

ESTUDIOS

VADEMÉCUM DE ACTUACIÓN POLICIAL Y DE INSTRUCCIÓN: CÓMO EVITAR LAS NULIDADES EN LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA (y II)

SUSANA I. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER

*Doctora en Derecho. Abogada
Profesora Asociada de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: 4. Las medidas de intervención corporal: 4.1 Planteamiento del problema de las inspecciones e intervenciones corporales. 4.2 Definición de «medidas de intervención corporal». 4.3 Derechos fundamentales afectados. 4.4 Requisitos. 4.5 Breve referencia a ciertas modalidades de intervenciones corporales. 4.6 La videovigilancia: cámaras de control y filmación de las vías públicas.—5. La detención de la correspondencia postal y telegráfica.—6. La detención.—7. La asistencia letrada.—8. El reconocimiento en rueda y fotográfico.—9. La videovigilancia: cámaras de control y filmación de las vías públicas.—10. Conclusiones.

4. LAS MEDIDAS DE INTERVENCIÓN CORPORAL

4.1 Planteamiento del problema de las inspecciones e intervenciones corporales⁽¹⁴⁶⁾

En opinión de Romero Coloma⁽¹⁴⁷⁾, «la vida privada⁽¹⁴⁸⁾ es violada siempre que, por medio de indagaciones en el cuerpo de una persona, se intenta obtener informaciones o datos que

⁽¹⁴⁶⁾ Utilizaremos indistintamente estos términos. La jurisprudencia distingue, 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, dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

a) Las llamadas inspecciones y registros corporales: Serían 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 antropométricos, 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 resultaría afectado el

el propio sujeto se niega a proporcionar libremente. [...] Naturalmente, hay supuestos en que consideraciones de orden superior avalan la idea de la permisibilidad de ciertos actos que, de no existir dichas consideraciones, serían atentatorios»⁽¹⁴⁹⁾.

A pesar de la indudable importancia de este tipo de medidas, por incidir tan directamente en diversos derechos fundamentales, lo cierto es que nuestra vigente LECrim no regula ni el «cacheo»⁽¹⁵⁰⁾, ni el «reconocimiento de las cavidades corporales», ni la detección de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, o de alcohol en sangre⁽¹⁵¹⁾, medidas todas ellas muy frecuentes en la actualidad⁽¹⁵²⁾.

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 si recaen sobre partes íntimas del cuerpo (como el caso examinado en la STC 37/1989, con relación a un examen ginecológico), o inciden en la privacidad (art. 18.1 CE), y

b) Las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales: Que son las que 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 de la participación en él del imputado. En estos casos, el derecho que se verá afectado, por regla general, será el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales, a su vez, podrán ser calificadas de 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 (así, en general, la extracción de elementos externos del cuerpo como el pelo o las uñas o incluso en algunos internos, como los análisis de sangre), y

- Graves: En caso contrario (v.gr., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo como diagnóstico patológico, etc.).

En todo caso, es interesante apuntar el comentario que hace el TC en su sentencia 207/1996, al decir que «otro tipo de diligencias o actos de prueba, como las intervenciones corporales, pueden conllevar, asimismo, no ya el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ella se pretenda averiguar, una intromisión añadida (a la lesión de la integridad física) en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal».

⁽¹⁴⁷⁾ ROMERO COLOMA, A. M., en *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Serlipost, Barcelona, 1991, pp. 241 y ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Llama la atención de que la autora hable de «vida privada» en vez de «intimidad».

⁽¹⁴⁹⁾ Se apoya en la STC de 15 de febrero de 1989.

⁽¹⁵⁰⁾ Vid. artículo 11.1 f) y g) de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que sí contempla el «cacheo».

⁽¹⁵¹⁾ GIL HERNÁNDEZ apunta que el artículo 785.8.º e) LECrim, cuando permite al Juez ordenar la obtención de muestras o vestigios, cuyo análisis pueda facilitar la mejor calificación del hecho lo hace «en clara referencia al análisis de sangre». Vid. GIL HERNÁNDEZ en *Intervenciones corporales y...*, op. cit., p. 100.

Vid., asimismo, la regulación efectuada en el artículo 12 del Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que desarrolla la Ley 18/1989, de 25 de julio, de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y la posterior reforma de la misma, operada por Ley 5/1997, así como el Reglamento General de Circulación (RD 13/1992, de 17 de enero), artículo 20 y ss. (modificando el RDL), que permite a los jueces ordenar la realización de análisis sanguíneos, de orina u otros análogos, para contrastar los resultados de los tests alcoholométricos.

⁽¹⁵²⁾ Según el decir de ASENCIO MELLADO, la no contemplación legal de estas medidas no debe suponer, de entrada, el rechazo de las mismas, pues su no inclusión se debe «a la inexistencia en aquel momento -refiriéndose a la fecha de promulgación de la LECrim- de un desarrollo técnico y científico para servir de sostén a la investigación delictiva». Vid. ASENCIO MELLADO en *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Ed. Trivium, Madrid, 1989, p. 138.

La Fiscalía General del Estado, en la Instrucción 6/88, de 12 de diciembre, consideraba, por contra, que este tipo de medidas vienen previstas en los artículos 339 y 478.1 LECrim, además de en 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 (art. 8.1).

Compartimos la opinión de GONZÁLEZ-CUÉLLAR al afirmar que «no existe en el ordenamiento jurídico español norma alguna con rango de ley que autorice a adoptar medidas de investigación corporal que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad», por lo que la inconstitucionalidad de su aplicación es manifiesta. Sigue afirmando este autor que «la exigencia de determinación de normas que autoricen restricciones de los derechos fundamentales, contenida en el principio de legalidad, reclama que, al menos, quede claro que la ley autoriza la restricción del derecho que se quiere limitar. El artículo 339 LECrim [...] no establece límite alguno, porque no pretende referirse a las intervenciones corporales». Y lo mismo para con el artículo 478.1 LECrim, pues «en ningún momento se ocupa el artículo 478.1 LECrim de las injerencias corporales y menos aún aborda su regulación y el establecimiento de garantías para los afectados por dichas intervenciones».

Tampoco la LO 1/1982, artículo 8.1, autoriza la realización de medidas restrictivas de derechos fundamentales, tan sólo excluye del concepto de «intromisiones ilegítimas» aquellas que estén legalmente previstas y sean autorizadas o acordadas por el órgano competente.

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el artículo 8 del CEDH (el TEDH incluye tales derechos dentro del más genérico derecho al respeto de la vida privada y familiar)⁽¹⁵³⁾.

El artículo 311 LECrim, en el que se han intentado apoyar aquellos que sostenían la cobertura legal exigida para la adopción de este tipo de medidas, no regula las intervenciones corporales ni ninguna otra medida o diligencia sumarial. El mero recordatorio legal que contiene, tendente a evitar que en el curso de una instrucción se adopten diligencias de investigación inútiles o perjudiciales, no es, a todas luces, susceptible de prestar fundamento normativo a la medida de intervención corporal. La misma conclusión ha de predicarse, aunque por distintas razones, respecto del artículo 339 LECrim, que debemos entender se circunscribe, al hablar de «cuerpo del delito», a las armas, instrumentos, o efectos de cualquier clase que pudiesen tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones o en poder del reo (art. 334.1 LECrim).

Por tanto, al amparo de este precepto, la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, pelos, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de esos lugares, pero no encontrará en éste el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de dichos elementos de la persona del imputado⁽¹⁵⁴⁾.

En definitiva, y como consecuencia de esta falta de previsión legal resulta la necesidad de analizar esta materia desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal. Así, en la STC 37/1989, de 15 de febrero⁽¹⁵⁵⁾, el TC consideró que las intervenciones corporales son admisibles si son ordenadas por el Juez en resolución motivada, acorde con el principio de proporcionalidad, a pesar de esta ausencia normativa ya apuntada⁽¹⁵⁶⁾.

En palabras de nuestro máximo intérprete constitucional:

«La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1) de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune⁽¹⁵⁷⁾, en las relaciones jurídico públicas que ahora importan, frente a toda investigación o pesquisa que sobre el cuerpo humano quisiera imponer-

Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., en *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, 1990, pp. 303 y ss.

Finalmente, consideramos necesario hacer mención al artículo 127 CC, que establece la posibilidad de investigar la paternidad/maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (STC 7/1994).

Las observaciones radiológicas sobre internos como medida de seguridad tiene su fundamento en el artículo 23 LOGP (STC 35/1996), que remite al Reglamento la regulación de los registros y cacheos en la persona de los internos.

⁽¹⁵³⁾ Vid. SSTEDH X e Y/Holanda, de 26 de marzo de 1985, y Costello-Roberto/Reino Unido, de 25 de marzo de 1.993, y Decisiones del CEDH números 8239/1.978 y 8278/1.978, así como las SSTC 37/1.989 y 207/1.996.

⁽¹⁵⁴⁾ Vid. STC 206/1996.

⁽¹⁵⁵⁾ Ya con anterioridad se había pronunciado el TC en el mismo sentido, en las SSTC 110/1984 y 114/1984.

⁽¹⁵⁶⁾ Si hacemos hincapié en este vacío normativo, no es por motivos caprichosos o arbitrarios, muy al contrario: debe recordarse que el principio de legalidad exige, para proceder a la limitación legal de derechos fundamentales, que se realice por medio de Ley Orgánica, impidiendo el artículo 82 CE la delegación legislativa en materias reservadas a ley orgánica (entre ellas, la restricción de derechos fundamentales). Al respecto, esta misma sentencia que estamos comentando, afirmaba, con relación a los preceptos que según su parecer podrían hacer referencia a las intervenciones corporales (arts. 339 y 478.1 LECrim), serían «habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que sí pueden prestar fundamento a la resolución judicial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de intimidad corporal del imputado o procesado».

⁽¹⁵⁷⁾ Y es que, si bien los derechos fundamentales susceptibles de ser afectados como, p. ej., el derecho a la intimidad, serían limitables, no así los derechos a la vida y a la salud física y mental.

se 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.

[...] El ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano»⁽¹⁵⁸⁾.

Tan sólo afectarían al derecho a la intimidad, «las intervenciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante las que se realizan constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona»⁽¹⁵⁹⁾.

Ha sido precisamente este último criterio uno de los aspectos más criticados por la doctrina, pues «intimidad» pasaría a ser sinónimo de «pudor» o de «recato». «Se trata de una línea jurisprudencial no muy acertada en nuestra opinión, que viene negándose a admitir espacios objetivos de la intimidad y que sólo la reconoce cuando el contenido de la actividad versa sobre elementos subjetivamente íntimos»⁽¹⁶⁰⁾.

Pero no es este el único aspecto que la doctrina critica. Resalta González-Cuéllar Serrano⁽¹⁶¹⁾ que, aún aceptando la limitabilidad del derecho a la intimidad en aras del interés público, «lo que en modo alguno parece convincente es aceptar, como hace el TC, tras declarar –con total acierto– que las restricciones de los derechos fundamentales precisan de regulación legal para ser adoptadas, que la cobertura legal de las intervenciones corporales se encuentra en los artículos 339 y 478 LECrim, preceptos que no guardan relación alguna con la materia que aquí es objeto de discusión», por lo que, a juicio de este autor, las intervenciones corporales no se hallan previstas legalmente.

Sin embargo, y como pone de manifiesto el propio González-Cuéllar Serrano⁽¹⁶²⁾, la Instrucción 6/88 de la Fiscalía General del Estado, de 12 de diciembre de 1988, basándose en un informe elaborado por la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas Tóxicas y Estupefacientes de 23 de septiembre de ese mismo año, analizaba la constitucionalidad y legalidad de las intervenciones corporales, así como la posibilidad de la persecución penal por el delito de desobediencia de las personas que, requeridas para ello, se ne-

⁽¹⁵⁸⁾ Sin embargo, a decir del TC, el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. Así, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 231/1988; 197/1991; 20/1992; 219/1992; 142/1993; 117/1994; 143/1994 y 207/1996), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993 y 143/1994).

⁽¹⁵⁹⁾ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO destaca dos notas de esta sentencia:

1.ª Que, según el TC, el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, al no ser la intimidad corporal una entidad física, sino cultural y determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal.

(Esta nota, por cierto, se repite de forma constante en la jurisprudencia del TC. Vid. SSTC 37/1989; 120/1990; 137/1990; 57/1994; 207/1996 y STS de 29 de septiembre de 1997).

2.ª El TC limita el ámbito protegido de la intimidad, si bien la limitación sólo es posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva de trato degradante alguno.

Vid. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., en *El derecho a la intimidad en...*, op. cit., pp. 116 y ss.

⁽¹⁶⁰⁾ Vid. DÍAZ CABIALE, J. A., en *La admisión y práctica de la prueba...*, op. cit. p. 139. Mantiene este autor el mismo criterio en *Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)*, en la obra colectiva *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 82 y ss. Todas estas críticas deben ser objeto de consideración por el legislador, pues deberá posicionarse al respecto, definiendo el concepto de intimidad corporal y su extensión.

⁽¹⁶¹⁾ En *Proporcionalidad y...*, op. cit., p. 288.

⁽¹⁶²⁾ En *Proporcionalidad y...*, op. cit., pp. 286 y ss.

garan a someterse a la realización de las mismas⁽¹⁶³⁾, afirmando, tajantemente, la constitucionalidad de las intervenciones corporales que se adoptaran en la lucha contra el tráfico de drogas⁽¹⁶⁴⁾.

En todo caso, parece que puede resultar conveniente distinguir entre aquellas intervenciones corporales de carácter leve (toma de huellas dactilares, de fotografías, cortes de pelo o de barba, etc.), para cuya adopción se deberá tener igualmente en cuenta el principio de proporcionalidad de la medida, y aquellas medidas de intervención corporal que podríamos calificar de graves, entre las que incluiríamos las inspecciones anales y vaginales⁽¹⁶⁵⁾, las flexiones estando desnudo⁽¹⁶⁶⁾, etc., para las que deberán extremarse las garantías.

En general, estas actuaciones constituyen actos de investigación de naturaleza pericial, y, en principio, sólo podrán ser acordadas por la autoridad judicial en resolución motivada, dada la restricción de derechos fundamentales que conlleva⁽¹⁶⁷⁾.

