo de muestras biológicas humanas. Estas bases de datos presentan indudables beneficios en el ámbito médico, por ejemplo, poder estudiar la influencia que los factores genéticos y medioambientales tienen en la aparición o el desarrollo de algunas enfermedades, lo que, sin duda, mejorará su forma de prevención y su tratamiento, pero también presentan problemas jurídicos o incluso importantes dudas de carácter ético, como recabar el consentimiento informado de los titulares de los datos, la conveniencia o no de informar sobre los hallazgos inesperados, evitar el uso indebido de los datos de manera discriminatoria, etc. No debemos olvidar que, a diferencia de lo que ocurre con el perfil genético, los estudios poblacionales y la investigación biomédica precisan del análisis de ADN codificante, por lo que la

información que se extrae de los mismos es mucho más reveladora de las características específicas del individuo, afectando por ello de forma más grave a su intimidad genética.

Diferentes a las anteriores son las bases de datos biogenéticas en las que los investigadores almacenan la información que obtienen en sus estudios y la ofrecen a la comunidad científica, generalmente a cambio de una contraprestación económica, para desarrollar nuevos proyectos. Los biobancos, a los que ya hemos hecho referencia en la conclusión décima, están regulados en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

Los datos genéticos de carácter personal incluidos en dichas bases sólo podrán ser utilizados con fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia cuando el sujeto interesado haya prestado expresamente su consentimiento, o cuando dichos datos hayan sido previamente anonimizados. En casos excepcionales y de interés sanitario general, la autoridad competente, previo informe favorable de la autoridad en materia de protección de datos, podrá autorizar la utilización de datos genéticos codificados, siempre asegurando que no puedan relacionarse o asociarse con el sujeto fuente por parte de terceros.

Vigésimo segunda: Las situaciones intermedias entre la detención y la libertad (retención, inmovilización, etc.) deben estar reguladas de forma minuciosa para otorgar cobertura jurídica a quienes tengan que adoptarlas y al mismo tiempo dotar a los destinatarios de las mismas de las oportunas garantías de defensa de sus derechos. De este modo se estarán evitando actuaciones arbitrarias, infundadas o incluso detenciones ilegales.

Por leve que sea la intervención corporal que se vaya a practicar es obvio que requerirá un mínimo de tiempo en su ejecución, durante el cual el sujeto estará privado de libertad. En este ámbito resulta todavía más evidente esa necesidad de regulación legislativa, porque no sólo está en juego el derecho a la libertad personal como puede ocurrir en una detención, sino que además, se podrán conculcar otros derechos fundamentales de las personas como la integridad física o la intimidad personal. De ahí que en la normativa que, en su caso, se adopte debería establecerse un plazo máximo de tiempo para la práctica de estas diligencias, en función de la propia naturaleza y características de las mismas, a fin de limitar esa

situación de restricción de libertad a la que se puedan ver sometidas las personas a quienes se les va a practicar una intervención corporal, sin perjuicio de que la duración concreta para su ejecución se determine en la resolución judicial en que se autorice la medida, en aquellos casos en los que, conforme a esa futura legislación a la que nos estamos refiriendo, resultase necesario en ausencia de consentimiento del afectado.

Vigésimo tercera: El art. 24.2 de nuestra Carta Magna reconoce al imputado, entre otros, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, de ahí que se haya planteado en numerosas ocasiones si las medidas de intervención corporal afectan al contenido esencial de estos derechos fundamentales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre esta cuestión de una forma general, aunque sí la ha abordado parcialmente en diversas resoluciones, relativas a las pruebas de alcoholemia, en las que establece la doctrina, hoy consolidada, según la cual el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, ni al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, puesto que 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 de la Constitución.

Vigésimo cuarta: Los requisitos que conforman la doctrina sobre el principio de proporcionalidad y pueden resumirse en los siguientes:

- Que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la ley.
- Que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada.
- Que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

A estos requisitos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son:

- Que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario.

- La exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud del afectado por la medida.
- Que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante.

Según esta doctrina el principio de proporcionalidad se compone de tres elementos o subprincipios fundamentales que son el principio de idoneidad o adecuación, el de necesidad o indispensabilidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, que habrán de ser analizados para su concreta aplicación al supuesto de hecho: es lo que se denomina como “test de proporcionalidad”.

El principio de idoneidad significa que la medida utilizada ha de ser idónea para conseguir el fin que se pretende alcanzar, es decir, debe ser apta para la consecución de la finalidad perseguida, lo que obliga a rechazar aquéllas que no cumplan esta condición, siendo necesario que la restricción que se imponga al derecho sea realmente adecuada para alcanzar el objetivo que se pretenda, pues de otro modo no tendría sentido dicho sacrificio.

Una vez que se ha comprobado que la medida que se pretende aplicar es adecuada al fin que se persigue, debemos analizar si realmente resulta necesaria, es decir, si la intervención de los poderes públicos en el caso concreto resulta indispensable porque no existe otro medio menos gravoso e igualmente eficaz para alcanzar ese resultado, pues en el supuesto de que lo hubiese habría que decantarse por aquél que supusiera una menor restricción de los derechos fundamentales afectados. Por tanto, no debe imponerse un sacrificio innecesario cuando existan medidas alternativas menos restrictivas que permitan conseguir el mismo objetivo. De este modo, el juicio de necesidad nos lleva a la comparación entre las diversas alternativas posibles para alcanzar un fin, lo que puede inferirse en cada caso de las específicas circunstancias del mismo.

Superados los juicios de idoneidad y necesidad, habrá que valorar entonces si la medida a adoptar resulta equilibrada por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas que los perjuicios que se puedan ocasionar a los bienes o derechos en conflicto, es decir, es preciso que dicha diligencia sea razonablemente proporcionada con la finalidad que se persigue. Para ello, deberán ponderarse los

diferentes intereses contrapuestos y las circunstancias específicas de cada caso, a fin de que el sacrificio que se pretenda imponer no resulte desmesurado o excesivo.

Vigésimo quinta: Con el fin de evitar que se vulneren sus derechos fundamentales, antes de practicar una diligencia de intervención corporal es preciso recabar el consentimiento del interesado o, en su defecto, que se haya dictado la correspondiente resolución judicial autorizando la medida.

