

TRABAJO FIN DE GRADO



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO: 2018 – 2019

“LAS INTERVENCIONES CORPORALES COMO DILIGENCIAS EN EL PROCESO PENAL”

“THE CORPORAL INTERVENTIONS AS PROCEEDINGS IN THE CRIMINAL PROCESS”

En el presente trabajo analizamos la evolución de las intervenciones corporales como medida aplicable en el marco normativo, así como su ejecución sobre un determinado sujeto para el posterior uso de los resultados como prueba durante el proceso penal. Concretamente en la fase de juicio oral, con la excepción de la prueba preconstituida. Mencionamos algunos supuestos donde son vulnerados derechos fundamentales del ordenamiento jurídico y la transcendencia que ello conlleva.

In this work we analyze the evolution of the corporal interventions in the normative framework as an applicable measure and its execution on a specific subject for the subsequent use of the results as evidence during the criminal process, specifically in the oral trial phase except the pre-constituted evidence. We mention some cases where, fundamental rights of the legal system are broken and the transcendence that this entails.

Autor: Rubén Díaz López

Directora: Lidia Domínguez Ruiz

ALMERÍA, JUNIO 2019

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. OBJETO.....	5
3. PRESUPUESTOS. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	11
4. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA.....	22
5. SUJETOS.....	28
5.1. SUJETO ACTIVO.....	28
a) Sujeto competente para acordar la medida.....	28
b) Sujeto competente para practicar la medida.....	29
5.2. SUJETO PASIVO.....	31
a) Investigado.....	31
b) Sospechoso.....	33
c) Tercero.....	34
6. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR LAS INTERVENCIONES CORPORALES Y LA PRUEBA ILÍCITA.....	36
7. MEDIDAS CONCRETAS APLICABLES.....	40
7.1. Intervenciones corporales para la determinación del perfil del ADN del investigado.....	41
7.1.1. La Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN.....	43
7.1.2. La inclusión de perfiles de condenados en la base de datos de ADN.....	43

7.2. Reconocimientos médicos, análisis de sangre y exploraciones ginecológicas.....	44
7.2.1. Reconocimientos médicos.....	44
7.2.2. Análisis de sangre y exploraciones radiológicas.....	44
7.3. Las llamadas "intervenciones leves": cacheos y prueba de alcoholemia.....	45
7.3.1. El cacheo.....	45
7.3.2. La prueba de alcoholemia.....	48
7.4. Las intervenciones corporales en el ámbito penitenciario.....	49
7.5. La extracción del perfil genético de los deportistas como prueba en la investigación del delito de dopaje.....	51
8. CONCLUSIONES.....	53
9. BIBLIOGRAFÍA.....	55

1. INTRODUCCIÓN

En la obra que se expone a continuación podemos observar que, desde el principio de los tiempos, en lo que a las intervenciones corporales se refiere, es difícil precisar incluso el propio concepto, pues no todos los autores se ponen de acuerdo al respecto. No obstante, aunque la mayoría de elementos de las intervenciones corporales son comunes, siempre se da algún elemento que nos inclina a decantarnos por una u otra medida, así como su modo de ejecución, y lo que aquí se expone se basa fundamentalmente en esto.

Es palpable incluso desde el principio que la problemática está asegurada, debido a los múltiples intentos de regulación de las intervenciones corporales, ya que al parecer no es para nada fácil conseguirlo. De modo que se recurre a una dispersión normativa bastante curiosa si nos paramos a pensar durante un momento la rama del ordenamiento jurídico donde se aplica y desarrolla.

Nos referimos sin miedo a pronunciarnos sobre ello al derecho procesal en su vertiente penal entrelazado incluso con el derecho constitucional. Así pues, todos sabemos que en el momento en el que derecho penal y derecho constitucional están presentes los pasos a seguir deben ser cortos y precisos, con el objeto de arraigar fuertemente un modo de actuación firme, segura y uniforme. En caso contrario, los resultados esperados no serán los más óptimos respecto a su objetivo, pudiendo llegar a considerarse una diligencia como ilícita.