4.2 Definición de «medidas de intervención corporal»

Según González-Cuéllar Serrano⁽¹⁶⁸⁾, y en definición que hace propia Díaz Cabiale⁽¹⁶⁹⁾, debe entenderse por intervenciones corporales «todas aquellas actuaciones que tienen por objeto el cuerpo de una persona, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso⁽¹⁷⁰⁾, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el pro-

⁽¹⁶³⁾ La STS de 7 de junio de 1994, exige que, para que haya delito de desobediencia en estos casos, se haga constar la existencia de mandato judicial imperativo en varias ocasiones, para que quede de manifiesto una conducta de oposición. Ahora bien, esta consecuencia puede resultar insuficiente en aquellos casos en los que el presunto delito tenga una pena superior al de desobediencia, salvo que la negativa se interprete como un indicio de culpabilidad. A pesar de esto último, la negativa a someterse a un reconocimiento en un caso, p.ej., de tráfico ilegal de drogas, supone la imposibilidad de determinar la sustancia, su pureza, cantidad, estado, etc.

⁽¹⁶⁴⁾ Ciertas sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz habían absuelto del delito de desobediencia a personas sospechosas de portar drogas en la cavidad anal o vaginal que se negaron a ser reconocidas. Por contra, otras sentencias de los juzgados de Algeciras y Ceuta, fallando en contra de los acusados. Vid. el análisis que de ellas realiza GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, en *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., p. 286. Es de resaltar que, a pesar de la Instrucción de la FGE que luego adopta, en términos generales, nuestro TC, la Audiencia Provincial de Cádiz, siguió sin aceptar estos criterios. Vid., a modo de ejemplo, sentencia de la AP de Cádiz de 16 de mayo de 1989, sosteniendo que las exploraciones manuales son consideradas humillantes por la mayoría de las personas.

⁽¹⁶⁵⁾ Para los casos en que no concurre la nota de urgencia en la práctica de tales registros, será necesaria la intervención letrada, como una garantía más en su ejecución. Vid. STS de 27 de junio de 1994.

⁽¹⁶⁶⁾ El Informe del Defensor del Pueblo de 1988, consideraba que la obligación de someterse a este tipo de prácticas vulnera el artículo 15 de la CE, por constituir una intervención degradante. Vid. *Informe del Defensor de Pueblo de 1988*, BOCG, Congreso de los Diputados, III Leg., de 20 de abril de 1989, p. 4861.

La jurisprudencia, sin embargo, no siempre ha mantenido este criterio. Así, si bien las SSTS de 5 de octubre de 1989 y 11 de mayo de 1996 consideraron este tipo de prácticas como vejatorias, incomprensiblemente la STS de 15 de enero de 1993 y la interesante STC 57/1994, negaban este carácter de «intervención vejatoria o degradante». Como bien apunta GIL HERNÁNDEZ, «es difícilmente pensable un trato que provoque una mayor humillación o sensación de envilecimiento que la medida que comentamos». Vid. GIL HERNÁNDEZ, en *Intervenciones corporales y...*, op. cit., p. 116.

⁽¹⁶⁷⁾ Vid. STC de 16 de diciembre de 1996, al decir que la ley puede autorizar a la policía su práctica en aquellos casos en que comporte una simple inspección o reconocimiento por razones de urgencia y necesidad, pero con absoluta exigencia de observancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

⁽¹⁶⁸⁾ Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., en *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso...*, op. cit., p. 290.

⁽¹⁶⁹⁾ Vid. DÍAZ CABIALE, J. A., en *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del Poder Judicial, 1992, pp. 138 y ss.

⁽¹⁷⁰⁾ Justifica este autor el empleo de la coacción afirmando que «si se acepta la legitimidad constitucional de la regulación de las medidas de intervención corporal y la conveniencia de su introducción en el ordenamiento, parece que no queda más remedio que considerar admisible y necesaria la utilización de la coacción directa para su aplicación. Aunque el sujeto tiene derecho a no colaborar activamente en el éxito de la medida [...], sí se encontraría obligado a soportar las intervenciones pasivamente, por lo que si se resistiera, 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

ceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él», siendo requisitos esenciales e ineludibles para su admisibilidad «que no revistan peligro para la salud y que sean practicadas por un médico, de acuerdo con la *lex artis*».

4.3 Derechos fundamentales afectados

a) *El derecho a la libertad*

En primer lugar, este tipo de medidas incidirían en el derecho a la libertad de las personas del artículo 17.1 CE, dado que se han de practicar sobre personas privadas de libertad. Que ello es así, ha sido aceptado por la práctica totalidad de la doctrina⁽¹⁷¹⁾, incluso por la propia CEDH en Resolución de 13 de diciembre de 1979 (D. 8278/78)⁽¹⁷²⁾, si bien nuestro TC se negó a admitir tal extremo⁽¹⁷³⁾. Ello, por otra parte, tampoco significa que tal restricción de libertad deba ser siempre considerada ilegítima.

b) *El derecho a la integridad física*

Con relación a los artículos 10.1 y 15 CE, es necesario decir que la regulación de la práctica y realización, supuestos y requisitos, no puede, en ningún caso, suponer trato inhumano o degradante para la persona ni para su dignidad.

El TC, en su sentencia 207/1996, apunta que el ámbito de este derecho no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista daño o riesgo para la salud: resulta afectado por toda clase de intervenciones en el cuerpo que carezca de consentimiento de su titular.

Por su parte, la CEDH, en la Decisión 8278/1978, de 13 de diciembre, ha declarado, en relación con las extracciones sanguíneas, que éstas no atentan contra el derecho a la integridad física⁽¹⁷⁴⁾, por lo que su práctica no se reputa inconstitucional. *A sensu contrario*, las me-

desproporcionada, atendidas las circunstancias del caso». Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, en *Proporcionalidad y...*, op. cit., pp. 294 y ss. En todo caso, ello siempre con respeto a los postulados del artículo 118 CE, que no exige al individuo una colaboración activa en la práctica de aquellas medidas que pudieran resultar auto-incriminatorias.

Nos parece impensable la utilización activa de la fuerza física para la práctica de este tipo de intervenciones. Creemos, por contra, que al igual que se hizo con la negativa a someterse al test biológico de paternidad/maternidad, la solución de la presunción de culpabilidad sería acaso más adecuada en un marco garantista de protección de derechos, aún reconociendo una cierta merma en la presunción de inocencia (amplísimamente entendida, por cierto).

⁽¹⁷¹⁾ Así, p.ej., GIMENO SENDRA, V., en *El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida*, en *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, pp. 123 y ss.; y DÍAZ CABIALE, J. A., en *La admisión y práctica de la prueba...*, op. cit., p. 139.

⁽¹⁷²⁾ Afirmando que el derecho a la libertad (art. 5.1. CEDH) se ve afectado, especialmente cuando la detención no se basa en sospecha alguna de la previa comisión de un acto delictivo. Ello sucedería, v.gr., en los controles preventivos de alcoholemia.

⁽¹⁷³⁾ Vid. SSTC 107/1985, 22/1988 y 37/1989.

⁽¹⁷⁴⁾ Tampoco el corte de cabello y vello de axilas por médico forense para su posterior análisis, salvo que se realice con la única finalidad de obtener un hecho indiciario, en cuyo caso no estarían permitidas. Así, STC 207/1996. Vid. el comentario que de esta sentencia hace BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Protección capilar y derechos fundamentales (Comentario a la STC de 16 de diciembre de 1996)*. AC, vol. II, Tribuna, Madrid, 1996, p. 12 á 13.

Por contra, parte de la doctrina sí entiende que este derecho se ve afectado, aunque en menor medida que, p.ej., en las inspecciones anales o vaginales (como, por otra parte, resulta evidente). En este sentido, vid. Asencio Mellado, en *Prueba prohibida y prueba...*, op. cit., pp. 139 y ss.; y DÍAZ CABIALE, en *La admisión y práctica...*, op. cit., p. 139.

En opinión de MORENO CATENA, compartiendo criterio con GIMENO SENDRA, y teniendo en cuenta que con este tipo de pruebas se produce una insignificante intervención corporal, «no surgirían obstáculos de relieve constitucional en caso de que el legislador español decidiera instituir el deber de soportar análisis de sangre para comprobar el grado de impregnación ética, siempre que éstos fueran ordenados por la autoridad judicial, incluyendo el oportuno precepto en la LECrim». Vid. MORENO CATENA en *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, CGPJ, núm. especial II, Madrid, 1987, p. 139.

didadas de intervención corporal que sí afectaran gravemente a aquélla, o supusieran trato degradante o inhumano⁽¹⁷⁵⁾, atentarían contra los postulados constitucionales⁽¹⁷⁶⁾.

En todo caso, todo estas intervenciones deben hacerse siempre y en todo caso por personal suficientemente cualificado para ello.

Por último, apuntar que la ya repetidamente citada STC 207/1996 admite que este derecho puede ceder ante razones justificadas de interés general previstas en la ley, como el derivado de la investigación de un delito o la determinación de hechos relevantes para el proceso penal.

c) *El derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*

Tampoco resultaría lesionado, a juicio del máximo intérprete de la Carta Magna, el artículo 17.3 CE (derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable) pues, según nuestro TC, no es equiparable la conducta de «tolerar» determinadas prácticas, a la de emitir una «declaración»; es decir, no se le pide al sujeto una conducta «activa» por su parte, tan sólo que permita una conducta «pasivamente»⁽¹⁷⁷⁾.

Por otra parte, y en cuanto a la presencia letrada, cuando concurre la urgencia, ésta permite que no sea necesaria la presencia de abogado. Sin embargo, cuando ello no es así, sí se hace precisa su intervención⁽¹⁷⁸⁾.

d) *El derecho a la intimidad*

Con relación al artículo 18.1 CE, que consagra el derecho a la intimidad, es evidente que el mismo se ve, en mayor o menor medida, afectado por la realización de estas prácticas. Así lo ha entendido igualmente la Comisión Europea de Derechos Humanos, en sendas Decisiones de 4 de diciembre de 1978 (Decisión 8239/78) y de 13 de diciembre de 1979 (Decisión 8278/79), afirmando que toda intervención médica compulsiva constituye una intromisión en el derecho al respeto de la intimidad, que el propio Convenio recoge y protege en su artículo 8.

Ello sin embargo, y como ya hemos tenido ocasión de apuntar, no significa que el derecho a la intimidad no pueda ser restringido en aras a otros intereses superiores, y siempre

⁽¹⁷⁵⁾ A modo de ejemplo, la STS de 15 de septiembre de 1989, que no consideraba degradante ni contraria a la dignidad de las personas el sometimiento a un examen ginecológico realizado por un profesional. Por contra, sí consideraba degradante la prueba consistente en exigir de los médicos forenses un reconocimiento y descripción detallada del pene en erección (los llamados «tests falométricos»). *Id.*, a su vez, la STC 37/1989, de 15 de febrero, que apreciaba vulneración del derecho a la intimidad de una mujer por el reconocimiento ginecológico acordado practicar por el Ministerio Fiscal, aunque no llegara a practicarse.

⁽¹⁷⁶⁾ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO entiende que los registros anales o vaginales, si son practicados en establecimientos adecuados y son realizados por un médico suficientemente cualificado no atentarían contra la dignidad humana (lo que, por otra parte, nos cuesta admitir). Por otra parte, se plantea la interesante disquisición de si es preferible que la policía detenga al individuo por plazo de hasta 72 horas (el máximo permitido) para que, de forma natural expulse los objetos introducidos, poniendo en peligro su salud, antes de que sea un profesional de la medicina quien lo haga en breve tiempo. Se formula así la pregunta de si acaso es el «retrato» o el «pudor» un valor superior al de la libertad. *Id.* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., en *Proporcionalidad y...*, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

También sería interesante considerar la constitucionalidad de estas medidas graves si mediara reiterado consentimiento del titular del bien afectado.

⁽¹⁷⁷⁾ Así, STC 103/1985. Este criterio, que se puso de manifiesto con las negativas a someterse a los tests alcoholométricos, es un criterio que difícilmente podemos compartir, pues la obligatoriedad a la realización de este tipo de pruebas, en definitiva, sí aporta, en el caso de resultar positivo, una prueba en contra del sujeto que se ha visto compelido a someterse a ella.

En definitiva; a efectos prácticos sí que resultaría una especie de auto-inculpación. Nos adherimos al voto particular formulado por RUIZ VADILLO y GARCÍA-MON y GONZÁLEZ-REGUERAL en la STC 234/1997, al decir que castigar la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, «además de vulnerar el principio de proporcionalidad y, en algunos casos, incluso el derecho a la intimidad, se priva al favorecido por la presunción de inocencia de la pasividad inherente a la misma, menoscabando, por tanto, su derecho de defensa y de libertad en la forma de su ejercicio».

⁽¹⁷⁸⁾ Así lo ha reconocido el TC, en la sentencia 303/1993, al afirmar que la intervención del abogado es necesaria cuando no se dé la nota de la urgencia, pues las exigencias legales establecidas para la recogida judicial de los efectos del delito, siempre que no concurran los impedimentos de urgencia o necesidad, también deben ser cumplidos por la policía.

condicionado a ciertos requisitos que, en definitiva, sean respetuosos para con la persona sometida a tales prácticas y proporcionales para con el fin perseguido⁽¹⁷⁹⁾. Dicho sea en otras palabras: no se trata de un derecho absoluto no limitable⁽¹⁸⁰⁾, sino que puede ceder ante razones justificadas de interés general⁽¹⁸¹⁾.

Ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto el criterio seguido por nuestro TC y por el TS, distinguiendo entre los casos en que sí se reconoce una esfera de «pudor o recato», de los que no, reduciendo así notablemente el derecho a la intimidad.

e) *El derecho a la salud*

Por último, y con relación al artículo 43 CE, que protege la salud, indicar brevemente que no se trata de un derecho fundamental, que, en todo caso, tampoco es ilimitado, de manera que serán constitucionalmente admisibles aquellas prácticas que entrañen un leve menoscabo de la misma y sean practicadas por médicos titulados de acuerdo con la *lex artis*. Evidentemente, aquellas medidas que sí comporten un peligro para la salud serán contrarias a los postulados constitucionales, pero no por vía del artículo 43 CE, sino por el artículo 15 (derecho a la integridad física).

Así lo recogen también las llamadas «Reglas de Mallorca» sobre las «Reglas Mínimas del Proceso Penal», redactadas por una Comisión de Expertos de Derecho Penal para las Naciones Unidas en febrero de 1992, que dispone, en su regla 23.ª, que «la intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la *lex artis* y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona».