El consentimiento emitido por el sujeto pasivo deberá ser expreso, libre y no viciado. Para ello es necesario que el interesado tenga pleno conocimiento del alcance y consecuencias, que tanto la práctica de la medida como la negativa a realizarla pueden reportarle: por ejemplo, el delito que podría imputársele, la pena que lleva aparejada, en qué consiste la intervención, quién se la va a practicar, etc. Es decir, tendrá que ser un verdadero “consentimiento informado” sobre todos aquellos aspectos en los que la medida pueda incidir, para que su aceptación o la negativa a realizarla, se realicen con pleno conocimiento de todas las circunstancias y se evite de este modo una posible declaración de nulidad de la misma.

Vigésimo sexta: Si la presencia de letrado resulta necesaria en los actos fundamentales en los que ha de intervenir el imputado como son su declaración, el reconocimiento en rueda, etc., en el ámbito de las intervenciones corporales la asistencia de abogado se sitúa antes de su realización, es decir, cuando el sujeto pasivo debe decidir si da, o no, su consentimiento para que se le practique la prueba. Es en ese momento cuando se requiere el asesoramiento legal, sobre el alcance y consecuencias que podrá tener esa decisión, tanto si accede a la práctica de la intervención como si se niega a ello. El destinatario de la medida debe disponer de la información necesaria para ser consciente de la situación en la que se encuentra y decidir de forma libre y voluntaria; por ello el letrado, previo análisis de la necesidad de la prueba y examinando los perjuicios y los beneficios que entrañe para su patrocinado, le aconsejará al respecto.

Cuando el interesado se niega a someterse a la exploración radiológica, la fuerza actuante puede acordar su detención, si existen sospechas de que es portador de droga en el interior de su cuerpo, procediendo a la instrucción de sus derechos y a garantizarle la asistencia de letrado, que estará presente en el examen, si éste fuese autorizado por el Juez competente. Para que posteriormente pueda

controlarse la validez de esta diligencia es imprescindible que en el atestado conste que el sujeto fue invitado a someterse al control y aceptó voluntariamente la práctica de la prueba o bien se negó a ella, a fin de evitar alegaciones posteriores de engaño o forzamiento de la voluntad que invaliden el resultado de la intervención.

Vigésimo séptima: Aunque lo más habitual es que el sujeto pasivo de una intervención corporal sea mayor de edad y plenamente capaz, también existen casos, sobre todo en el ámbito penal, en los que se ven implicados menores o incapaces, por lo que, para la plena validez de la medida, será necesario que esa limitación de la capacidad sea complementada o suplida con la asistencia de sus padres o tutores y, en su defecto, mediante la correspondiente autorización judicial.

Vigésimo octava: El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 establece que la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial. Así, se permite la iniciativa policial en análisis biológicos que no supongan una intervención corporal, no produciéndose vulneración de derechos porque la policía judicial, en el ejercicio de las funciones que le atribuye el art. 282 LECrim, tome unas muestras espontáneas y ocasionales, que no suponen una invasión del cuerpo del sospechoso para ser posteriormente analizadas en el laboratorio y puestas en conocimiento del Juez.

Vigésimo novena: En la actualidad se considera inadmisibles en España la realización de los test masivos de ADN por entrar en liza con la tutela de derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico como la integridad física, la intimidad personal, la libertad ambulatoria, la presunción de inocencia, etc. y en particular, porque no se respetaría el principio de proporcionalidad que ha de observarse en la práctica de las diligencias que afectan a tales derechos, concretamente en las intervenciones corporales previas y necesarias para realizar esos análisis, ampliándose de forma inaceptable el conjunto de personas que han de soportar una injustificada limitación de aquéllos por causa de una investigación criminal en la que tampoco tienen la condición de imputados. En estos casos no debe operar el consentimiento del invitado a someterse a las pruebas, puesto que sólo debe serlo el que *a priori* pueda suministrar datos relevantes para la

investigación penal y no al revés, es decir, salir al encuentro de las personas potencialmente sospechosas.

Trigésima: Si con carácter general está admitida la práctica de las diligencias de intervención corporal, siempre y cuando se ajusten a la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad, la discrepancia resulta evidente cuando éstas no se practican desde la voluntariedad del sujeto pasivo. Así, aunque en algunos países de nuestro entorno se admite abiertamente el recurso a la coacción física; en España, a tenor del silencio legislativo y de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales, podemos afirmar con rotundidad que el uso de la fuerza no está permitido en la práctica de las intervenciones corporales.

Las posibles soluciones propuestas por la doctrina frente a la negativa del afectado a realizar la prueba son muy diversas y van desde la utilización de la fuerza física hasta el respeto absoluto a la voluntad del interesado, pasando por remedios de carácter intermedio que consistirían en castigar esta actitud como delito de desobediencia, o bien, considerarlo como una auténtica confesión o como un indicio más dentro del proceso.

En cualquier caso, es necesario que el legislador zanje la cuestión regulando de forma expresa la ejecución de estas medidas, práctica en la que, a nuestro juicio, sería plenamente admisible el uso de la fuerza física, con absoluto sometimiento al principio de proporcionalidad, siempre que se trate de intervenciones de carácter leve (como un análisis de sangre o la extracción de cabello, saliva, etc.), en las que no sea imprescindible la colaboración activa del sujeto pasivo, puesto que este tipo de intervenciones no suponen un trato inhumano ni degradante, ni afectan a la salud del interesado.

Trigésimo primera: Cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, tal prueba carece de validez en el proceso, y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de constituir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria; en este caso se invalida toda la intervención realizada en el ámbito de dicho derecho, como si nunca se hubiese producido, no pudiendo convalidarse ni ser utilizado nada de lo descubierto por ese medio.

Esta regla opera cuando la vulneración afecte a la regulación constitucional del derecho fundamental, pero no cuando se infrinja una de sus normas de desarrollo o infraconstitucional; en este supuesto únicamente se invalidaría la diligencia en la que se exterioriza la infracción, por lo que los hechos pueden ser probados a través de otros medios de prueba.