En la misma línea, cabe hablar de los sujetos implicados en el proceso y en la intervención corporal, donde cada uno de ellos tendrá un papel distinto y fundamental dependiendo de la posición que ocupe. Por línea general solemos agrupar a los sujetos participantes entre sujetos activos y sujetos pasivos y en este caso no es diferente. No obstante, lo que sí es diferente es la multitud de divisiones y figuras que podemos encontrar dentro de cada uno de ellos. De modo que la aplicación de las intervenciones corporales podrá variar incluso dentro de la posición que ocupe en el proceso, bien como sujeto activo o bien como sujeto pasivo.

Incluso desde la reforma de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 2015 se han producido cambios de los que hablaremos en esta obra y que resultan

interesantes destacar, por el hecho del uso cotidiano y a su vez incorrecto en los medios de comunicación, lo que conlleva una confusión de la población general al respecto.

Por último, se muestran algunas de las medidas concretas que pueden llegar a adoptarse en el proceso y que terminarán cumpliendo su función de diligencia en el proceso penal. Siendo así objeto de estudio desde las más puramente jurídicas hasta las relacionadas incluso con el ámbito deportivo. De modo que haremos un estudio de las que pueden resultar más habituales, por su proximidad con el ciudadano de a pie y que resultan importantes conocer desde un punto de vista jurídico.

Sin más preámbulos damos paso a lo que ha supuesto un gran descubrimiento en el mundo jurídico y del que se espera que disfrute todo lector tras haber realizado un costoso y profundizado estudio. A pesar de lo que puede observarse en la obra que se expone a continuación, la casuística es mucho mayor y el objeto de estudio podría incrementarse mucho más por lo que se invita a todo aquel que se aproxime a él y disfrute de su lectura a profundizar al respecto.

2. OBJETO

En el tema que nos ocupa, concretamente el de las inspecciones e intervenciones corporales, es conveniente iniciar su estudio destacando algo llamativo al respecto. Nos referimos al hecho de que, a pesar de encontrarnos ante una materia especialmente relevante y reiterada como diligencia en la investigación penal, la misma no está legalmente recogida por ningún elenco normativo. Es decir, no hay una previsión normativa propiamente dicha que regule esta materia, lo que dificulta su estudio.

En cambio, con lo que actualmente sí contamos, y hasta no hace mucho, es con distinta normativa y jurisprudencia donde podemos encontrar la regulación de las inspecciones e intervenciones corporales. Pero fundamentalmente destacamos la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre, la Ley 1/1882¹ y la

¹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal («BOE» núm. 260, de 17/09/1882).

Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre². No obstante, ninguna de ellas recoge la regulación de las inspecciones e intervenciones corporales en su totalidad, sino que cada una de las normas recoge una parte de dicha regulación sobre la materia³.

La necesidad de una previsión legislativa en esta materia era evidente y es por ello que se planteó una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) donde se pretendía regular las nuevas técnicas de investigación a través del análisis de muestras biológicas. De este modo, se propusieron una serie de enmiendas por parte del Senado, durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LECrim en materia de prisión provisional⁴, para añadir al artículo 326 un nuevo párrafo tercero sobre la recogida, custodia y análisis biológico de huellas o vestigios del delito, un nuevo párrafo segundo al artículo 363 sobre la práctica de intervenciones corporales para determinar el perfil de ADN del sospechoso, y en virtud de la disposición Adicional Tercera del mencionado Proyecto se encargó al Gobierno la regulación reglamentaria de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN.

Básicamente lo que se pretendía con esto era introducir la doctrina constitucional en la LECrim para así obtener una regulación en nuestra legislación. Sin embargo, el Proyecto no obtuvo la mayoría necesaria y finalmente la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional⁵ no contuvo las enmiendas propuestas por el Senado.

A pesar de que las enmiendas no fueron incorporadas a la LECrim volvió a intentarse con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal⁶, donde se obtuvo el voto favorable para que tales enmiendas fueran previstas por

² Ley orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. «BOE» núm. 242, de 9 de octubre de 2007, páginas 40969 a 40972 (4 págs.).