4.4 Requisitos

Además del requisito apuntado con anterioridad, de la necesidad de una cobertura legal suficiente (ley orgánica, prohibiéndose la delegación legislativa), que regule y desarrolle tal tipo de medidas⁽¹⁸²⁾, la doctrina hace referencia a otro tipo de requisitos⁽¹⁸³⁾, que serían los siguientes:

a) *Extrínsecos: judicialidad y motivación*

a') Judicialidad⁽¹⁸⁴⁾, por cuanto estas medidas sólo serán admisibles si se acuerdan y controlan por el órgano judicial competente⁽¹⁸⁵⁾, salvo supuestos excepcionales, en que cabría

⁽¹⁷⁹⁾ Vid. SSTC 11/1981, de 8 de abril y 37/1989, de 15 de febrero.

⁽¹⁸⁰⁾ Vid. SSTC 37/1989 y 207/1996).

⁽¹⁸¹⁾ Según la STC 107/1996, el interés público propio de la investigación y la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son causa legítima que pueden justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la ley.

⁽¹⁸²⁾ «El grado de cumplimiento de esta exigencia en nuestra legislación es lamentable». DÍAZ CABIALE en *La admisión y...*, *op. cit.*, p. 140.

⁽¹⁸³⁾ Así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., en *Proporcionalidad y...*, *op. cit.*, pp. 306 y ss.

⁽¹⁸⁴⁾ Afirma la STC 207/1996 que la exigencia de un monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante, 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.

⁽¹⁸⁵⁾ Vid., a modo de ejemplo, SSTs de 8 de marzo de 1968, 9 de noviembre de 1976, 24 de octubre de 1978, y de 21 de junio de 1994, y STC de 17 de enero de 1994, con relación a la determinación de la filiación mediante prueba de los grupos sanguíneos, exigiendo un control judicial mediante auto motivado de la adopción de tales medidas. Mantenemos la exclusividad jurisdiccional para la adopción de cualquier medida limitativa de derechos fundamentales, como una garantía más de la instrucción.

la autorización a la policía por parte del Ministerio Fiscal (casos de extrema urgencia o necesidad). La doctrina también ha apuntado como supuesto excepcional el de la zonas aduaneras, no siendo pacíficas las opiniones al respecto⁽¹⁸⁶⁾; resultando acaso necesario una regulación específica del tema que concilie en la medida de lo posible la excepcionalidad del supuesto con las garantías procesales del sujeto.

a'') Motivación, pues si ya se exige para otros supuestos como las intervenciones telefónicas, entradas y registros domiciliarios, etc., con más razón para las intervenciones corporales, en que la posibilidad de lesión de ciertos derechos fundamentales es mucho mayor⁽¹⁸⁷⁾.

La exigencia de motivación es aquí, ante todo, un requisito formal de la regla de proporcionalidad, por el que, en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido⁽¹⁸⁸⁾, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada constitucional que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo⁽¹⁸⁹⁾.

b) *Intrínsecos: principio de idoneidad; principio de necesidad y principio de proporcionalidad.*

b') Principio de idoneidad, que la medida sea apta, adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella (la determinación de los hechos que constituyen el objeto del proceso penal), y que requiere la individualización casuística de la adopción de estas medidas, respetando siempre este principio, para evitar una utilización pervertida de aquéllas, y exigiéndose siempre la existencia de sospechas fundadas.

b'') Principio de necesidad, que supone que sólo se recurrirá a estas diligencias cuando no existan otras medidas u otros medios de investigación posibles, menos lesivos de derechos fundamentales y menos gravosos para el sujeto afectado.

b''') Principio de proporcionalidad en sentido estricto; es decir, que el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes, y que requiere la ponderación casuística de los intereses en juego, por lo que sólo serán aceptables las medidas de intervención corporal cuando se trate de delitos graves (en ningún caso faltas) y otros supuestos excepcionales (investigación de la paternidad o maternidad biológica⁽¹⁹⁰⁾, etc.), y todo ello respetando siempre las garantías en la ejecución tendentes a alejar todo peligro respecto a la vida y la integridad física del sujeto que las ha de soportar⁽¹⁹¹⁾. O dicho sea de otro modo: la medida limitativa debe estar prevista en

⁽¹⁸⁶⁾ A favor, ASENSIO MELLADO, en *Prueba prohibida y...*, op. cit., p. 147. En contra, DÍAZ CABIALE, en *La admisión y...*, op. cit., p. 141.

⁽¹⁸⁷⁾ Vid. STC 37/1989.

⁽¹⁸⁸⁾ Así, SSTC 137/1989; 7/1994, y 207/1996.

⁽¹⁸⁹⁾ Vid. SSTC 128/195; 181/1995; 54/1996; 158/1996 y 207/1996. 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.

⁽¹⁹⁰⁾ Vid. STC 7/1994 y AATC 103/1990 y 221/1990, en los que se afirma que no hay duda de que en este tipo de supuestos prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad/maternidad frente al derecho a la integridad física o a la intimidad.

⁽¹⁹¹⁾ Vid. ASENSIO MELLADO, en *Prueba prohibida y...*, op. cit. p. 144. ASENSIO exige, dentro del principio de proporcionalidad, que se observe una imputación suficiente así como la indispensabilidad de la medida y su adecuación entre el hecho imputado y la gravedad de la intromisión.

la ley, debe ser adoptada mediante resolución motivada, y debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo y que no imponga sacrificios desproporcionados puestos en relación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

A todos ellos hay que sumar otros, derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a un profesional médico o sanitario; la exigencia de que en ningún caso suponga riesgo para la salud, y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante⁽¹⁹²⁾. Es decir; los tres siguientes:

- En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer, bien objetiva, bien subjetivamente, un riesgo o quebranto para su salud.
- La ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario.
- La práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con absoluto respeto a la dignidad de la persona, sin que en ningún caso pueda constituir trato inhumano o degradante.

4.5 Breve referencia a ciertas modalidades de intervenciones corporales

a) *La tortura y los malos tratos*

No ofrece duda alguna el más absoluto rechazo de toda actuación, con independencia de cuales fueran las circunstancias, que suponga o conlleve menosprecio de la dignidad humana, como son los malos tratos y la tortura. Así lo ha afirmado el TS en sentencia de 10 de marzo de 1992, en consonancia con el artículo 15 CE y el artículo 3 del Convenio de Roma; y así también lo suscribimos nosotros.

La jurisprudencia internacional, de la que se han hecho eco nuestros tribunales, ha venido a diferenciar entre la «tortura» y «trato degradante». Así, la STEDH, en sentencia de 25 de abril, al afirmar que el «trato degradante» no tenía por que suponer, necesariamente, «tortura».

Esta última ha sido definida 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, o con el fin también 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»⁽¹⁹³⁾.

Por contra, «trato degradante» sería el que crea «un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad, de manera que puede llegar a humillar, envilecer y quebrar eventualmente la resistencia física o moral»⁽¹⁹⁴⁾.

⁽¹⁹²⁾ Así SSTC 7/1994 y 207/1996.

⁽¹⁹³⁾ Según definición iniciada por el V Congreso de la ONU para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de 1 de septiembre de 1975 y recogida por la Convención contra la Tortura y Malos Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, habiéndose hecho eco de ella la STC de 27 de junio de 1990. Así lo pone de relieve DE VEGA RUIZ, que afirma «no se puede defender un proceso con todas las garantías, no se puede rechazar la indefensión como paradigma contra la injusticia procedimental si no abolimos esa solapada violencia que muchas veces anida en las diligencias probatorias cuando éstas empezaron su andadura investigadora». Vid. DE VEGA RUIZ, José Augusto, en *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*. Ed. Colex. Madrid, 1994, pp. 120 y ss., quien a su vez critica el hecho de que, estando bien diferenciado el trato degradante de la tortura, no ocurra lo mismo entre la tortura y los malos tratos. Vid., igualmente, SSTs de 10 de marzo y 11 de junio de 1992, y SSTC 120/1990; 137/1990; 57/1994, y 207/1996.

⁽¹⁹⁴⁾ Según STEDH de 18 de enero de 1978. Y puestos ya a definiciones, en esta misma sentencia el TEDH definió el «trato inhumano» como aquel que causa vivos sufrimientos físicos y morales y entraña perturbaciones psíquicas agudas.

En todo caso, unos y otros entendemos están prohibidos y ninguna consecuencia probatoria se podrá obtener en el caso de que se hubieren logrado las pruebas bajo tortura o malos tratos. La evidencia de esta conclusión estimamos hace innecesario un análisis más detenido de la misma ⁽¹⁹⁵⁾.

b) *El cacheo*

b') Concepto y finalidad.

Según definición dada por Gil Hernández ⁽¹⁹⁶⁾, el cacheo es «el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del sospechoso de haber cometido un delito, con la finalidad de detectar armas u otros instrumentos peligrosos para la vida o la integridad física de los funcionarios intervinientes o de terceros, de detectar piezas de convicción o efectos de la sospechada infracción penal, y caracterizado por realizarse por agentes de la autoridad ⁽¹⁹⁷⁾ y en un momento, por lo general, previo a la apertura del proceso penal».

Más sucinto es el concepto de cacheo que recoge el TS en su sentencia de 7 de julio de 1995, al limitarlo al registro de una persona para detectar elementos susceptibles de constituir prueba de un delito. Se trata en todo caso de una actuación externa sobre el cuerpo humano ⁽¹⁹⁸⁾, pero que también recae sobre la indumentaria del sujeto, en busca de instrumentos de delito y piezas de convicción, o con carácter meramente preventivo.

Resaltar finalmente que el cacheo forma parte indisoluble del atestado, y sólo puede llegar a alcanzar valor probatorio mediante la deposición en el acto de la vista de quien lo realizó, no constituyendo ni prueba anticipada ni preconstituida.

b'') Derechos fundamentales afectados.

En principio, tres son los derechos fundamentales que podríamos considerar afectados ⁽¹⁹⁹⁾:

1.º el derecho a la integridad física, si bien estimamos que en el caso de los cacheos malamente se puede hablar de una posible lesión a este derecho, por ser una actuación levísima sobre el sujeto pasivo;

2.º el derecho a la libertad: dado que para su práctica es necesario privar al sujeto de la libertad deambulatoria (salvo en el caso de los reclusos, pues la restricción de libertad ya se ha producido con anterioridad), es necesario que la detención se practique conforme a los pos-

⁽¹⁹⁵⁾ Sin embargo, y como recoge MORENO CATENA, en nuestro país se presentaron con demasiada frecuencia denuncias por la práctica de torturas en las dependencias de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, aunque parece que por fortuna tales denuncias han ido remitiendo. Para ilustrar lo anterior, cita como ejemplo los Informes de Amnistía Internacional (Madrid, 1984 y Fuenlabrada, 1985), así como el Informe de la propia organización titulado *Tortura*, Madrid, 1984, afirmando que en tal año en nuestro país «la tortura y el maltrato de detenidos fueron continuos». Vid. MORENO CATENA, en *Garantía de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 135.

⁽¹⁹⁶⁾ Vid. GIL HERNÁNDEZ, A., en *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, p. 69.

⁽¹⁹⁷⁾ El cacheo sólo podrá realizarse por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad públicos, es decir, no por agentes de la «seguridad privada», al carecer éstos de carácter de autoridad. Así, SSTS de 20 de octubre de 1991, de 6 de mayo y 18 de noviembre de 1992, y de 8 de octubre de 1993. Vid., a su vez, Ley 12/1990, de 30 de julio, de Seguridad Privada, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre. Este parecer jurisprudencial, así como toda la restante jurisprudencia emitida con relación a las competencias de los agentes de la seguridad privada, dejan clarísimo el estrecho margen legal de actuación de estos agentes; margen que, sin embargo, de forma reiterada y deliberada, violan con cierta frecuencia en la práctica.

⁽¹⁹⁸⁾ Sin embargo, llamativamente, la STS de 15 de enero de 1993, consideraba «cacheo» la obligación de hacer expulsar a una persona la droga escondida en la cavidad bucal.

⁽¹⁹⁹⁾ Afectación que la jurisprudencia niega se produzca.

tulados legales, para que el cacheo no devenga en ilícito. En todo caso, la jurisprudencia ha venido negando sistemáticamente que el derecho a la libre circulación y a la libertad se vean afectados por este tipo de diligencias ⁽²⁰⁰⁾.

«Es preciso diferenciar: la detención, como privación de libertad de la persona, regulada y condicionada expresamente en el artículo 17.1 CE y los artículos 490 y 492 LECrim; y la inmovilización de la persona; esto es, la momentánea privación de la facultad o derecho de la libre deambulación y circulación realizada en el ejercicio de las normas de policía, para una comprobación preventivo-policial, que el propio TC ha declarado que constituye un supuesto diferente a la detención» ⁽²⁰¹⁾.

«El derecho a la libertad no se conculca por el cacheo, aunque se inmovilice al ciudadano y se le conduzca a dependencias policiales para practicarlo, ya que la detención se justifica por racionales motivos para creer en la existencia de un hecho con perfiles delictivos y la participación de la persona detenida» ⁽²⁰²⁾.

Finalmente, apuntar que el cacheo deberá durar el mínimo tiempo imprescindible (que, lógicamente, deberá ser inferior a las 72 horas), respetándose el principio de proporcionalidad.

3.º El derecho a la intimidad corporal: estimamos que también este derecho puede verse afectado por los cacheos, en mayor o menor medida, en función de la intensidad de los cacheos, a pesar de que la jurisprudencia del TS también lo haya venido negando ⁽²⁰³⁾.

«La práctica del cacheo de la inculpada por una agente femenina, limitándose a palpar sobre su ropa el cuerpo, aún contorneando la zona pectoral, no puede calificarse como una intromisión en el ámbito protegido por el derecho a la integridad corporal del artículo 15 CE» ⁽²⁰⁴⁾.

En todo caso, esta actuación deberá realizarse siempre con respeto y defensa de los derechos que asisten a la persona objeto del cacheo, con expresa prohibición de infligir tratos inhumanos o degradantes, y restringiendo el uso de la fuerza sólo en la medida en que sea estrictamente necesaria ⁽²⁰⁵⁾.

Sin embargo, y como ya hemos visto, la jurisprudencia ha mantenido reiteradamente que los cacheos no vulneran, por sí mismos, ni el derecho a la libertad ni el derecho a la intimidad corporal, por lo que no es necesario su sometimiento a las previsiones del artículo 17.3 CE (ni preceptos concordantes en las leyes adjetivas reguladores de la detención), ni al 18 CE (al no

⁽²⁰⁰⁾ Así, SSTs de 15 de abril y de 28 de octubre de 1993 y de 1 de abril de 1996, y SSTC de 26 de noviembre de 1990 y 28 de enero de 1991. En el mismo sentido, STC 1171/1997.