Las consecuencias de una y otra clase de infracción son distintas, dada la diferente naturaleza de las normas infringidas: cuando lo violado es una norma constitucional, el acto es ilícito y esa ilicitud se transmite a todo el proceso determinando la inexistencia jurídica de todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven. Por el contrario, si la infracción es sólo de las normas de legalidad ordinaria que regulan la ejecución procesal del acto, éste deviene irregular o procesalmente inválido, perdiendo la eficacia que pudiera haber tenido en el proceso, pero ello no afecta ni a los restantes actos del mismo ni a la posibilidad de probar por otros medios los extremos que, en principio, el acto inválido hubiera acreditado por sí mismo.

La prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales además de ilícita en sí misma y por lo tanto absolutamente ineficaz como medio probatorio de cargo, extiende este efecto y contamina a las demás pruebas que deriven de ella provocando igualmente su nulidad absoluta. Por el contrario, si lo que se transgrede es la legalidad ordinaria, es decir, una norma procesal, solamente se produciría la ineficacia del acto viciado, pero no hay efecto contaminante al tratarse únicamente de una nulidad relativa o anulabilidad.

Trigésimo segunda: Existen tres ámbitos fundamentales en los que pueden adoptarse medidas de intervención corporal: como diligencias de investigación y de prueba preconstituida en el marco de un proceso penal, como medidas de seguridad en el ámbito penitenciario, y como pruebas biológicas en los procesos civiles de filiación. No obstante, el desarrollo tecnológico ha posibilitado el uso de medios que inciden directamente en la intimidad de las personas o incluso podrían afectar a su propia integridad, en otros ámbitos distintos de los señalados, como son el aduanero (scanners, rayos X), donde son utilizados fundamentalmente para descubrir el tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y para combatir posibles atentados terroristas, o

el policial (cacheos, pruebas de alcoholemia, etc.), de carácter fundamentalmente preventivo o con fines de seguridad.

Dentro de las diligencias que pueden practicarse en el proceso penal, ya sea como actos de investigación o como medios de prueba y que pueden recaer sobre el cuerpo del imputado o de terceros, distinguimos entre inspecciones y registros corporales, por una parte, e intervenciones corporales, por otra, según el derecho a la integridad física sea o no el predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización.

La primera clase de actuaciones, 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 las que, en principio, no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, una lesión o menoscabo del cuerpo, pero en las que sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal cuando recaen sobre partes íntimas del mismo o inciden en la privacidad de la persona.

Las denominadas por el Tribunal Constitucional 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, TAC, 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 y en las que generalmente se ve afectado el derecho a la integridad física, por cuanto suponen una lesión o menoscabo del cuerpo, aunque sólo sea en su apariencia externa.

Atendiendo al grado de sacrificio que supongan al derecho a la integridad, las intervenciones corporales pueden ser 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 las uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en el caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).

En ausencia de consentimiento del interesado, la autoridad judicial podrá acordar que se practiquen medidas de intervención corporal, aunque resulten afectados los derechos a la intimidad y a la integridad, siempre que se den los requisitos del principio de proporcionalidad exigidos por la doctrina constitucional. Estas diligencias pueden ser de muy diversa índole, de ahí que su enumeración, además de extensa, corre el riesgo de quedarse obsoleta dado el imparable avance médico-tecnológico de la ciencia en nuestros días, que posibilita la utilización de métodos cada vez más precisos y en continuo proceso de perfeccionamiento. Lo que no varía, cualquiera que sea el ámbito en el que se adopten o la finalidad perseguida con ellas, son las garantías necesarias y el cumplimiento de los requisitos imprescindibles para su ejecución, debiendo distinguir en cada caso, en función de las circunstancias concurrentes y de si existe o no afectación de derechos fundamentales, si se precisa autorización judicial para su realización.

Trigésimo tercera: El cacheo no vulnera el derecho a la libertad ni el derecho a circular libremente, porque la inmovilización momentánea del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica constituye un sometimiento legítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía si cumple las exigencias de racionalidad y proporcionalidad ya examinadas. Tampoco equivale a una detención y por ello las exigencias previstas en la Ley para ésta no pueden ser extendidas a aquella diligencia.

La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el artículo 17.2º y 3º de la Constitución y las meras retenciones o provisionálsimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas contra la libertad ambulatoria (pruebas de alcoholemia, identificaciones, o cacheos), en las que lo relevante es la cobertura legal, el respeto al principio de proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad.

Trigésimo cuarta: 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, por lo que entiende que su utilización por la policía no requiere autorización judicial.

Trigésimo quinta: El deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a 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 de la Constitución.

La verificación de la prueba 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. 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 de la Constitución Española.

Esta doctrina constitucional resulta plenamente aplicable a los test salivales para la detección de drogas en los conductores, puesto que la finalidad y naturaleza de la diligencia es la misma, y lo único que varía, realmente, es la sustancia que pueda detectarse.

Trigésimo sexta: El interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son una causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal o la obtención de una información en principio reservada a la acción y conocimiento de los demás. Debido al peligro que entraña la conducción de vehículos de motor bajo el efecto del alcohol, existe un fin legítimo que justifica que se utilicen las muestras de sangre obtenidas con fines terapéuticos, en aquellos casos en los que no se pudo

realizar al conductor la correspondiente prueba de alcoholemia. Ello exige el dictado de la correspondiente resolución judicial en la que el órgano jurisdiccional debe plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se desprende la necesidad de la adopción de la medida.

Por tanto, los análisis practicados sobre muestras de sangre, obtenidos con finalidad terapéutica, son válidos y plenamente eficaces como prueba de cargo en el acto de juicio, siempre que hayan sido autorizados mediante la correspondiente resolución judicial motivada, que deberá revestir la forma de auto, y acorde con los requisitos que integran el principio de proporcionalidad.

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ❖ STC 21/1981, de 15 de junio.
- ❖ STC 22/1981, de 2 de julio.
- ❖ STC 26/1981, de 17 de julio.
- ❖ STC 2/1982, de 29 de enero.
- ❖ STC 62/1982, de 15 de octubre.
- ❖ STC 34/1983, de 6 de mayo.
- ❖ STC 55/1983, de 22 de junio.
- ❖ STC 114/1984, de 29 de noviembre.
- ❖ STC 13/1985, de 31 de enero.
- ❖ STC 53/1985, de 11 de abril.
- ❖ STC 103/1985, de 4 de octubre.
- ❖ STC 107/1985, de 7 de octubre.
- ❖ STC 178/1985, de 19 de diciembre.
- ❖ STC 43/1986, de 15 de abril.
- ❖ STC 98/1986, de 10 de julio.
- ❖ STC 176/1988, de 4 de octubre.
- ❖ STC 231/1988, de 2 de diciembre.
- ❖ STC 37/1989, de 15 de febrero.
- ❖ STC 120/1990, de 27 de junio.
- ❖ STC 137/1990, de 19 de julio.