³ Véase en este sentido, GÓMEZ AMIGO, L., “La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN”, en *Diario La Ley*, 2014, Nº 8324, pág. 1.

⁴ Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. (121/000130), Presentado el 18/02/2003 y calificado el 25/02/2003.

⁵ Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECrim en materia de prisión provisional (BOE núm. 257, de 27 de octubre de 2003).

⁶ Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003).

la norma. De este modo, el apartado primero, de la Disposición Final Primera prevé las modificaciones de los artículos 326 y 363 de la LECrim citados anteriormente, y su apartado cuarto introduce una nueva Disposición Adicional Tercera en la LECrim con el mismo contenido expuesto anteriormente relativo a la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN⁷.

Por lo tanto, el contenido de los artículos mencionados anteriormente tras las modificaciones es el siguiente:

- Artículo 326.III de la LECrim: *“Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”*.
- Artículo 363.II de la LECrim: *“Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.”*
- Disposición Adicional Tercera de la LECrim : *“El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Interior, y previos los informes legalmente procedentes, regulará mediante real decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre*

⁷ Cfr. GÓMEZ AMIGO, L., “Addenda: las intervenciones corporales para la determinación del perfil del ADN del imputado”, en *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, págs. 5-7.

la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes.”.

De todas las modificaciones de la LECrim la que puede llegar a ser más relevante es sin duda la del artículo 363.2, ya que con ella el Juez de Instrucción puede ordenar las medidas de intervención corporal necesarias con el fin de obtener muestras biológicas del sospechoso que sean fundamentales para determinar su perfil de ADN.

Sin embargo, lo que no hace es pronunciarse expresamente sobre el modo de sometimiento del sospechoso a estas medidas, por lo que hay distintas formas de interpretar dicha negativa.

Una de las formas sería considerar el sometimiento como una carga procesal del sujeto pasivo, de modo que dicho sujeto podría negarse a que realicen sobre él esta actividad, pero siempre soportando todas aquellas consecuencias que deriven de haberse negado como por ejemplo el indicio de culpabilidad⁸.

Otra forma de interpretación sería la obligación del sometimiento, pero el juez solo podría imponer dicha medida mediante la coacción indirecta amenazando al sujeto de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad. No obstante, teniendo en cuenta las circunstancias que se plantean como la necesidad para la investigación, el tipo de caso, etc. debe entenderse que el sometimiento a dicha actividad es realmente una obligación, pudiendo llegar a utilizar la coacción directa para este fin mediante la fuerza física si fuese necesario, siempre y cuando esta fuerza sea proporcionada a cada persona concreta⁹.

⁸ Cfr. GÓMEZ AMIGO, L., “Addenda: las intervenciones corporales para la determinación del perfil del ADN del imputado”, cit., pág. 9.

⁹ Cfr. GÓMEZ AMIGO, L., “Addenda: las intervenciones corporales para la determinación del perfil del ADN del imputado”, cit., pág. 9.

De modo que es inevitable hacernos una pregunta, ¿cómo podemos saber cuándo nos encontramos ante un caso de inspección y cuándo ante uno de intervención corporal?

Es simple, acudimos mayoritariamente a la jurisprudencia y a la doctrina. De este modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es muy reveladora y útil al respecto, en concreto podemos hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996 de 16 de diciembre, la cual diferencia entre cada uno de estos supuestos, en la que nos centraremos a continuación:

a) Por un lado, el primer supuesto sobre el que hablaremos recoge aquellas actuaciones practicadas a un sujeto donde no es afectado el derecho a la integridad física, pero sí que existe la posibilidad de que se vea afectado el derecho a la intimidad corporal cuando las actuaciones se practican sobre partes íntimas del cuerpo o recaen sobre la privacidad del sujeto, como por ejemplo en los casos de exámenes ginecológicos o inspecciones anales. Estas actuaciones son las llamadas inspecciones y registros corporales. Se considera que con estas actuaciones *“puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad”*¹⁰.

b) Por otro lado, el segundo supuesto comprende aquellas actuaciones que tienden a la extracción del cuerpo de determinados elementos, bien sean externos o internos, para ser sometidos a informe pericial (como por ejemplo análisis de sangre, orina o pelos) e incluso cabe que se practiquen radiaciones sobre este sujeto (como por ejemplo rayos X o TAC) para finalmente cumplir su objeto que no es otro que averiguar determinadas circunstancias vinculadas a la comisión del hecho punible, pero que a su vez la práctica de estas actuaciones implican una lesión o menoscabo del cuerpo del sujeto sobre el que se practican. Estas actuaciones por su parte son las llamadas intervenciones corporales. En este caso se considera que *“el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa”*¹¹.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996 de 16 de diciembre (ECLI:ES:TC:1996:207).