⁽²⁰¹⁾ STS de 20 de diciembre de 1993.

⁽²⁰²⁾ STS de 23 de diciembre de 1994. *Vid.*, a su vez, artículo 20 Ley de Seguridad Ciudadana. No obstante, con relación al supuesto estudiado en ambas sentencias, sostenemos que, mientras podemos aceptar el primero de los casos planteados (una inmovilización momentánea), no así el segundo, que implica una traslación forzosa del sujeto a dependencias policiales. En este segundo caso entendemos que sí existe una detención llevada a cabo en cumplimiento de los fines de investigación del proceso penal. Evidentemente, con independencia de que el derecho a la libertad se vea o no mermado, según se cumpla con las previsiones legales al efecto o no.

⁽²⁰³⁾ El TC también ha negado la lesividad de este derecho, por practicarse el cacheo sobre zonas corporales en las que no existe el «retrato corporal». *Vid.* STC 57/1994 y STS de 15 de enero de 1993 y las que en ella se citan.

⁽²⁰⁴⁾ *Vid.* STC 15/1989 y 1171/1997.

⁽²⁰⁵⁾ *Vid.* artículos 104 CE, Resolución 609 de 8 de mayo de 1979 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; asimismo el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley», aprobada por la Asamblea General de la ONU en fecha de 17 de diciembre de 1979; así como la Orden Ministerial de 30 de septiembre de 1981, que fija los «Principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», plasmadas posteriormente en la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de 13 de marzo de 1986, y la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

alcanzar a un elemento subjetivamente íntimo⁽²⁰⁶⁾, pues, en definitiva, el cacheo 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 seguridad»⁽²⁰⁷⁾, y ello sobre la base del art 104 CE que establece que «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana», si bien debiéndose respetar siempre los principios de proporcionalidad y racionalidad de la medida⁽²⁰⁸⁾.

b''') Exigencias en su realización.

No obstante lo anterior, Díaz Cabiale⁽²⁰⁹⁾, enumera una serie de exigencias básicas para acordar los cacheos –al entender vigentes en esta diligencia los derechos fundamentales enunciados– a saber:

1.ª la previsión legal, pues, al igual que en cualquier acto de investigación en que exista restricción de un derecho fundamental, el principio de legalidad exige el cumplimiento de esta garantía, que, en opinión del autor citado⁽²¹⁰⁾, no se cumple en nuestro ordenamiento (pues sólo se contempla el cacheo en supuestos extraordinarios como el ámbito penitenciario y el aduanero, no siendo suficientes, a su entender, las previsiones contempladas en la LOFCSE, 2/1986, en la LECrim y en la LSC 1/1992);

2.ª la autorización judicial, si bien por la levedad de la intromisión en los derechos fundamentales no haría necesario en todo caso el cumplimiento de esta garantía⁽²¹¹⁾;

3.ª el principio de proporcionalidad, que, en lo relativo a los cacheos, presupone que no basta con aducir intereses públicos, sino que han de fundamentarse las actuaciones mediante indicios o sospechas concretas e individualizadas, no siendo posible aducir la seguridad general⁽²¹²⁾.

c) La prueba alcoholométrica.

c') Naturaleza jurídica de la prueba alcoholométrica: breve apunte.

Según afirmaba la STC 100/1985, el llamado test de alcoholemia⁽²¹³⁾ no puede equipararse a los simples atestados policiales, si bien tampoco es posible configurarlo como una simple denuncia, sino que, «en las actividades practicadas al realizarlo, se lleva a cabo, preconstituyéndola, una prueba, a la que puede aplicarse, *lato sensu*, el carácter de prueba pericial en

⁽²⁰⁶⁾ Según expresión recogida en la STS de 15 de febrero de 1993.

⁽²⁰⁷⁾ STS de 15 de abril de 1993. En idéntico sentido, SSTs de 20 de diciembre de 1993 y de 17 de enero de 1997 y SSTC de 7 de octubre de 1985 y de 18 de febrero de 1988.

⁽²⁰⁸⁾ En el ámbito penitenciario, y en cumplimiento del deber de la Administración de vigilar y controlar estos centros, se admite que, por seguridad, se pueda proceder con cierta regularidad al cacheo de los internos.

⁽²⁰⁹⁾ En *Cacheos superficiales, intervenciones corporales y...*, op. cit., pp. 132 y ss.

⁽²¹⁰⁾ Y que no compartimos.

⁽²¹¹⁾ A lo que generalmente hay que añadir las razones de urgencia y de interés público que justifican la práctica casi automática de estas medidas por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

⁽²¹²⁾ Siempre según este autor, manteniendo el TS una postura mucho más flexible, al afirmar que el principio de proporcionalidad siempre se cumple si el cacheo arroja resultados positivos. Sin embargo, entendemos con DÍAZ CABIALE, que el examen de la concurrencia o no de la proporcionalidad debe hacerse *ex ante* y no *post facto*.

⁽²¹³⁾ En la actualidad, más correcto es hablar de «etilómetros», en vez de «alcoholímetros», según recoge la Exposición de Motivos del RD 1333/94, de 20 de junio, al introducir una nueva fórmula de detección del nivel de alcohol en sangre.

la que concurre la especial circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior en el juicio. Ello obliga a reconocerle alcance probatorio al *test*, siempre que tal prueba haya sido llevada a cabo con las necesarias garantías».

Para Díaz Cabiale, por contra, «el hecho de que se trate de una diligencia de investigación de naturaleza pericial practicada por la policía, en nada altera el hecho de que sea una actuación contenida en el atestado y que goza del mismo valor que éste. [...] La forma en que debe alcanzar fuerza probatoria consiste en la deposición en el juicio oral de quienes lo llevaron a cabo»⁽²¹⁴⁾.

En líneas generales, podemos afirmar que el valor que se le ha otorgado mayoritariamente, ha sido el mismo que el del atestado; es decir, el de simple denuncia⁽²¹⁵⁾.

c'') Regulación.

A pesar de la indudable importancia de este tipo de mecanismos, no por su especial incidencia en derechos de la persona, sino por su frecuente aplicación, nada regula al respecto nuestra decimonónica LECrim. Tan sólo la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RDL 339/1990, de 2 de marzo) en su artículo 12⁽²¹⁶⁾ y el capítulo IV del Título I del Reglamento General de Circulación (RD 13/1992, de 17 de enero) en su artículo 20 y siguientes, así como el importante RD 1333/1994, de 20 de junio de 1994 (por el que se modifican, entre otros, determinados artículos relativos a las tasas de intoxicación alcohólica del RGC), abordan la posibilidad de la detección de alcohol u otras sustancias nocivas en sangre⁽²¹⁷⁾.

En fecha de 23 de octubre de 1998, y por medio del Real Decreto 2282/1998, se modificaron los artículos 20 y 23 del Reglamento General de Circulación de 1992, reduciendo los límites básicos de las tasas de alcohol permitidas, tanto en aire espirado como en sangre⁽²¹⁸⁾.

Así pues, de nuevo hemos de acudir a la jurisprudencia para conocer las directrices a seguir en estos temas, y vemos cómo el TC⁽²¹⁹⁾, de acuerdo con las pautas marcadas por la CEDH⁽²²⁰⁾, ha ido sentando unos criterios que podríamos calificar como de «básicos» para suplir tan grave laguna legal en esta materia, y que podríamos resumir de la siguiente manera⁽²²¹⁾:

⁽²¹⁴⁾ Vid. DÍAZ CABIALE en *Cacheos superficiales, intervenciones corporales y...*, *op. cit.*, p. 183.

⁽²¹⁵⁾ Sin embargo, no deja de tener razón DÍAZ CABIALE al manifestarse acerca de la naturaleza jurídica de este tipo de prueba, pues, al fin y al cabo, se practican estos tests dentro del marco propio de sus funciones de prevención y averiguación del hecho delictivo.

⁽²¹⁶⁾ Y la reforma operada por la reciente Ley 5/1997, que modifica el texto articulado de la citada ley.

⁽²¹⁷⁾ Igualmente, son de interés los artículos 379 y ss. del nuevo Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre), que tipifican los delitos contra la seguridad del tráfico.

⁽²¹⁸⁾ Que pasa a ser, como regla general, de 0,5 gramos por litro en cuanto a la tasa de alcohol en sangre y de 0,25 miligramos por litro para la tasa de alcohol en aire espirado. Sin embargo, es necesario apuntar que el citado Real Decreto, en su Disposición Final Única, prevé su entrada en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, que se produjo en fecha de 6 de noviembre de 1998.

⁽²¹⁹⁾ Vid., entre otras, sentencias números 103/1985, de 4 de octubre y 107/1985, de 7 de octubre. Son de destacar, a su vez y entre otras, las SSTC 100/1985, de 3 de octubre; 145/1985, de 28 de octubre; 145/1987, de 23 de septiembre; 22/1988, de 23 de febrero; 89/1988, de 4 de mayo; y 5/1989, de 19 de enero.

⁽²²⁰⁾ Así, Decisión de 13 de diciembre de 1979.

⁽²²¹⁾ ARAGONESES MARTÍNEZ resume igualmente estos criterios, si bien, a nuestro juicio, olvidando uno esencial, recogido por el TEDH: la necesidad de la existencia de una cobertura legal suficiente que regule y ordene este tipo de medidas. Vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, S., y otros en *Derecho Procesal Penal, op. cit.*, pp. 377 y ss.

c'') Requisitos y criterios básicos para su utilización y realización.

1.º No se puede utilizar la fuerza compulsiva para realización de este tipo de análisis⁽²²²⁾. La ejecución coactiva de la medida se considera atentatoria contra la dignidad humana⁽²²³⁾. Sin embargo, la Resolución 7 del Consejo de Europa, adoptada por el Consejo de Ministros del 22 de marzo de 1973, declaró que «nadie puede oponerse o sustraerse a una prueba de aliento, a una toma de sangre, o a un examen médico»⁽²²⁴⁾.

Por contra, la prueba de análisis de sangre realizado de forma voluntaria no vulnera el derecho a la integridad física ni a la intimidad corporal⁽²²⁵⁾.

2.º Ni la investigación mediante aparatos de detección alcohólica de aire espirado ni el examen de sangre constituyen injerencia prohibida por el artículo 15 de la CE. En opinión de nuestros más altos tribunales, estamos ante una intervención corporal coactiva de carácter leve que, aún afectando al derecho a la integridad física, no vulnera su contenido esencial⁽²²⁶⁾.

3.º El principio de legalidad del artículo 25.1 CE no implica la exclusión del test alcohométrico.

4.º No se puede equiparar a una detención la momentánea privación de libertad necesaria para la realización del test. Los derechos que reconoce el artículo 17 CE corresponden al detenido, no siendo ésta la situación de quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido por la policía para la realización de una prueba de alcoholemia, constituyendo, por contra, un sometimiento no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía. Así lo ha aseverado el TC en su sentencia 22/1988, de 18 de febrero, y, posteriormente, en la STC 252/1994, de 19 de septiembre, afirmando que este tipo de controles no inciden en el derecho a la libertad⁽²²⁷⁾.

⁽²²²⁾ Criterio que «incomprensiblemente no se respeta por la LT y su Reglamento», según opinión de ARAGONESES MARTÍNEZ. Vid. ARAGONESES MARTÍNEZ, S., y otros en *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 377. El necesario consentimiento del sujeto pasivo lo reclaman la STC 24/1992, de 19 de febrero y la STS de 21 de junio de 1994.

MORENO CATENA afirma al respecto que «en todo caso deben reputarse ilícitas, por vulnerar el derecho constitucional a la integridad personal, todas las medidas coercitivas que supongan una intromisión, bien en las funciones físicas –en sentido amplio– de una persona o en su psique, practicadas en contra de la voluntad del individuo o sin haberse sometido voluntariamente a ellas cuando se encuentre en condiciones de manifestarse», proponiendo se impetre como garantía un procedimiento de «habeas corpus», caso de producirse intromisiones ilegítimas en el derecho fundamental a la integridad física y moral durante las investigaciones policiales, «al considerarse como personas ilegalmente detenidas las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a todas persona detenida».

Sería interesante plantearse esta posibilidad o cualquier otro mecanismo de defensa por la ley adjetiva penal, que concilie así los intereses que en estos casos se contraponen.

Vid. MORENO CATENA en *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, CGPJ, núm. especial II, Madrid, marzo 1987, p. 136.

⁽²²³⁾ STC 37/1989, de 15 de febrero.

⁽²²⁴⁾ En la anterior regulación de seguridad vial, el sometimiento a las pruebas de alcoholemia era de carácter voluntario, si bien cabía sanción administrativa por la negativa. Por contra, en la actualidad, y por mor del artículo 12 de la Ley de Seguridad Vial, el sometimiento a este tipo de pruebas es de carácter obligatorio, pudiéndose perseguir la negativa a las mismas como delito de desobediencia a la autoridad. Ya hemos apuntado anteriormente que, a pesar de la sostenida opinión de la jurisprudencia, creemos que ello puede conculcar el derecho a la no auto-incriminación.

⁽²²⁵⁾ Vid. STC 234/1997.

⁽²²⁶⁾ Según la STS de 4 de octubre de 1985, si ni aún el examen de sangre constituye injerencia prohibida, menos lo será la investigación mediante aparatos de detección alcohólica del aire espirado, criterio que seguía la antigua Decisión de la CEDH de 13 de octubre de 1979, como pone de manifiesto DE VEGA RUIZ, J. A., en *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Colex, Madrid 1994, p. 53.

⁽²²⁷⁾ Definitivamente, es necesario replantearse la existencia de situaciones intermedias entre la libertad y la detención (que, de facto, y se llamen como se llamen, existen). Todas estas «interrupciones momentáneas» practicadas en función de diligencias

Según afirma la STC de 7 de octubre de 1985, «la verificación misma de las pruebas no configura el supuesto de detención. [...] Sólo a partir de la apreciación del resultado positivo del examen pericial practicado puede hablarse en rigor de detención»⁽²²⁸⁾.

5.º La realización del test o del análisis sanguíneo no van contra el derecho a no declarar y a no declararse culpable, pues lo que se le pide al afectado es tan sólo que consienta una determinada actuación, pero no que emita una declaración de culpabilidad⁽²²⁹⁾. Contrariamente, cierta «jurisprudencia menor» sí que ha mantenido que las pruebas alcoholométricas entrañaban una autoincriminación⁽²³⁰⁾.