- ❖ STC 171/1990, de 12 de noviembre.
- ❖ STC 197/1991, de 17 de octubre.
- ❖ STC 227/1991, de 28 de noviembre.
- ❖ STC 20/1992, de 14 de febrero.
- ❖ STC 7/1994, de 17 de enero.
- ❖ STC 57/1994, de 28 de febrero.
- ❖ STC 215/1994, de 14 de julio.
- ❖ STC 66/1995, de 8 de mayo.
- ❖ STC 86/1995, de 6 de junio.
- ❖ STC 139/1995, de 26 de septiembre.
- ❖ STC 35/1996, de 11 de marzo.
- ❖ STC 54/1996, de 26 de marzo.
- ❖ STC 55/1996, de 28 de marzo.
- ❖ STC 207/1996, de 16 de diciembre.
- ❖ STC 212/1996, de 20 de diciembre.
- ❖ STC 151/1997, de 29 de septiembre.
- ❖ STC 161/1997, de 2 de octubre.
- ❖ STC 201/1997, de 25 de noviembre.
- ❖ STC 234/1997, de 18 de diciembre.
- ❖ STC 81/1998, de 2 de abril.
- ❖ STC 30/1999, de 8 de marzo.
- ❖ STC 49/1999, de 5 de abril.
- ❖ STC 161/1999, de 27 de septiembre.

- ❖ STC 166/1999, de 27 de septiembre.
- ❖ STC 95/1999, de 31 de mayo.
- ❖ STC 116/1999, de 17 de junio.
- ❖ STC 8/2000, de 17 de enero.
- ❖ STC 292/2000, de 30 de noviembre.
- ❖ STC 119/2001, de 24 de mayo.
- ❖ STC 149/2001, de 27 de junio.
- ❖ STC 5/2002, de 14 de enero.
- ❖ STC 154/2002, de 18 de julio.
- ❖ STC 7/2004, de 9 de febrero.
- ❖ STC 196/2004, de 15 de noviembre.
- ❖ STC 3/2005, de 17 de enero.
- ❖ STC 25/2005, de 14 de febrero.
- ❖ STC 29/2005, de 14 de febrero.
- ❖ STC 173/2011, de 7 de noviembre.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- ❖ STS 697/1982, de 22 de mayo.
- ❖ STS 625/1986, de 28 de octubre.
- ❖ STS 173/1987, de 23 de marzo.
- ❖ STS 423/1988, de 21 de mayo.
- ❖ STS 599/1988, de 14 de julio.
- ❖ STS 225/1989, de 13 de marzo.
- ❖ STS 237/1989, de 15 de marzo.
- ❖ STS 1204/1989, de 17 de abril.
- ❖ STS 480/1989, de 19 de junio.
- ❖ STS 2270/1989, de 15 de septiembre.
- ❖ STS 2826/1990, de 7 de septiembre.
- ❖ STS 355/1991, de 14 de mayo.
- ❖ STS 3779/1991, de 26 de noviembre.
- ❖ STS 16/1993, de 15 de enero.
- ❖ STS 31/1993, de 18 de enero.
- ❖ STS 2449/1993, de 15 de abril.
- ❖ STS 6680/1993, de 8 de octubre.
- ❖ STS 9015/1993, de 20 de diciembre.
- ❖ STS 1648/1994, de 11 de marzo.
- ❖ STS 382/1994, de 28 de abril.

- ❖ STS 3514/1994, de 2 de diciembre.
- ❖ STS 3997/1995, de 7 de julio.
- ❖ STS 211/1996, de 7 de marzo.
- ❖ STS 881/1996, de 14 de noviembre.
- ❖ STS 451/1997, de 28 de mayo.
- ❖ STS 950/1997, de 27 de junio.
- ❖ STS 830/1997, de 2 de octubre.
- ❖ STS 1332/1997, de 3 de noviembre.
- ❖ STS 227/1998, de 13 de marzo.
- ❖ STS 874/1998, de 26 de junio.
- ❖ STS 884/1998, de 3 de octubre.
- ❖ STS 891/1998, de 9 de octubre.
- ❖ STS 465/1999, de 28 de mayo.
- ❖ STS 70/2000, de 26 de enero.
- ❖ STS 103/2000, de 3 de febrero.
- ❖ STS 525/2000, de 31 de marzo.
- ❖ STS 1268/2000, de 30 de octubre.
- ❖ STS 1733/2000, de 7 de diciembre.
- ❖ STS 787/2001, de 4 de mayo.
- ❖ STS 1111/2002, de 6 de junio.
- ❖ STS 1151/2002, de 19 de junio.
- ❖ STS 1203/2002, de 18 de julio.
- ❖ STS 1507/2002, de 18 de septiembre.

- ❖ STS 803/2003, de 4 de junio.
- ❖ STS 589/2004, de 17 de junio.
- ❖ STS 501/2005, de 19 de abril.
- ❖ STS 596/2005, de 9 de mayo.
- ❖ STS 1237/2005, de 31 de octubre.
- ❖ STS 179/2006, de 14 de febrero de 2006.
- ❖ STS 355/2006, de 20 de marzo.
- ❖ STS 151/2010 de 22 de febrero.
- ❖ STS 685/2010, de 7 de julio.
- ❖ STS 8078/2011, de 7 de diciembre.
- ❖ STS 156/2013, de 7 de marzo.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- ❖ STEDH de 23 de julio de 1968, habitantes de Alseberg y Beersel, Kraainem, Amberes, Gante, Lovaina y Vilvorde contra Bélgica.
- ❖ STEDH de 7 de diciembre de 1976, Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Reino Unido.
- ❖ STEDH de 18 de enero de 1978, Caso Irlanda contra Reino Unido.
- ❖ STEDH de 25 de abril de 1978, Caso Tyrer contra Reino Unido.
- ❖ STEDH de 13 de junio de 1979, Caso Marchk contra Bélgica.
- ❖ STEDH de 2 de agosto de 1984, Caso Malone contra Reino Unido.
- ❖ STEDH de 28 de mayo de 1985, Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido.
- ❖ STEDH de 18 de diciembre de 1986, Caso Johnston y otros contra Irlanda.
- ❖ STEDH de 21 de junio de 1988, Caso Abdellah Berrehab contra Países Bajos.
- ❖ STEDH de 12 de julio de 1988, Caso Schenk contra Suiza.
- ❖ STEDH de 28 de noviembre de 1988, Caso Nielsen contra Dinamarca.
- ❖ STEDH de 30 de marzo de 1989, Caso Chappel contra Reino Unido.
- ❖ STEDH de 26 de marzo de 1992, Caso Beldjoudi y Teychene contra Francia.