6.º El interesado debe tener conocimiento de cuanto pueda contribuir a que la prueba se realice con las máximas garantías, para que su derecho de defensa no se vea mermado⁽²³¹⁾.

En consecuencia, tiene derecho a saber que no podrá ser obligado por la fuerza a la realización del test, y de las consecuencias negativas que tal actitud le podrían deparar (desobediencia a la autoridad)⁽²³²⁾; de que transcurridos diez minutos desde la primera expiración de aire tiene derecho a una segunda prueba si rebasara los límites legales (0,4 gramos de alcohol en litro de sangre con carácter general, y 0,25 y 0,15 en los supuestos particulares que el Reglamento contempla); igualmente tiene derecho a contrastar los resultados obtenidos mediante análisis sanguíneo en el centro médico capaz más cercano⁽²³³⁾, que sólo serán costeados por él en caso de que el resultado arrojado fuera positivo; y, en general, su derecho a formular cuantas observaciones estime pertinentes, que se consignarán en la diligencia que a tal efecto se levantará.

Si las referidas informaciones se omitieran se entendería vulnerado el derecho de defensa, por lo que estaríamos ante una prueba ilícita del artículo 11.1 LOPJ⁽²³⁴⁾.

de prevención o de persecución de los delitos (así, para el cacheo; identificación de personas sospechosas; práctica de tests alcoholométricos, etc.), deberían venir definidas y delimitadas por el legislador. Llega a ser ridículo afirmar la inexistencia de estas zonas intermedias, sin regulación, sin naturaleza jurídica propia, sin siquiera una denominación legal, sin definir un status procesal concreto, etc.

⁽²²⁸⁾ Volvemos a insistir: cuál es, entonces, el estatus procesal del requerido a la prueba de alcoholemia, y hasta la verificación de su resultado?

⁽²²⁹⁾ Vid. SSTC de 4 de octubre de 1985, de 19 de enero de 1989; de 15 de enero de 1990, y la STC 234/1997.

⁽²³⁰⁾ Así, sentencia de la AP de Vitoria de 31 de enero de 1984, a la que nos adherimos, a pesar de reconocer que su no obligatoriedad y su no sometimiento debe deparar consecuencias, no penales, sino procesales (v.gr., creando un presunción desfavorable). Por contra, sentencia de la AP de Albacete de 14 de marzo de 1983.

⁽²³¹⁾ Vid. SSTC 145/1985, de 28 de octubre y 148/1985, de 30 de octubre.

⁽²³²⁾ GIMENO SENDRA apunta que habría de imponerse un deber de información de las consecuencias de la práctica de tales métodos. Vid. GIMENO SENDRA en «Valor probatorio de los métodos alcoholimétricos», en *La Ley*, 6 de noviembre de 1984, pp. 1102 y ss. Ello debería ser previsto legalmente.

⁽²³³⁾ No como acto de investigación, sino como manifestación del derecho de defensa. De hecho, en opinión de DÍAZ CABIALE, y recogiendo el parecer de la sentencia de 29 de noviembre de 1994, de la AP de Vizcaya, Sección 1.ª, si el interesado solicita esta diligencia y por cualquier motivo ajeno a su voluntad es imposible su práctica o no llega a realizarse, la expiración primera de aire quedaría viciada. Vid. DÍAZ CABIALE en *Cacheos superficiales, intervenciones corporales y... op. cit.*, p. 177.

El Reglamento recoge la posibilidad de que, además del consentimiento del propio interesado, se realice la extracción sanguínea por orden de la Autoridad judicial, adoptada en resolución motivada, supuesto que, en la práctica, y por evidentes motivos, rara vez se producirá. Sólo será así cuando se produzca la detención y puesta a disposición judicial del conductor.

⁽²³⁴⁾ En palabras del TS: «El derecho a la defensa fue infringido por no haber sido informado el procesado por los agentes policiales de las posibilidades que ofrece la reglamentación vigente de solicitar, a propia costa, una segunda medición y un análisis de sangre. Por otra parte, el contenido del atestado no fue ratificado por los agentes de tráfico, ni en la fase de instrucción ni en el juicio oral, y en el proceso no figura prueba alguna racional de cargo, legalmente obtenida, que avale el resultado del test.

Se violó, pues, el derecho constitucional a la presunción de inocencia, y así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala y el Tribunal Constitucional en supuestos similares».

Otra sentencia del TC, de 15 de enero de 1990 (STC 3/1990), exigía, para no estimar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del conductor, que aparezca reseñado en el atestado el aparato medidor que se utilizó en la diligencia; que se demuestre que el conductor fue informado de su derecho a una segunda prueba y a un análisis sanguíneo, y que el atestado sea sometido a contradicción en el acto de la vista.

Su incorporación al proceso deberá respetar igualmente los principios de inmediación, oralidad y contradicción, no siendo suficiente la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado⁽²³⁵⁾.

7.º Que este tipo de pruebas no son contrarias a la presunción de inocencia por los diferentes resultados que pueden ofrecer.

8.º La sentencia penal no puede fallar contra el acusado basándose exclusivamente en el resultado de estos tests, pues, según opinión del TC, ello vulneraría la presunción de inocencia. Ahora bien, a pesar de que el atestado sólo puede tener valor de simple denuncia, insuficiente por sí sólo para desvirtuar la presunción de inocencia, el TC ha mantenido que si se han respetado los derechos del afectado, si la prueba se realizó con observancia de las debidas garantías, y los agentes que practicaron la detección declaran al respecto en el juicio oral, entonces se puede entender practicada la «mínima actividad probatoria» suficiente para enervar la presunción de inocencia⁽²³⁶⁾. Sin embargo, es frecuente considerar que la presunción de inocencia no se enerva por la mera prueba del alcoholímetro si no se avala o complementa por otros acreditamientos⁽²³⁷⁾.

9.º La obligación de someter a un sujeto a una prueba con el fin de averiguar determinada información, afecta al derecho a la intimidad. Para que tal afectación sea constitucionalmente relevante y lesiva del artículo 18.1 CE debe carecer de justificación objetiva y razonable (la prevista en el artículo 380 CP está justificada dado el peligro que entraña la conducción bajo el efecto de tal tipo de sustancias)⁽²³⁸⁾. Si la prueba consiste en un análisis de sangre, que es una intervención corporal leve, según la jurisprudencia del TC⁽²³⁹⁾, es evidente que cuando se realice de forma voluntaria no lesiona derecho alguno. Y cuando se trate de una obligación impuesta por el Juez a efecto de contraste con otra prueba, ha de tenerse en cuenta que esta medida está prevista por la ley y es proporcionada. Si la prueba sólo consiste en la espiración de aire, tampoco es contraria a la CE, pues, por la parte del cuerpo afectada, difícilmente se lesiona el derecho a la intimidad corporal⁽²⁴⁰⁾ que protege.

10.º Finalmente, y en cuanto a la asistencia de letrado, recordar que la urgencia de este tipo de medidas hace que su presencia no pueda ser requerida. La STC 252/1994 analizó en profundidad esta cuestión, a la que nos remitimos.

d) Referencia a los exámenes radiológicos y/o ecográficos.

Aunque este tipo de intervenciones corporales son consideradas de carácter leve, no por ello pueden ser realizadas sin las preceptivas garantías, entre las cuales, y muy especialmen-

En el mismo sentido, SSTS de 26 de abril de 1989 y de 24 de febrero de 1992 y SSTC 3 y 28 de octubre de 1985 y de 15 de enero de 1990. Por el contrario, STC de 4 de octubre de 1985, al cuestionar como irrelevante la circunstancia de no haber sido informado el sujeto previamente de su derecho a no someterse a la prueba de alcoholemia.

⁽²³⁵⁾ Vid., a modo de ejemplo, la STC de 15 de enero de 1990, concediendo el amparo solicitado por no haberse practicado la prueba con las debidas garantías. Por contra, la STS de 18 de febrero de 1991.

⁽²³⁶⁾ Vid. SSTS de 19 de septiembre de 1988, de 19 de enero de 1989, de 15 de enero de 1990 y de 25 de noviembre de 1991. Como tuvimos ocasión de señalar, la naturaleza de la prueba de alcoholemia no siempre ha sido cuestión pacífica. Así, p.ej., las SSTC de 3 y 28 de octubre de 1985 le atribuyen, una vez incorporadas a las actuaciones judiciales, el carácter de prueba pericial *lato sensu*. Por contra, mayoritariamente se ha sostenido que, al incardinarse los métodos alcoholométricos en el atestado, han de gozar de su mismo valor, esto es, el de simple denuncia.

⁽²³⁷⁾ Vid. STS de 3 de mayo de 1989.

⁽²³⁸⁾ Así, STC 234/1997.

⁽²³⁹⁾ Vid. STC 207/1996.

⁽²⁴⁰⁾ En este sentido, SSTC 120/1990; 137/1990; 57/1994; 207/1996 y 234/1997.

te, se encuentra la necesaria autorización judicial motivada y su realización por facultativos con titulación suficiente ⁽²⁴¹⁾.

Sin embargo, una sentencia relativamente reciente del TS ⁽²⁴²⁾ ha llegado a afirmar que ni siquiera es necesaria la autorización judicial para este tipo de pruebas, por no afectar ni a la intimidad ni al pudor de la persona examinada, dejando así campo libre a la actuación policial indiscriminada e inmotivada, lo cual nos parece una auténtica aberración, olvidando, además, el principio de la reserva jurisdiccional ⁽²⁴³⁾.

e) *Utilización de medios químicos y psicotécnicos: la psicometría.*

e') Introducción.

En palabras de Gil Hernández ⁽²⁴⁴⁾, actualmente existen «métodos, instrumentos y técnicas que podrían estar llamados a revolucionar el mundo procesal de las pruebas y a conseguir que esta vieja aspiración de todo enjuiciamiento criminal, cual es el hallazgo de la «verdad», o, si se prefiere, de la «verdad material», [...] pueda realizarse como nunca ha podido imaginarse».

Estamos hablando del narcoanálisis o «suero de la verdad», del polígrafo o «detector de mentiras», de la prueba de Yung (basada en el estudio de asociación de ideas), del examen del reflejo psicogalvánico, etc.

De todos estos medios sólo nos detendremos brevemente en los que consideramos de mayor impacto no sólo jurídico, sino también social: el narcoanálisis y el polígrafo. En todo caso, adelantamos ya que nuestro sistema procesal nunca ha admitido (y esperemos que no lo llegue a hacer) estos «revolucionarios métodos» (y por lo que insistimos en la brevedad de su exposición.)

e'') El narcoanálisis.

Ya de antiguo se conocieron sustancias que permitían una disminución en la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, como pudo ser el cloroformo.

Siguiendo a Muñoz Sabaté ⁽²⁴⁵⁾, el narcoanálisis se basa en el empleo de sustancias químicas (particularmente fármacos como el pentothal, evipan, luminal, escopolamina, y más gravemente el actedrón, etc.), capaces de producir la narcosis e inhibir los estados de vigilia del declarante, quien, al no disponer de los frenos normalmente impuestos por el instinto de conservación, se siente impelido a hablar libremente e incluso en su perjuicio: *in vino veritas*. Es decir; se anularía el dominio de la conciencia, inhibiendo las facultades volitivas.

⁽²⁴¹⁾ En este sentido, Dictamen de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General, de 30 de abril de 1981. Vid. STS de 19 de mayo de 1990. Destacamos de nuevo la falta de regulación de la materia. Sólo en el ámbito penitenciario se prevé la posibilidad de acordar este tipo de medidas. Vid. artículo 23 LOGP y su Reglamento.

⁽²⁴²⁾ STS de 18 de enero de 1993.

⁽²⁴³⁾ Y con relación al ámbito penitenciario, la STC 35/1996 afirma que: «la lesión al derecho a la integridad física podría resultar eventualmente de la aplicación reiterada o técnicamente incontrolada de sesiones de rayos X [...]. Puede por consiguiente afirmarse que aquel peligro para la salud y la integridad física existe si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuviesen lugar con excesiva intensidad, las sesiones fuesen excesivamente frecuentes y no separadas por el tiempo adecuado y se practicasen en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles».

⁽²⁴⁴⁾ En *Intervenciones corporales y...*, op. cit., pp. 83 y ss.

⁽²⁴⁵⁾ Vid. MUÑOZ SABATÉ, L., en *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Ed. Praxis, 4.ª ed., Barcelona, 1993, pp. 345 y ss.

Prácticamente la mayoría de los juristas se manifiestan en contra de este método de diagnóstico «por considerarlo un atentado a la dignidad humana, ello sin hablar de sus dudosos resultados»⁽²⁴⁶⁾.

En palabras de Graven⁽²⁴⁷⁾, «algunos miligramos de estos venenos después de un período de depresión y de angustia creciente, originan un shock psíquico de una potencia desconocida, rompiendo al inculpado como a un juguete, dejándole como un cuerpo vacío de espiritualidad, como un lento autómatas pronto a todas las confesiones y a todos los arrepentimientos que le sean dictados».

También desde la perspectiva constitucional, y siguiendo las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1982 y de 26 de noviembre de 1991, Ortells Ramos⁽²⁴⁸⁾ rechaza este tipo de técnicas, por «afectar a la consciencia y a la libre formación de la voluntad interna»⁽²⁴⁹⁾.

A pesar de la gravedad que supone el uso de este tipo de sustancias, lo cierto es que, de nuevo, nuestro sistema jurídico no se ha encargado de regularlos, siquiera fuera para prohibirlos, si bien la práctica totalidad de la doctrina, como hemos visto, y la jurisprudencia⁽²⁵⁰⁾ entienden que nuestra LECrim rechaza implícitamente el uso de tales medios⁽²⁵¹⁾.

Por contra, Graves⁽²⁵²⁾, defiende el empleo de este tipo de sustancias: primero, porque, a su juicio, es discutible que puedan detenerse los avances científicos y su posible aplicación al mundo del derecho, y, segundo, porque el posible mal uso que se pueda hacer de tales medios no significa que por ello deban rechazarse plenamente, opinión que no podemos compartir, no sólo por la dudosa fiabilidad de este tipo de medidas, sino por el atentado que supone a la dignidad de la persona. Entendemos, pues, que se trataría de una prueba prohibida, carente de toda hipotética virtualidad probatoria.

e'')) El polígrafo.

Esta técnica de *averiguación de la verdad*, más conocida como «detector de mentiras» y tan aceptada en otros sistemas jurídicos, como puede ser el norteamericano, consiste en «utilizar el registro gráfico de la presión arterial y de la respiración asociado al interrogatorio judicial corriente para comprobar el grado de sinceridad de los declarantes»⁽²⁵³⁾. Es decir, se basa en el hecho de que toda emoción (como puede ser el hecho de mentir) determina en el sujeto

⁽²⁴⁶⁾ MUÑOZ SABATÉ, L., en *Técnica probatoria...*, op. cit., p. 345 y ss., recogiendo las opiniones contrarias de SILVA MELBRO y CUELLO CALÓN, y las favorables de LOIS ESTÉVEZ, CAMARGO MARÍN y QUINTANO RIPOLLÉS. Según recoge GIL HERNÁNDEZ, también se muestran contrarios al empleo de tales medios, KANZ, ZALBA, VÁZQUEZ DE SEIJAS, LÓPEZ SAIZ y CODÓN, opinión compartida a su vez por el Congreso de Defensa Social de Lieja de 1949; el II Congreso de Medicina Legal de 1947, el Congreso de la Academia de Medicina de Francia, de 1949; el III Congreso Nacional de Neuro-Psiquiatría, de Santiago de Compostela, así como el XIV Congreso Internacional de Derecho Penal. Vid. GIL HERNÁNDEZ en *Intervenciones corporales y...*, op. cit., p. 86. DE ÚRBANO CASTRILLO y TORRES MORATO recogen igualmente las opiniones contrarias de GUASP y SERRA DOMÍNGUEZ, entre otros. Vid. DE ÚRBANO CASTRILLO y TORRES MORATO en *La prueba ilícita penal...*, op. cit., pp. 101 y ss.

⁽²⁴⁷⁾ Citado por GIL HERNÁNDEZ, en *Intervenciones corporales y...*, op. cit., p. 84.

⁽²⁴⁸⁾ Vid. ORTELLS RAMOS, M., en *Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional*, en la obra colectiva *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 43 y ss.

⁽²⁴⁹⁾ De similar manera se manifiesta ASENCIO MELLADO al analizar profusamente estos métodos en *Prueba prohibida y...*, op. cit., pp. 129 y ss.

⁽²⁵⁰⁾ Vid. SSTs de 22 de mayo de 1982 y de 26 de noviembre de 1991. Afirma esta última:

«La confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 CE, pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten. [...] El imputado no puede invitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que le sitúen en posición de carencia de libertad».

⁽²⁵¹⁾ Sobre la base de los artículos 389, 391, 392, 393, 395, 406, 439 y 954.3.º de la LECrim; además del artículo 15 CE.

⁽²⁵²⁾ Citado por GIL HERNÁNDEZ en *Intervenciones corporales y...*, op. cit. p. 85.

⁽²⁵³⁾ Según definición recogida por MUÑOZ SABATÉ en *Técnica probatoria...*, op. cit., p. 346.

alteraciones de pulso, presión sanguínea y respiración, que pueden quedar reflejados por el polígrafo.

La doctrina, escéptica en cuanto a su fiabilidad, no es, empero, tan reacia a su utilización como lo pudiera ser para con el narcoanálisis o suero de la verdad, pues tal técnica no es atentatoria contra el derecho a la intimidad. «Se trata simplemente de valorar, mediante una exploración adecuada, cuál sea el porcentaje de verosimilitud de una manifestación dada»⁽²⁵⁴⁾.

Para Muñoz Sabate⁽²⁵⁵⁾, tales técnicas (como igualmente pudiera ser el llamado «método de las asociaciones» o «diagnóstico del hecho») no deben «arredrar a los juristas si siguen fundando la prueba en el dogma de la libre apreciación. [...] El derrumbe del mito de la exhaustividad legal de los medios de prueba puesto de manifiesto [...] permite desvirtuar cualquier oposición basada en el *numerus clausus* [...] y la exigible voluntariedad de someterse a tales técnicas ahuyenta el fantasma de una posible ilicitud».

Evidentemente, la incidencia del uso del polígrafo en los derechos fundamentales de la persona es mucho menor que en el narcoanálisis, pero no debemos dejar de lado, de nuevo, la escasa fiabilidad de tales métodos que, por ahora, y como ya tuvimos ocasión de señalar, siguen estando vetados en nuestro sistema jurídico.

En todo caso, acaso sea el momento de replantearse la posible inclusión de estos nuevos medios de prueba en nuestro sistema procesal, respetando así el principio de libre valoración de la prueba por el Juez.

f) *La dactiloscopia*⁽²⁵⁶⁾.

Es reiterada la doctrina de la Sala de lo Penal del TS de la necesidad de que el indicio no aparezca aislado⁽²⁵⁷⁾. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial⁽²⁵⁸⁾, y por el alto grado de fiabilidad que merece este tipo de prueba, y de las garantías técnicas y de imparcialidad que, en principio, ofrecen los Gabinetes de Identificación de la Policía, ha ido otorgando significación probatoria a los dictámenes dactiloscópicos.

Así, se ha afirmado que el informe dactiloscópico, aún formando parte del atestado, no es una mera denuncia a efectos legales, sino que adquiere una cierta independencia en todo el contexto por su carácter eminentemente técnico, pues suelen contener elementos periciales *lato sensu*⁽²⁵⁹⁾.

En el supuesto de los informes dactiloscópicos de identificación será suficiente con que hayan sido reproducidos en el juicio oral, y que las partes hayan dispuesto de tiempo suficiente para su estudio, análisis y contradicción.

«En la medida en que el interrogatorio personal del técnico no resulta necesaria para la contradicción del informe en el juicio oral por el predominio del aspecto documental de la prueba, no cabe, en principio, admitir una vulneración de los principios de oralidad, intermediación y contradicción.

⁽²⁵⁴⁾ QUINTANO RIPOLLÉS, en *Una revolución en la técnica procesal: las pruebas clínicas de veracidad*, Revista de Derecho Procesal, 1950, p. 661.

⁽²⁵⁵⁾ Vid. MUÑOZ SABATÉ en *Técnica probatoria...*, op. cit., pp. 348 y ss.

⁽²⁵⁶⁾ Para su concepto, se puede consultar la STS de 18 de septiembre de 1995.

⁽²⁵⁷⁾ Vid. STS de 5 de marzo de 1987, y sentencias citadas en ella.

⁽²⁵⁸⁾ Vid., a tal efecto, SSTS de 7 de junio de 1989, de 21 de enero, de 2 de mayo y 5 de junio y 5 de octubre de 1989.

⁽²⁵⁹⁾ Vid. SSTS de 14 de noviembre de 1989 y de 29 de junio de 1990.

Esto no significa, como es lógico, que si la defensa considera que debe interrogar a los autores del informe no tenga derecho a hacerlo, sino simplemente, que tal interrogatorio, como en toda prueba documental, no es condición ineludible de la validez de la prueba»⁽²⁶⁰⁾.

El TS sostiene así la virtualidad de esta prueba para alcanzar el convencimiento sobre la intervención de un persona en determinado hecho⁽²⁶¹⁾.

En palabras del TS,

«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 indiciaria de especial relevancia. La suficiencia de tal prueba para enervar la presunción de inocencia ha sido reiteradamente proclamada por la doctrina de esta Sala»⁽²⁶²⁾.

Por otra parte, su empleo, como no podía ser menos, ha de someterse a las necesarias garantías en cuanto a su obtención, pues hay que cumplir los postulados de la LECrim en su regulación de la inspección ocular, y en cuanto a su utilización⁽²⁶³⁾.

En el juicio oral, y como regla general, y con las salvedades antes señaladas, deben comparecer los funcionarios que recogieron las huellas y los que emitieron el dictamen, para poder someter la prueba, en su caso, a contradicción⁽²⁶⁴⁾.

Por último, añadir que este tipo de prueba, si se respetan las debidas garantías en su realización, no debe suponer menoscabo alguno en ningún derecho fundamental, por lo que sería susceptible de alcanzar virtualidad probatoria.

g) *Otros.*

Como es de suponer, existen otro tipo de medidas que también pueden incidir en ciertos derechos fundamentales pero, o bien podemos aplicar lo ya dicho, o bien las injerencias son tan leves que no merecen un estudio en profundidad. Tal sería el caso de los cortes de pelo o de barba, la toma de huellas dactilares, análisis del ADN⁽²⁶⁵⁾, etc., que, por lo dicho, no someteremos a consideración.

Reiteramos, eso sí, la necesidad de una regulación, al menos, general, que dé cobertura a todos estos medios.

⁽²⁶⁰⁾ STS de 23 de febrero de 1989.

⁽²⁶¹⁾ STS de 8 de febrero de 1988.

⁽²⁶²⁾ STS de 7 de septiembre de 1990. En el mismo sentido, SSTS de 5 de junio de 1987, y de 6 de julio y 20 de septiembre de 1988. Sin embargo, no se puede olvidar que lo que la prueba dactiloscópica acredita es que una determinada persona tocó o cogió determinado objeto, pero no que sea el autor del delito.

⁽²⁶³⁾ Es de aplicación esta regulación por carecer de una regulación específica al respecto. Nuevamente señalamos la necesidad de adecuación de la ley adjetiva penal a los avances técnicos y científicos operados en las últimas décadas.

⁽²⁶⁴⁾ Vid. SSTS de 20 de noviembre de 1987 y de 19 de febrero y 25 de junio de 1990. Sin embargo, es doctrina pacífica la que excusa de ratificación de los informes cuando son emitidos por el Gabinete Central de Identificación de la Dirección General de la Policía, pero no cuando provienen de otros entes. Así, SSTS de 19 de abril y de 6 de julio de 1988, de 6 de febrero y de 25 de abril de 1989, de 19 de enero de 1990.

⁽²⁶⁵⁾ La STS de 13 de julio de 1992 exigió la necesidad de consentimiento del sujeto para la práctica de este tipo de análisis.

4.6 La videovigilancia: cámaras de control y filmación de las vías públicas ⁽²⁶⁶⁾

a) *Introducción.*

En un principio, la jurisprudencia mostró sus reticencias a la hora de incorporar el video como medio de prueba. Sin embargo, el uso cada vez más extendido y generalizado del mismo, ha obligado a la jurisprudencia y a la doctrina a darle carta de naturaleza probatoria, de manera que el video hoy puede constituir prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia (o para reafirmarla) en el proceso ⁽²⁶⁷⁾.

Así, la STS de 29 de febrero de 1996 ⁽²⁶⁸⁾ afirmó que:

«con relación a las cintas de vídeo, han sido admitidas como medio de prueba por la doctrina de esta Sala Segunda ⁽²⁶⁹⁾, [...] si bien [...] ha de procederse con suma cautela, lo que no supone que deba negárseles la eficacia probatoria y hay que partir de su valor probatorio con las debidas precauciones. [...] Esta prueba que no hace otra cosa que perpetuar una percepción visual de una persona, debe ser estimada como válida.

[...] La prueba que consiste en una filmación «videográfica» es legítima (y eficiente a los efectos enervatorios de la «presunción de inocencia») si con ella no se han vulnerado los derechos fundamentales a la «intimidad» o «dignidad» de la persona o personas afectadas por la filmación. [...] No existe impedimento alguno para que las labores de investigación, practicadas por los agentes policiales, [...] se extiendan a la captación de imágenes de personas sospechosas».

Por otra parte, según la STS de 29 de febrero de 1996, «esta Sala ha establecido que la identificación practicada por testigos en vídeos o fotos puede ser fundamento de la convicción de los Tribunales, siempre y cuando las personas identificadas hayan estado también en presencia del tribunal y éste haya podido valorar la relación entre las imágenes y los identificados. [...]

Este material probatorio videográfico tiene innegable valor probatorio, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral», palabras que zanján la discusión acerca de su posible virtualidad como medio probatorio.

b) *Regulación.*

Dentro de las funciones asignadas a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se encuentra, evidentemente, la prevención e investigación de las conductas delictivas. La instalación de cámaras de vigilancia como medida de seguridad ciudadana (acaso sería mejor decir control) ⁽²⁷⁰⁾ y de prevención de la comisión de actos delictivos así como de in-

⁽²⁶⁶⁾ En este apartado sólo nos centraremos en la filmación de imágenes en lugares públicos, pues la filmación de imágenes producidas en el interior de los domicilios –con independencia de que los aparatos se localicen dentro o fuera del mismo–, se reconduciría al tema de la inviolabilidad domiciliaria.

⁽²⁶⁷⁾ No cabe duda de que, si la LECrim no pudo prever esta posibilidad en su momento, ello no debe suponer problemas para su admisión en el proceso a través de la documental, sin perjuicio de que un nuevo texto procesal penal deba darle carta de naturaleza, regulando, al igual que con relación a los demás medios de prueba, los requisitos y condiciones de su obtención y traslación al proceso. No podemos ignorar, en todo caso, que con relación a estos medios, al menos sí existe norma que los regule.

⁽²⁶⁸⁾ Sala 3.ª, Sección 5.ª de lo Contencioso-Administrativo.

⁽²⁶⁹⁾ Como también las STC de 6 de mayo de 1993, 184/1994, de 7 de febrero (RJ 1994, 702) y 760/1994, de 6 de abril (RJ 1994, 2889).

⁽²⁷⁰⁾ «*Eternal vigilance is the price of liberty*». Palabras escritas en el dintel de la puerta de entrada al Salón del Capitolio de Washington (EE.UU.) y recogidas en la contraportada de la obra *Nosotros, el pueblo. La historia del Capitolio de los EE.UU.*, publicado por la Sociedad Histórica del Capitolio de los EE.UU., en colaboración con la National Geographic Society, Washington. D.C., 1982.

investigación de delitos, ha originado una viva polémica en nuestro país, especialmente tras la aprobación de la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos (más conocida como la «Ley de la Videovigilancia»), que pretende así, a través de estos medios técnicos, combatir la violencia callejera, anteponiéndose de nuevo, al igual que lo hizo la Ley de Seguridad Ciudadana, la presunta seguridad del ciudadano, frente a su libertad, como si el primero fuera un bien más digno de proteger que el segundo.

Según recoge la Exposición de Motivos de la citada ley, «la prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro, y especialmente cuando las actuaciones perseguidas suceden en espacios abiertos al público, lleva a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al empleo de medios técnicos cada vez más sofisticados. Con estos medios y, en particular mediante el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos y su posterior tratamiento, se incrementa sustancialmente el nivel de protección de los bienes y libertades de las personas.

[...] Las garantías que introduce la presente ley [...] parten del establecimiento de un régimen de autorización previa para la instalación de videocámaras inspirado en el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad e intervención mínima»⁽²⁷¹⁾.