- ❖ STEDH de 15 de junio de 1992, Caso Luidi contra Suiza.
- ❖ STEDH de 27 de agosto de 1992, Caso Tomasi contra Francia.
- ❖ STEDH de 16 de diciembre de 1992, Caso Niemietz contra Alemania.
- ❖ STEDH de 23 de junio de 1993, Caso Hoffmann contra Austria.
- ❖ STEDH de 9 de diciembre de 1994, Caso Lòpez Ostra contra España.
- ❖ STEDH de 13 de julio de 1995, caso Nasri contra Francia.
- ❖ STEDH de 19 de febrero de 1996, Caso Güll contra Suiza.
- ❖ STEDH de 7 de agosto de 1996, Caso Johansen contra Noruega.
- ❖ STEDH de 25 de septiembre de 1996, Caso Buckley contra Reino Unido.
- ❖ STEDH de 28 de noviembre de 1996, Caso Ahmut contra Países Bajos.
- ❖ STEDH de 19 de diciembre de 1996, Caso Ascoy contra Turquía.
- ❖ STEDH de 25 de febrero de 1997, Caso Z. contra Finlandia.
- ❖ STEDH de 25 de junio de 1997, Caso Halford contra Reino Unido.
- ❖ STEDH de 19 de febrero de 1998, Caso Guerra contra Italia.
- ❖ STEDH de 9 de junio de 1998, Caso Bronda contra Italia.
- ❖ STEDH de 30 de julio de 1998, Caso Valenzuela Contreras contra España.
- ❖ STEDH de 28 de octubre de 1998, Caso Ahmet Osman contra Reino Unido.

- ❖ STEDH de 28 de octubre de 1998, Caso Söderbäk contra Suecia.
- ❖ STEDH de 16 de febrero de 2000, Caso Amman contra Suiza.
- ❖ STEDH de 4 de mayo de 2000, Caso Rotaru contra Rumanía.
- ❖ STEDH de 6 de febrero de 2001, Caso Bensaid contra Reino Unido.
- ❖ STEDH de 11 de julio de 2000, Caso Jabbari contra Turquía.
- ❖ STEDH de 18 de octubre de 2001, caso Indelicato contra Italia.
- ❖ STEDH de 2 de diciembre de 2001, Caso Hatton y otros contra Reino Unido
- ❖ STEDH de 24 de septiembre de 2002, Caso M.G. contra Reino Unido.
- ❖ STEDH de 18 de febrero de 2003, Caso Prado Bugallo contra España.
- ❖ STEDH de 27 de julio de 2004, Caso Slimani contra Francia.
- ❖ STEDH de 2 de noviembre de 2004, Caso Martínez Sala y otros contra España.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, Ana:

-*La limitación de los derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

-*La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Tecnos, Madrid, 2001.

- “*La videovigilancia y la garantía de los derechos individuales: su marco jurídico*”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, nº 7, 2003, p.13-35.

-“*La protección de datos personales en la sociedad de la información*”, inédito, segundo ejercicio presentado al concurso – oposición a la plaza de Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de A Coruña, septiembre 2003, p. 256-284.

ABEL, Francesc y Victoria, CUSÍ: “*Bancos de información genética. Problemas éticos y jurídicos*” en *El Juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2004.

ALÁEZ CORRAL, Benito: “*Minoría de edad y derechos fundamentales*”, Tecnos, Madrid, 2003.

ALBIÑANA I OLMOS, Joseph LLuis: “*Las intervenciones corporales en el proceso penal: las debilidades de los procesos penales nacionales*”, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, www.cienciaspenales.net.

ALKORTA IDIAKEZ, Itziar: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Aranzadi, Navarra, 2003.

ALONSO ALONSO, Antonio: “*Conceptos básicos de ADN forense*”, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana:

- *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008.
- “*Vademécum de actuación policial y de instrucción: cómo evitar las nulidades en la obtención de la prueba (y II)*”, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año 2003, nº 1939.
- “*El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte II)*” en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 35, julio-diciembre 2011.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana: *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, Dykinson, Madrid, 2007.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín: *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, La Ley, Madrid, 2007.

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara y otros: *Derecho Procesal Penal*, 8ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

ARMENTA DEU, Teresa: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.

ARMENTEROS LEÓN, Miguel: “*Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal*”, *Revista La Ley*, 2007, nº3.

ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.

BARCELONA LLOP, Javier: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995.

BARQUÍN SANZ, Jesús: “*Delitos contra la integridad moral*”, Bosch, Barcelona 2001.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. e Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ: *Libertades de expresión e información y medios de comunicación (prontuario de jurisprudencia constitucional) 1981 – 1998*, Aranzadi, Navarra, 1998.

BAYARRI GARCÍA, Clara Eugenia: *“La prueba ilícita y sus efectos”* en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

BELLO LANDROVE, Federico: *“ADN y relaciones jurídicas no penales: una panorámica”*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.: *“Investigación con células madre. Legislación y problemas éticos”* en Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Dykinson, Madrid, 2005.

BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón: *“La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”* en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

BLANCO VALDÉS, Roberto:

-*La Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2003.

-*El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2006.

-*Introducción a la Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2011.

BLASI CASAGRÁN, Cristina: *“La protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa”*, Quaderns de treball, nº 51/octubre 2010, Institut Universitari D'estudis Europeus, Barcelona, 2010.

BOZA MARTÍNEZ, Diego:

- *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Premio del Centro de Estudios Constitucionales 1812, Universidad de Cádiz, 2001.

- *“El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*, Revista de derecho migratorio y extranjería, nº 11, 2006.

BUENO ARÚS, Francisco: *“Tratamiento penitenciario de las personas con discapacidad responsables de actos delictivos”* en Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Volumen I, CGPJ, Madrid, 2007.

BUSTO LAGO, José Manuel: *“Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica. (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”)*”, Derecho privado y Constitución, nº 19, Enero – Diciembre, 2005.

CABALLERO GEA, Luis Alfredo: *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: calumnia e injuria, síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y Fiscalía General del Estado*, Dykinson, Madrid, 2007.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

CALVO RESEL, Pilar y Mercedes ARMAS GALVE: *“Las intervenciones corporales como medio de obtención de prueba en el proceso penal”* en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

CAMBRÓN INFANTE, Ascensión: *“Acerca de la esterilización de deficientes”*, Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas), nº 5, diciembre, 1995.

CANOSA USERA, Raúl: *El derecho a la integridad personal*, 1ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2006.

CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal Español*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2003.

CERRADA MORENO, Manuel: *“Las intervenciones corporales”*, Noticias Jurídicas, noviembre 2010.

COBO OLVERA, Tomás: *El régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. L 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*, 3ª edición, La Ley, Madrid, 2008.

COBREROS MENDAZONA, E.: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos Italiano y español)*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1988.

CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel: *“La Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos europeos, tras el fracaso de la Constitución Europea: ¿verdaderos derechos fundamentales o principios generales del Derecho comunitario?”*, www.ucm.es/info/Kinesis/ceuropa.htm .

CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente: *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995.

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, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Granada, 2002.

CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo: *“Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la propia vida”*, www.ajs.es.

DARÍO BERGEL, Salvador: *“Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo”* en Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 35, julio-diciembre 2011.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo:

- *La identificación del delincuente a través de las huellas dactilares: la prueba dactiloscópica* en La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

- *“La voz como elemento identificador del delincuente”*, CGPJ, Revista del Poder Judicial, nº 69, primer trimestre, 2003.

DE HOYOS SANCHO, Monserrat: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel: *“Estatuto ético-jurídico de la profesión médica”*, Dykinson, Madrid, 2005.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico: *“Aspectos constitucionales del rechazo a las políticas públicas de vacunación. Aproximación comparativa a los sistemas español y norteamericano”*, www.acoes.es/congresolX/documentos.

DE PERAY BARJÉS, Alicia: *“La diligencia de alcoholemia”* en *“La actuación de la policía judicial en el proceso penal”*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

DE ROSA TORNER, Fernando: *“Intervenciones médicas y su relación con la limitación de los derechos fundamentales en el procedimiento penal”* en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: *“La prueba ilícita en particular (I)”*, en *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.

DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M.A.: *La prueba ilícita penal*, Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2000.

DÍAZ CABIALE, J.A.: *“Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”*, en *Cuadernos de Derecho judicial, Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales*, CGPJ, Madrid, 1996.

DÍAZ REVORIO, F. Javier: *“El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español”*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *“La disponibilidad de la salud e integridad personales”* en *Delitos contra la vida e integridad física*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.

DUART ALBIOL, Juan José: *“La deficiente regulación de las investigaciones corporales en el proceso penal”*, *Revista del Poder Judicial* nº 73, CGPJ, primer trimestre 2004.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan: “Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC119/2001, de 24 de mayo”, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, enero 2002, www.indret.com.

ELÍAS MÉNDEZ, Cristina: *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ESBRÍ MONTOLIU, Miguel Ángel: “Esterilización de deficientes mentales”, www.ajs.es/plaintest/downloads/vol0506.pdf.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El principio del proceso debido*, Editorial Bosch, Barcelona 1995.

ESPÍN, Eduardo: “Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” en Derecho Constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ESPINOSA LABELLA, Manuel:

- “*Las transfusiones de sangre a los testigos de Jehová: un conflicto entre el médico y el enfermo*”, Actualidad penal, 1996-2.

- “*Comisión por omisión e imprudencia en la doctrina y la jurisprudencia, con especial referencia a las transfusiones de sangre a los testigos de Jehová*”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 3, junio 2009.

ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco:

- “*La inadmisibilidad de los test masivos de ADN en la investigación de hechos punibles*”, Actualidad Penal – 2, nº 28, 12 al 18 de julio de de 1999.

- *Las intervenciones corporales, su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999.

- “*La intervención médica en las diligencias procesales de investigación*” en “Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios”. Escuela Judicial, CGPJ, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 2000.

- *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Biología y filiación; aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1999.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Belén María: *“El ADN desde una perspectiva penal”*, Noticias Jurídicas, diciembre 2006.

FERNÁNDEZ BERMEJO: *“Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado”*, en *El consentimiento. El error*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ COBOS, Ángel Luis: *“La policía científica y la prueba”*, en *La prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 1996.

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*, Cátedra Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Granada, 2002.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: *“La esterilización de incapacitados: regulación y criterios para la autorización judicial”* en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Volumen I, CGPJ, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio: *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

FERRER AMIGO, Gonzalo: *“Incidencia constitucional de las intervenciones corporales”* en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *“La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”*, Aranzadi, Navarra, 2003.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Tirant lo Blanch, 1999.

GARCÍA ARÁN, Mercedes: *“Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos (Comentario a la STC 215/1994, de 14 de julio)”*, Revista jurídica de Cataluña, 1995, nº 195.

GARCÍA GARCÍA, Clemente: *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2003.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2004.

GARCÍA MANSILLA, Manuel José: *“Bases de datos de ADN y derecho a la privacidad genética”*, Disertación realizada en sesión privada del Instituto de Política Constitucional el 29 de septiembre de 2010, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas Argentina (www.ancmyp.org.ar), publicación *on line* del Instituto de Política Constitucional.

GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel I.: *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 2001.

GARCÍA SANZ, Judit: *“El secreto profesional en el ámbito sanitario”*, en *Estudios jurídico – penales sobre genética y biomedicina*, Dykinson, Madrid, 2005.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia:

- *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- *La controvertida reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Andavira, 2º Edición, Santiago de Compostela, 2009.

- *La trata de seres humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel:

- *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Cóllex, Madrid, 1995.

- *“Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”*, Revista General de Derecho, 1996, nº 622-623.

GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ: *“Derecho procesal. Proceso penal”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: *Medicina Legal y Toxicología*, E. Villanueva Cañadas, Barcelona, Masson, 6º edición.