La ley recoge el procedimiento a seguir para la instalación tanto de videocámaras fijas como móviles y los principios de utilización que deben presidir, así como los aspectos procedimentales, la previsión de la conservación judicial de las grabaciones, la protección de los derechos de los afectados, las infracciones y sanciones y el sistema de recursos.

De esta ley, y sin querer entrar en su polémica, destacaríamos brevemente las siguientes notas:

- la necesidad de la emisión de un previo informe a la autorización por parte de una Comisión creada a tal efecto, informe que será de carácter vinculante para el caso de que fuera negativo, así como la posibilidad de omitir tal informe para los casos de urgencia.
- la destrucción de las imágenes obtenidas en el plazo de un mes desde su captación, salvo que tales imágenes se relacionaran con ilícitos o infracciones penales o administrativas.
- el derecho del público a ser informado de la existencia de videocámaras fijas para poder ejercer, en su caso, los derechos que le pudieren corresponder.
- por último, las modificaciones que se introducen en la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, y en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, con la finalidad de «atajar la violencia callejera que eventualmente se produce con ocasión del ejercicio del derecho de reunión y manifestación en lugares de tránsito público».

c) *Requisitos.*

De entrada, debemos insistir en exigir la absoluta presencia de la racionalidad, necesidad, proporcionalidad y judicialidad en este tipo de medidas. Así pues, las filmaciones video-

⁽²⁷¹⁾ Es interesante esta Exposición de Motivos, por cuanto sus palabras podrían ser de aplicación a todos los nuevos medios de prueba que podría llegar a recoger una nueva LECrim. Destacamos las siguientes notas:

- Se habla del empleo de medios técnicos «cada vez más sofisticados» para la prevención y persecución de los delitos, abriendo así el legislador la puerta a las innovaciones técnicas de las que se puede valer el derecho
- Se analiza la doble vertiente o nota de prevención/persecución de los hechos delictivos y la protección/aseguramiento de las libertades de los ciudadanos
- Se respeta (o se procura respetar) el principio de proporcionalidad en su doble vertiente.

gráficas deberán respetar en consecuencia unos límites locativos (la filmación se circunscribirá a las vías públicas y espacios abiertos, sin intromisión en la esfera privada) y unos límites funcionales (tal actividad se incardinará en el transcurso de una investigación penal)⁽²⁷²⁾, como lo exige la STS de 6 de mayo de 1993⁽²⁷³⁾, y siempre y cuando no resulten vulnerados los derechos fundamentales a la intimidad o dignidad de la personas/s afectadas por la filmación⁽²⁷⁴⁾.

En cuanto a las garantías de depósito, control, visión, selección, eficacia probatoria, etc., es de aplicación, por su evidente semejanza, lo relativo a las grabaciones telefónicas y el valor probatorio de las cintas (y cuyo estudio excedería con mucho el ámbito del presente trabajo).

Por su parte, la jurisprudencia, en sendas SSTS de 6 de mayo de 1993 –ya citada– y de 6 de abril de 1994, señalaba, con relación a la filmación videográfica, lo siguiente⁽²⁷⁵⁾:

1.º Este tipo de pruebas será legítimo y válido siempre que las mismas no hubieran vulnerado algún derecho fundamental⁽²⁷⁶⁾.

2.º Las labores de investigación pueden extenderse a la captación subrepticia de imágenes de personas sospechosas, en el momento en que se sospecha que se está cometiendo un acto delictivo.

3.º Todo ello ha de realizarse con evidente respeto a los valores que la propia persona incorpora por el hecho de serlo, de tal manera que, tanto el seguimiento como la filmación, se habrá de limitar a llevarse a cabo en espacios libres y públicos, sin introducirse jamás, salvo la correspondiente autorización judicial motivada y proporcional al hecho, en los domicilios o lugares considerados como tales, debiendo estar el material grabado bajo control judicial.

4.º La barrera entre lo prohibido y lo permitido debe deducirse de los postulados constitucionales y legales (LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y LECrim).

La omisión de estos requisitos conllevará la ilicitud de la prueba y su ineficacia probatoria.

5. LA DETENCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA POSTAL Y TELEGRÁFICA

El artículo 18.3 de la CE garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial motivada⁽²⁷⁷⁾. En cuanto a la legalidad ordinaria, son los artículos 580 a 588 LECrim los que regulan esta materia, y, en líneas generales, nos remitimos a lo dicho para la observación e intervención de las comunicaciones.

⁽²⁷²⁾ Según expresión utilizada por SENES MOTILLA, C., en *Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales*, en la obra colectiva *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, op. cit., pp. 275 y ss.

⁽²⁷³⁾ Cuya lectura recomendamos al respecto de este tema.

⁽²⁷⁴⁾ Vid. SSTS de 21 de mayo de 1994 y 18 de diciembre de 1995.

⁽²⁷⁵⁾ Tal y como apuntan DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO en *La prueba ilícita penal...* op. cit., pp. 258 y ss. Vid., a su vez, STS de 18 de abril de 1996, y STC 99/1994.

⁽²⁷⁶⁾ Evidentemente. Vid. artículo 11.1 LOPJ.

⁽²⁷⁷⁾ Vid., asimismo, artículo 8.1 de la Convención de Roma para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; artículo 17 del Pacto de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, así como el Reglamento de Servicios de Correos, aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964.

Aconsejamos a su vez la lectura del artículo de FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., *Inviolabilidad y secreto de la correspondencia*, Madrid, 1983, pp. 577 y ss.

Parece, de todas formas, que no puede equipararse la exigencia de que exista autorización judicial, artículos 579 y 583, con la de que el empleado deba remitir inmediatamente la correspondencia al Juez instructor o la de que éste abra y lea por sí mismo la correspondencia. De esta forma, todas estas exigencias, no pasan de ser exigencias de la legalidad ordinaria. Podrían provocar la nulidad del acto procesal, pues generan una anulabilidad del mismo, pero no constituyen supuestos de ilicitud⁽²⁷⁸⁾.

Otro tanto podríamos decir con relación al registro de libros y papeles. Siempre que se quiera proceder a la práctica de esta diligencia, aunque no exista una entrada en domicilio, se debe contar con autorización judicial, concretando, en la medida de lo posible, los documentos a registrar.

En general, podemos destacar lo siguiente:

- que sin orden judicial no es posible proceder a la detención, apertura y conocimiento de la correspondencia,
- que la resolución que acuerde una de estas medidas deberá ser suficientemente motivada y razonada, y siempre que hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancias relevantes para la investigación⁽²⁷⁹⁾, y respetando en todo caso el principio de proporcionalidad;
- que el interesado tiene derecho a presenciar la apertura y registro⁽²⁸⁰⁾, y
- que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias sostienen la equiparación entre paquete postal y correspondencia⁽²⁸¹⁾, por lo que son de aplicación los artículos 18.3 CE y 581 a 588 de nuestra ley adjetiva penal⁽²⁸²⁾.

6. LA DETENCIÓN

Se trata de toda privación de libertad de movimiento que no consista en una ejecución de una pena o el cumplimiento de la medida cautelar conocida como prisión provisional, que, en sí misma considerada, no constituye una verdadera fuente de prueba, pero indirectamente sí puede ser el origen del nacimiento de diversas actuaciones probatorias⁽²⁸³⁾.

Es el artículo 17 CE el que recoge el derecho a la libertad de toda persona, derecho que puede ser restringido en los casos y en la forma que legalmente se establezca. Son los artículos 489 a 501 de la LECrim los que desarrollan el precepto constitucional, por lo que se ha llegado a afirmar que «se trata de unos preceptos esenciales que desarrollan la esencia de la pre-

⁽²⁷⁸⁾ DÍAZ CABIALE en *La admisión y...*, *op. cit.*, p. 155. Vemos cómo DÍAZ CABIALE entiende por ilicitud aquellos actos vulneradores de un derecho fundamental (art. 11.1 LOPJ), y no de simple legalidad ordinaria. Sin embargo, no es menos cierto que se puede dar el caso de que la omisión de las exigencias legales en el proceder en la detención de la correspondencia postal y telegráfica pueda llegar a afectar al derecho de defensa, al debido proceso, causando una indefensión real o potencial, en cuyo caso también deberíamos hablar de vulneración del artículo 11.1 LOPJ.

⁽²⁷⁹⁾ *Vid.* STS de 13 de marzo de 1995.

⁽²⁸⁰⁾ *Vid.* STS de 14 de noviembre de 1996.

⁽²⁸¹⁾ En contra, SSTS de 10 de marzo de 1989, de 2 de julio de 1993, de 27 de enero, y de 23 de febrero 1994. A favor, SSTS de 25 de junio de 1993, de 22 de febrero, 8 de julio, 26 de septiembre, 19 de noviembre y 23 de diciembre de 1994; y 1 de febrero, 13 y 15 de marzo y 22 de diciembre de 1995, entre otras.

⁽²⁸²⁾ Para el ámbito penitenciario, se debe tener en cuenta la legislación especial. *Vid.* artículo 51.5 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre y el artículo 46 de su Reglamento, RD 190/1996, de 9 de febrero.

⁽²⁸³⁾ GIMENO SENDRA y otros, en *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 357. La detención ilegal tendría que ser, necesariamente, de carácter doloso, según la STS de 3 de noviembre de 1992. Si no existen razones de derecho que amparen la privación de libertad de una persona, tal actuación será susceptible de ser perseguida vía penal.

visión constitucional, careciendo prácticamente de previsiones procedimentalistas. Por todo ello habría que concluir que una lesión de lo dispuesto en esos artículos conllevaría necesariamente a la ilicitud de la detención»⁽²⁸⁴⁾.

En líneas generales, podemos apuntar como requisitos de la detención los siguientes:

1.º necesidad de la existencia de sospechas fundadas o motivos legales (comisión de un hecho delictivo, fuga del centro penitenciario, etc.) para efectuar la detención;

2.º proporcionalidad de la medida (no es posible la detención por simples faltas, salvo las excepciones previstas en la ley), no siendo posible que se articule como «medida de prevención»;

3.º necesaria observancia de los plazos legalmente establecidos para poner a disposición policial o judicial la persona detenida (recuérdese que la detención puede llevarse a cabo tanto por particulares como gubernativa y judicialmente, artículos 491, 492, y 494 de la LECrim, respectivamente), conllevando su infracción la ilicitud de la detención (y, con ello, su nulidad procesal y la de todos los actos derivados de la misma)⁽²⁸⁵⁾;

4.º lectura de los derechos que asisten a la persona detenida (arts. 17.3 CE y 520.2 LECrim). No nos cabe la menor duda de que la omisión de la lectura de los derechos que le asisten al sujeto, de forma que pueda realmente comprender y entender⁽²⁸⁶⁾, provoca la nulidad de la detención y de todas las declaraciones realizadas, así como de cualquier otro acto que traiga causa de la detención (además de las responsabilidades disciplinarias y penales en que podrían incurrir los agentes que omitieran la lectura de estos derechos).

La falta de asistencia letrada también producirá la nulidad, siempre que se haya producido una efectiva indefensión (según la jurisprudencia dominante)⁽²⁸⁷⁾.

⁽²⁸⁴⁾ DÍAZ CABIALE en *La admisión* y..., *op. cit.*, p. 144.

⁽²⁸⁵⁾ Pues se trata de una exigencia que, a nuestro juicio, deriva directamente del artículo 24.2 CE.

Al respecto de este tema es interesante apuntar que el límite de las 72 horas que recoge la Constitución es un límite máximo de carácter absoluto prescrito con carácter general, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo, el tiempo estrictamente necesario para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad. En este sentido, las SSTC 41/1982, 127/1984, 8/1990, 128/1995 y 31/1996.

⁽²⁸⁶⁾ «Una prueba obtenida de una persona a la que no se le han informado sus derechos en un idioma que pueda entender, y, especialmente, de su derecho a no declarar contra sí mismo, es una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental». *Vid.* STS de 19 de mayo de 1990.

⁽²⁸⁷⁾ Según la STS de 5 de noviembre de 1990, las declaraciones prestadas por el detenido en sede policial, sin asistencia letrada, «fueron obtenidas sin las debidas garantías legales», por lo que no pueden considerarse prueba racional de cargo. El TS niega, a su vez, la validez de las pruebas obtenidas a raíz de esas primeras declaraciones irregulares. *Vid.* el interesante análisis que de dicha sentencia realiza CLIMENT DURÁN, C., en *Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida (Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 5 de noviembre de 1990. Ponente: Excmo. Sr. Don Marino Barbero Santos)*. Valencia, 1991, pp. 2547 y ss.

Vid., a su vez, SSTC 94/1983 y 135/1989.

Resulta igualmente interesante la lectura de la STS de 29 de marzo de 1989, al afirmar que:

«en el caso presente el procesado nunca contó con la asistencia de un letrado, a la que tenía derecho desde el momento en que fue detenido (art. 118.1 LECrim). Esta omisión no resulta subsanada por la información del contenido del artículo 118 LECrim. [...] En consecuencia, tales declaraciones prestadas fuera del juicio oral sin asistencia de letrado no pudieron ser válidamente contrastadas con la rectificación producida en el juicio oral en los términos del artículo 741 LECrim, dado que no reunían las condiciones exigidas constitucionalmente», puntualizando la STC 206/1991, de 30 de octubre que: «la Constitución [...] garantiza la asistencia del Abogado (arts. 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales [...]; pero de dicha exigencia no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios. En la práctica, este Tribunal tan sólo ha tenido ocasión de reclamar dicha intervención en la detención [...] y en la prueba sumarial anticipada [...], actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes.

Pero, en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio,

Finalmente indicar que la jurisprudencia, desde un principio, había negado que existieran zonas intermedias entre la libertad y la detención, criterio que rompe, sin embargo, la tan justamente criticada LO 1/1992, de Seguridad Ciudadana, al permitir la *retención* a los solos efectos de identificación, sin que medie la imputación de hecho delictivo alguno y obviando la aplicación del artículo 17.3 CE⁽²⁸⁸⁾.

7. LA ASISTENCIA LETRADA

La STS de 10 de noviembre de 1992 analiza la figura del Letrado, su importancia y función, como garante de la legitimidad constitucional, en la realización de ciertas diligencias probatorias⁽²⁸⁹⁾.

Como recuerda la STC 42/1982, se trata de un derecho que no ha sido incorporado al ordenamiento por nuestra Constitución. Pero, en todo caso, las normas existentes sobre asistencia letrada han de ser reinterpretadas y completadas de conformidad con la Constitución, y en ningún caso cabe transformar un derecho fundamental, que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal, en un mero requisito formal.