GÓMEZ AMIGO, Luis: *“Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal”*, Aranzadi, Navarra, 2003.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2003.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Cóllex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ MORENO: *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

GROS ESPIELL, Héctor: *“Las declaraciones de la UNESCO en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del derecho internacional”* en Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Dykinson, Madrid, 2005.

GUALLART DE VIALA, Alfonso: *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

GUILLÉN VÁZQUEZ, Margarita:

- *La prueba de ADN ante los tribunales. Especial referencia a las bases de datos de ADN con fines de investigación penal*, Tesis realizada entre la facultad de Derecho y la de Medicina, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

- *“Bases de datos de ADN con fines de investigación penal. Especial referencia al derecho comparado.”*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004.

GUTIÉRREZ GIL, Andrés Javier: *“Los tratamientos médicos forzosos”* en Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios, CGPJ, Madrid, 2000.

HERMIDA DEL LLANO, Cristina: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2005.

HERNANDO SANTIAGO, Francisco José: *“Los derechos de última generación”*, Discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo y Presidente del CGPJ, en el acto inaugural del año judicial, el 17 de septiembre de 2007, CGPJ, Madrid, 2007.

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, nº 1576, 1990.

- *La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando:

- *Honor, intimidad y propia imagen*, Cóllex, Madrid, 1990.

- *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, Cóllex, 1998.

- *“Intervenciones corporales: Jurisprudencia Constitucional”*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe: *El Derecho Penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995.

HUERTAS MARTÍN, M. Isabel: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999.

IGLESIAS BAREZ, Mercedes: *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2010.

IGLESIAS CANLE, Inés C.:

- *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid, Cóllex, 2003.

- *“Análisis crítico de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”*, Revista General de Derecho Procesal 20, 2010.

LACADENA, Juan Ramón: *“Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las patentes de células troncales embrionarias. A propósito de un informe jurídico sobre patentes: el concepto y dignidad del embrión humano”* en Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 35, julio-diciembre 2011.

LAMAS MEILÁN, Manuel M.: *“La esterilización de incapaces”*, Cuadernos de Atención Primaria, 2004.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo:

- *“Instituciones de derecho procesal penal”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza (Argentina).

- *“La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN”*, en Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2004.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *“La intimidad corporal devaluada (Comentario a la sentencia nº 37/1989, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional”*, en Revista del Poder Judicial, nº 14, 1989.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira: *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid, 1996.

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: *El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos*, Revista de Derecho Privado, abril, 1999, p. 296-320.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel: *La prueba pericial*, Cóllex, Madrid, 1995.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José: *“La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”*,

en Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, XXII.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución Española*, Comares, Granada, 1996.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo:

- *“El derecho a la intimidad”* en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

- *“La protección de datos en la Administración de Justicia”* en Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2004.

- *“Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa”*, Revista de Internet, Derecho y Política, nº 5, 2007.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *“Pruebas de detección del sida en el ámbito carcelario”*, Revista del Poder Judicial, nº 36, diciembre 1994.

MAGRO SERVET, Vicente: *Manual práctico de actuación policial-judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*, La Ley, Madrid, 2006.

MARCO URGELL, Anna: *La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia*, Tesis doctoral, octubre de 2010, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, Universitat Autònoma de Barcelona, www.tesisenred.net.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *“Dimensión jurídico penal del correo electrónico”*, Diario La Ley, nº 6475, 4 de mayo de 2006.

MARTÍ SÁNCHEZ, Sylvia, Javier SÁNCHEZ SÁNCHEZ y Tatiana RECODER VALLINA: *“Los derechos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis”*, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 5, enero 2007.

MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, Juan José: *“Tratamiento automatizado de las bases de ADN: régimen legal”*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2004.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio: *“Identificación del delincuente”* en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

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. Tirant lo Blanch, Universitat de València, 2006.

- *“Dos cuestiones controvertidas sobre la prueba de ADN: 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”* en *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012.

MARTÍN URANGA, Amelia: *“La esterilización de incapaces deficientes psíquicos en los tribunales de Vizcaya”*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Bilbao (Vizcaya), www.feaps.org/biblioteca/sexualidad .

MARTÍNEZ JARRETA, María Begoña: *La prueba de ADN en medicina forense*, Masson SA, Barcelona, 1999.

MARTÍNEZ RUÍZ, Jesús: *“La problemática jurídico-penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de incapaces”* en Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Dykinson, Madrid, 2005.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela: *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MIERES MIERES, Luis Javier: *Intimidad personal y familiar*, Aranzadi, Navarra, 2002.

MONER MUÑOZ, Eduardo: *“Las intervenciones corporales”* en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

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, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Granada, 2002.

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 del Ministerio de Justicia, 2004.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta: *“La intervención de las comunicaciones telefónicas en España”*, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, www.cienciaspenales.net.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *“Honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”* en Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

OLLÉ SESÉ, Manuel: *“La nueva ley del ADN en España”*, www.nebrija.com.

ORENES BARQUERO, Carmen: *“Licitud de las intromisiones corporales”*, www.fundacionruizfunes.net.

PALACIOS ALONSO, Marcelo: *“Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005”* en Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Dykinson, Madrid, 2005.

PASTOR BORGONÓN, Blanca: *“La prueba ilegalmente obtenida”* en “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

PAZ RUBIO, José María: *“La prueba en el proceso penal”* en La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel:

- *“El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”*, Jueces para la democracia, nº 28, 1997.
- *“Notas sobre el concepto de razonabilidad y su uso en la jurisprudencia constitucional”*, Jueces para la democracia, nº 46, 2003.

PÉREZ MARÍN, María Ángeles: *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PERIS RIERA, Jaime y Javier GARCÍA GONZÁLEZ:

- *“El control penal de las manipulaciones genéticas y la función simbólica del derecho penal”* en Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Dykinson, Madrid, 2005.
- *“El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación”* en Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina, Dykinson, Madrid, 2005.

PICATOSTE BOBILLO, Julio C.: *“Notas sobre la práctica del reconocimiento en rueda”* en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

PORTERO MOLINA, J. A.: *Constitución y Jurisprudencia constitucional*, Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia 2012.

POZA CISNEROS, María: *“Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”*, CGPJ, Revista del Poder Judicial nº 65, primer trimestre, 2002.

PRIETO GONZÁLEZ, Helena María: *“Los controles preventivos de drogas: estado de la cuestión”*, www20.gencat.cat/docs/transit/Articles/arxiu.

PRIETO RAMÍREZ, Luisa María: *“La Ley Orgánica reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN”*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 747, 13 de marzo de 2008.

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, nº 8, 2002, p.147-158.

RALLO LOMBARTE, Artemi: *“¿Hacia una Constitución Europea? Reflexiones sobre la protección de los derechos fundamentales en el debate constituyente europeo”*, en el proyecto de investigación “La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea” de la Universidad Jaume I de Castellón, RVEH, nº 7, I/2003.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *“El proceso penal. Lectura constitucional”*, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1993.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio:

- *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Segunda edición, Madrid, 2005.

- *Límites a la libertad de comunicación pública*, Dykinson, Madrid, 2008.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio y Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ: *Biomedicina y protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2008.

REY MARTÍNEZ, Fernando: *“La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión”*, Estudios Constitucionales, año 7, nº 1, Santiago de Chile, 2009.

RICOY CASAS, Rosa María: *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *“Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios”* en Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Escuela Judicial, CGPJ, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2000.

RIVES SEVA, Antonio Pablo:

- *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Navarra, 1995.

-“Las exploraciones radiológicas. Estudio de la jurisprudencia penal”, www.derecho.com/articulos/2001/03/15.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Ana Cristina: *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 512 del CP)*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.

ROMEO CASABONA, Carlos María: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos María y Sergio ROMEO MALANDA: “Los identificadores de ADN en el sistema de justicia penal”, Aranzadi, Navarra, 2010.

ROMEO MALANDA, Sergio: *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Granada 2006.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*, Bosch, Barcelona, 2009.

ROURA GÓMEZ, Santiago Antonio: “Derechos fundamentales y Estado políticamente descentralizado: el federalismo y la lucha por los derechos en los Estados Unidos”, en Aparicio Pérez, M.A. (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Cedecs, 2001.

ROVIRA VIÑAS, Antonio: *Autonomía personal y tratamiento médico; una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier: *La “Constitución europea” y la teoría del poder constituyente: reflexiones críticas desde el Derecho Político*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.

RUIZ LEGAZPI, Ana: *La expulsión de menores extranjeros. Límites constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

RUIZ MIGUEL, Carlos:

- *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.

- *“La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar”*, en Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de Cooperación Transfronteriza, nº 2, 2003, p.193 y ss.

RUIZ VADILLO, Enrique:

- *“La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse algunas determinadas irregularidades procesales”* en La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

- *“Principios generales. Legalidad, proporcionalidad, etc.”* en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

SÁEZ COMBA, Jesús Manuel: *“La prueba pericial psiquiátrica en el procedimiento penal”* en La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

SALADO OSUNA, Ana: “Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo”, www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/AnaSalado, Universidad de Sevilla.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedios: *Delimitación de las libertades informativas (Fijación de criterios para la resolución de conflictos en sede jurisdiccional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, Daniel: *“Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa”*, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas, Septiembre de 2007.

SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio:

- *La esterilización de incapaces en el Derecho Español*, Fundación Paideia, A Coruña, 1996.

- *La esterilización: derecho español y derecho comparado*, Universidade da Coruña, 1998.

- “*Aspectos éticos y jurídicos de la esterilización de personas con Síndrome de Down*”, Anuario da Facultade de Dereito, 1998.

SERRA URIBE, Carlos Enrique: *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*, Ediciones Laberinto S.L., Madrid, 2006.

SOLETO MUÑOZ, Helena: *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN...de los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SOMOZA CASTRO, Olegario: *La muerte violenta. Inspección ocular y cuerpo del delito*, La Ley, Madrid, 2004.

SUÁREZ ESPINO, María Lidia: *El derecho a la intimidad genética*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, J.C.: “Nuevos retos biológicos en la investigación criminal”, www.ical.es/locus/54/.

TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: “*Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de honor, intimidad y propia imagen*” en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1998.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena: “*La donación de órganos o tejidos de donante vivo por personas incapaces de consentir a la luz del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina y su protocolo adicional*” en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, Dykinson, Madrid, 2005.

TORRES PÉREZ, Aida: “*La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”, www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Torres_Pxrezx_Aida.pdf .

URIARTE VALIENTE, Luis M. y Tomás FARTO PIAY: *El proceso penal español: Jurisprudencia sistematizada*, La Ley, Madrid, 2007.

VARELA AGRELO, José Antonio: *“El cuerpo humano como medio de prueba: en especial las intervenciones corporales”*. Premio de investigación jurídica 1995, CGPJ, Boletín del Ministerio de Justicia nº 1172, p. 5 y ss., y también en Revista Xurídica Galega, nº 10, p.261.

VARONA MARTÍNEZ, Gema: *“Derecho al respeto de la vida privada y familiar: inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones”*, en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, Publicación on line del Instituto Vasco de Criminología.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy: *“Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del fruto del árbol envenenado: correcciones actuales y tendencias de futuro”* en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.

VIDAL FUEYO, María del Camino:

- *El Juez ordinario como instancia de garantía ante los vacíos legales en materia de límites a los derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2010.

-*“Imprevisión legislativa, derechos fundamentales y proceso penal”*, www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984.

VILA MUNTAL, María Angels: *“La identificación del delincuente”* en *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

VV. AA.: *La prueba del ADN en Medicina Forense. La Genética al servicio de la ley en el análisis de indicios criminales y en la investigación biológica de la paternidad*, Masson S. A., Barcelona, 1999.

VV. AA.: *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

VV. AA.: *“Límites de viabilidad en prematuros extremos: aspectos éticos”*, Revista Médica Clínica Condes, julio 2008, www.clc.cl/clcprod/media.

VV. AA.: *Protección de datos e investigación biomédica*, Aranzadi, Navarra, 2009.

VV. AA.: *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, publicación del Defensor del Pueblo de España, Cyan, Proyectos Editoriales S A., Madrid, 2010.

VV. AA.: *“Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados”*, Revista Española de Medicina Legal, Volumen 37, nº 1, enero-marzo, 2011.

VV. AA.: *Diversidad de género e igualdad de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VV. AA.: *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012.