Sin embargo, se ha venido sosteniendo que para que la inasistencia letrada vulnere el artículo 24.2 CE (o, en su caso, el 17.3 CE), es necesaria la producción de una efectiva indefensión, es decir, que realmente provocara un perjuicio al sujeto afectado⁽²⁹⁰⁾. Ello no obstante la obligatoriedad de la asistencia letrada del 520 LECrim⁽²⁹¹⁾.

8. EL RECONOCIMIENTO EN RUEDA Y FOTOGRAFICO

Con relación a la rueda de presos, afirmaba la STS de 27 de octubre de 1989 que:

«en caso alguno debe realizarse policialmente y [...] los jueces de instrucción deberían cuidar de que ello no se produjese; pero también reiteradamente se ha declarado por este órgano de casación (SS. 7-4-84, 31-5-85, 26-9-87) que las posibles irregularidades de tal diligencia carecen de relieve a efectos de enervar la presunción de inocencia si existe producida [...] una ratificación del sujeto reconociente a presencia judicial, sobre todo si se produce en el acto del juicio».

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

Recomendamos la lectura del profundo análisis que de esta cuestión realiza ASENCIO MELLADO en *Prueba prohibida y...*, op. cit., pp. 119 y ss.

⁽²⁸⁸⁾ DÍAZ CABIALE apunta la distinción que cierto sector doctrinal realiza entre *privación* y *restricción* de libertad. Vid. DÍAZ CABIALE en *Cacheos superficiales, intervenciones corporales...*, op. cit., pp. 94 y ss.

⁽²⁸⁹⁾ Con todo, la jurisprudencia invoca la necesidad de distinguir la presencia letrada en las asistencias al detenido y la que se realiza cuando el sujeto ya ha sido imputado o acusado. Vid. STC de 3 de octubre de 1991.

⁽²⁹⁰⁾ STC de 19 de septiembre de 1991.

⁽²⁹¹⁾ Sin embargo, y como ya hemos tenido ocasión de apuntar, su presencia no es obligada en todas y cada una de las diligencias posibles. Así, no lo será en las entradas y registros domiciliarios, salvo que el afectado se encuentre detenido. Por contra, y sólo a título de ejemplo básico, la ausencia de letrado determina la privación de efectos a las declaraciones o manifestaciones prestadas por los acusados sin aquella asistencia, no así las de los testigos. Igualmente es inexcusable su presencia en las ruedas de reconocimiento. Vid. SSTS de 10 de noviembre de 1992, de 2 de abril y 25 de junio de 1993.

Por otra parte, en el artículo 6.3.c) del CEDH el derecho a la asistencia letrada aparece como alternativo del derecho a la defensa por uno mismo, pero entendemos que el artículo 24.2 de nuestra CE no permite que se prive al acusado de la asistencia de Abogado.

En consecuencia, el reconocimiento efectuado en rueda debe ser ratificado de alguna manera en la vista oral⁽²⁹²⁾. Según la STC de 16 de enero de 1992, el reconocimiento, aunque se hubiere realizado con estricta observancia de las formalidades legales, no es prueba de cargo si no acude el identificador al acto del juicio oral para declarar como testigo.

Como características esenciales de esta diligencia, el TC, en sentencia de 16 de enero de 1992, ya citada, establece las siguientes:

1.^a que su fin es permitir la determinación, la concreción del inculpado, como mero objeto de percepción visual del observador;

2.^a que la policía instructora no debe practicar diligencias propias del juez de instrucción, como inequívocamente es la de identificación en rueda⁽²⁹³⁾;

3.^a que para desvirtuar la presunción de inocencia ha de practicarse con las necesarias garantías de inmediación y contradicción en la vista oral, y,

4.^o que se debe cumplir escrupulosamente con el requisito del artículo 369 LECrim que manda que la persona que haya de ser reconocida comparezca en unión de otras de circunstancias exteriores semejantes⁽²⁹⁴⁾.

Por último, y para enlazar con el reconocimiento fotográfico, valga decir que el TS⁽²⁹⁵⁾ ha sostenido que la fiabilidad, veracidad y consistencia de un reconocimiento no ha de ser desvirtuada porque los testigos hubieran ya visto anteriormente al acusado o porque previamente se les hubiera exhibido alguna fotografía, en tanto que su utilización, como punto de partida para iniciar las investigaciones policiales, constituye una técnica elemental y muchas veces imprescindible⁽²⁹⁶⁾, si bien la identificación de los acusados mediante la exhibición de fotografías en sede policial no puede reemplazar a las diligencias judiciales de reconocimiento o identificación realizadas con las formalidades legales⁽²⁹⁷⁾. Al respecto, la presencia del Abogado se convierte en garantía de legitimidad⁽²⁹⁸⁾.

Según ha repetido el TS, la investigación por medio de la foto no es inconstitucional, sino más bien técnica habitual y elemental que responde a la necesidad de que la investigación impone como punto de partida⁽²⁹⁹⁾.

El reconocimiento fotográfico estimamos no constituye tampoco prueba apta para destruir, *per se*, la presunción de inocencia⁽³⁰⁰⁾. Sólo puede tener eficacia, según lo ha puesto de manifiesto cierta jurisprudencia mayoritaria, cuando el testigo acude al juicio oral, sometándose a las preguntas de las partes a presencia del Tribunal sentenciador, de conformidad con los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción⁽³⁰¹⁾.

⁽²⁹²⁾ STC de 16 de enero de 1992 y STS de 15 de abril de 1992.

⁽²⁹³⁾ STS de 18 de octubre de 1989.

⁽²⁹⁴⁾ STS de 19 de septiembre de 1989.

⁽²⁹⁵⁾ SSTS de 14 de marzo de 1990 y de 21 de enero de 1991.

⁽²⁹⁶⁾ De hecho, la STS de 21 de enero de 1991 advierte del peligro de la impunidad penal más absoluta en detrimento de valores sociales superiores si se eleva a la categoría de defectos invalidantes las irregularidades o errores intrascendentes, pues parece ser que es frecuente cometer defectos o irregularidades en este tipo de diligencias, dando lugar a una casuística bastante amplia. Así, y a modo de ejemplo, la STS de 14 de marzo de 1990 no estima nulo el reconocimiento efectuado por testigos que habían visto previamente al acusado en Comisaría o en foto.

⁽²⁹⁷⁾ STS de 31 de enero de 1992 y STC de 16 de junio de 1986.

⁽²⁹⁸⁾ SSTS de 21 de enero de 1991 y de 31 de mayo de 1994.

⁽²⁹⁹⁾ Vid. SSTS de 10 de julio de 1992 y de 12 de septiembre de 1991.

⁽³⁰⁰⁾ Por contra, SSTS de 24 de mayo de 1987 y de 21 de septiembre de 1988.

⁽³⁰¹⁾ Vid. STC 80/1986, de 17 de junio, y SSTS de 11 y 14 de marzo de 1988, de 20 de noviembre de 1989 y de 17 de enero y 26 de diciembre de 1990.

Es de resaltar que el TS ha reprochado el uso de este tipo de investigación, que ha sido mirado con cierto recelo ⁽³⁰²⁾, si bien últimamente, y como hemos tenido ocasión de señalar, se acepta que el reconocimiento fotográfico anterior al reconocimiento en rueda no es tanto una irregularidad como el inicio de una línea de investigación, no contaminante de las restantes diligencias que se practiquen *a posteriori*.

9. LA VIDEOVIGILANCIA: CÁMARAS DE CONTROL Y FILMACIÓN DE LAS VÍAS PÚBLICAS ⁽³⁰³⁾

Según la STS de 29 de febrero de 1996 ⁽³⁰⁴⁾, la prueba que consiste en una filmación «videográfica» es legítima (y eficiente a los efectos enervatorios de la «presunción de inocencia») si con ella no se han vulnerado los derechos fundamentales a la «intimidad» o «dignidad» de la persona o personas afectadas por la filmación, no existiendo impedimento alguno para que las labores de investigación, practicadas por los agentes policiales, se extiendan a la captación de imágenes de personas sospechosas, de manera que la identificación practicada por testigos en vídeos o fotos puede ser fundamento de la convicción de los Tribunales, siempre y cuando las personas identificadas hayan estado también en presencia del tribunal y éste haya podido valorar la relación entre las imágenes y los identificados, gozando este material de innegable valor probatorio, pero, insistimos, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral ⁽³⁰⁵⁾.

La instalación de cámaras de vigilancia como medida de seguridad ciudadana y de prevención de la comisión de actos delictivos así como de investigación de delitos, viene recogida por la LO 4/1997, de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos (más conocida como la «Ley de la Videovigilancia»), que pretende así, a través de estos medios técnicos, combatir la violencia callejera (véase la Exposición de Motivos de la citada ley).

Las garantías que introduce la citada ley parten del establecimiento de un régimen de autorización previa para la instalación de videocámaras inspirado en el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad e intervención mínima, recogiendo el procedimiento a seguir para la instalación tanto de videocámaras fijas como móviles y los principios de utilización que deben presidir, así como los aspectos procedimentales, la previsión de la conservación judicial de las grabaciones, la protección de los derechos de los afectados, las infracciones y sanciones y el sistema de recursos.

De esta ley, destacaríamos brevemente las siguientes notas:

– la necesidad de la emisión de un previo informe a la autorización, por parte de una Comisión creada a tal efecto, informe que será de carácter vinculante para el caso de que fuera negativo, así como la posibilidad de omitir tal informe para los casos de urgencia;

– la destrucción de las imágenes obtenidas en el plazo de un mes desde su captación, salvo que tales imágenes se relacionaran con ilícitos o infracciones penales o administrativas;

⁽³⁰²⁾ Así, SSTS de 18 de mayo de 1988, de 18 de octubre de 1989 y de 31 de enero y 7 de octubre de 1992.

⁽³⁰³⁾ Sólo nos centraremos en la filmación de imágenes en lugares públicos, pues la filmación de imágenes producidas en el interior de los domicilios –con independencia de que los aparatos se localicen dentro o fuera del mismo–, se reconduciría al tema de la inviolabilidad domiciliaria, que ya tuvimos ocasión de analizar.

⁽³⁰⁴⁾ Sala 3.ª, Sección 5.ª de lo Contencioso-Administrativo.

⁽³⁰⁵⁾ STS de 29 de febrero de 1996.

— el derecho del público a ser informado de la existencia de videocámaras fijas para poder ejercer, en su caso, los derechos que le pudieren corresponder;

— por último, las modificaciones que se introducen en la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, y en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, con la finalidad de «atajar la violencia callejera que eventualmente se produce con ocasión del ejercicio del derecho de reunión y manifestación en lugares de tránsito público».

Más concretamente, y con relación a los requisitos, de entrada debemos insistir en exigir la absoluta presencia de la racionalidad, necesidad, proporcionalidad y judicialidad en este tipo de medidas. Así pues, las filmaciones videográficas deberán respetar, en consecuencia, unos límites locativos (la filmación se circunscribirá a las vías públicas y espacios abiertos, sin intromisión en la esfera privada) y unos límites funcionales (tal actividad se incardinará en el transcurso de una investigación penal)⁽³⁰⁶⁾, como lo exige la STS de 6 de mayo de 1993⁽³⁰⁷⁾, y siempre y cuando no resulten vulnerados los derechos fundamentales a la intimidad o dignidad de la personas/s afectadas por la filmación⁽³⁰⁸⁾.

En cuanto a las garantías de depósito, control, visión, selección, eficacia probatoria, etc., nos remitimos, por su evidente semejanza, al tema de las grabaciones telefónicas y lo dicho con relación a las cintas grabadas.

Por su parte, la jurisprudencia, en sendas SSTS de 6 de mayo de 1993 —ya citada— y de 6 de abril de 1994, se señalaba, con relación a la filmación videográfica, lo siguiente⁽³⁰⁹⁾:

1.º Este tipo de pruebas será legítimo y válido siempre que las mismas no hubieran vulnerado algún derecho fundamental.

2.º Las labores de investigación pueden extenderse a la captación subrepticia de imágenes de personas sospechosas, en el momento en que se sospecha que se está cometiendo un acto delictivo.

3.º Todo ello ha de realizarse con evidente respeto a los valores que la propia persona incorpora por el hecho de serlo, de tal manera que, tanto el seguimiento como la filmación, se habrá de limitar a llevarse a cabo en espacios libres y públicos, sin introducirse jamás, salvo la correspondiente autorización judicial motivada y proporcional al hecho, en los domicilios o lugares considerados como tales, debiendo estar el material grabado bajo control judicial.

4.º La barrera entre lo prohibido y lo permitido debe deducirse de los postulados constitucionales y legales (LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y LECrim).

La omisión de estos requisitos conllevará la ilicitud de la prueba y su ineficacia probatoria.

⁽³⁰⁶⁾ Según expresión utilizada por SENES MOTILLA, C., en *Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales*, en la obra colectiva *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*. Madrid, 1996, pp. 275 y ss.

⁽³⁰⁷⁾ Cuya lectura recomendamos al respecto de este tema.

⁽³⁰⁸⁾ Vid. SSTS de 21 de mayo de 1994 y 18 de diciembre de 1995, anteriores, en todo caso, a la ley.

⁽³⁰⁹⁾ Tal y como apuntan DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, en *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, pp. 258 y ss. Vid., a su vez, STS de 18 de abril de 1996, y STC 99/1994.

10. CONCLUSIONES

Como hemos ido viendo a lo largo de la exposición, es difícil sustraerse a la posibilidad de incurrir en nulidades a la hora de desarrollar la tarea de investigación, debido a todos los condicionamientos legales que han de ser tenidos en cuenta y respetados, a veces incluso sin exacto conocimiento de los mismos. Es por ello necesario, que, tratándose de la actividad instructoria de que se trate, se observen las mayores garantías y el mayor celo en el cumplimiento de tal actividad. Las consecuencias de la aparición de las nulidades son claras e indeseables para el buen fin de la investigación, y, en último término, para la persecución del hecho delictivo y del castigo al delincuente: el deshecho de todo material probatorio viciado y de todo aquél que traiga causa, directa o indirecta, del mismo.

Así pues, se hace imprescindible conocer la ley para poderla aplicar en cada caso sin vacilación, y teniendo siempre presente el espíritu y los postulados constitucionales, máxima guía para el tema que ahora nos ocupa, así como los criterios jurisprudenciales del TS y del TC. Sólo así lograremos evitar que la rigurosidad de la nulidad caiga con todo su peso sobre la causa, ejerciendo el *ius puniendi* con absoluto respeto al debido proceso legal.