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996 de 16 de diciembre (ECLI:ES:TC:1996:207).

Ahora bien, a su vez es posible clasificar estas actuaciones en leves y graves atendiendo al sacrificio del derecho afectado, así la clasificación se haría de la siguiente manera¹²:

Las intervenciones son leves cuando no impliquen objetivamente una puesta en peligro del derecho a la salud del sujeto, ni tampoco ocasionen sufrimiento a la persona afectada. Un ejemplo podría ser el análisis de pelos o de sangre. En cambio, estas intervenciones son graves cuando sucede todo lo contrario, es decir, existe un peligro real de que el derecho a la salud del sujeto sobre el que se practican las actuaciones se vea afectado y posiblemente se ocasione un sufrimiento a dicho sujeto. Un ejemplo sería la extracción de líquido cefalorraquídeo.

No obstante, algunas de estas actuaciones citadas anteriormente no lo son en su totalidad y no coinciden plenamente con la clasificación en la que se suelen encuadrar dichos supuestos, ya que por ejemplo en el caso de los reconocimientos anales y/o vaginales las actuaciones practicadas sobre el sujeto, clasificadas como inspección y/o registro corporal, no afectan exclusivamente a la intimidad corporal, ya que la práctica de estas actuaciones implica no solo dicha intimidad corporal sino que también afecta a la integridad física porque su práctica implica la entrada en partes internas del cuerpo del sujeto. De modo que, como podemos observar, se puede llegar a pensar que a la hora de hacer efectiva la práctica de estas actuaciones, la clasificación difiere con la realidad. A pesar de todo, doctrinalmente ha sido clasificado de esta forma.

Una vez analizadas y diferenciadas dichas actuaciones podemos darnos cuenta de la gran importancia que tienen en el proceso penal, ya que gracias a ellas se obtienen materiales con los que se pueden llevar a cabo pruebas periciales que pueden resultar fundamentales por su imponente fuerza incriminatoria. No obstante, a pesar de esta distinción entre inspecciones e intervenciones corporales la mayor parte de la doctrina ha aceptado englobar ambas medidas como categoría general bajo la denominación de “intervenciones corporales”¹³.

¹² Para esta cuestión vamos a seguir a ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 205-206.

¹³ Véase en este sentido GÓMEZ AMIGO, L., “La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN”, cit., pág. 1.

De este modo, son varios quienes han decidido realizar el estudio de esta disciplina y a su vez dar unas nociones de ello. En este sentido, es posible hacer mención entre muchos autores a GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, el cual ha realizado una amplia y esclarecedora definición de lo que se entiende por intervenciones corporales. Según él *“por intervenciones corporales cabe entender, dentro del proceso, las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondido en él. Requisitos ineludibles para su admisibilidad son que no revistan peligro para la salud y que sean practicadas por un médico, de acuerdo con la lex artis”*¹⁴.

3. PRESUPUESTOS. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como bien hemos mencionado anteriormente, las intervenciones corporales son al fin y al cabo una medida limitadora de derechos fundamentales. Por tanto, es necesario que a la hora de su ejecución se cumplan unos determinados presupuestos o principios. De este modo, es posible mencionar los siguientes presupuestos:

1. *Previsión normativa o legalidad*: Para fundamentar esta cuestión es necesario acudir a dos sentencias, la sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996¹⁵ y 49/1999¹⁶. Ambas nos indican que para llevar a cabo la práctica coactiva de dicha actividad y que ésta resulte lícita se necesita que se haya producido el cumplimiento del resto de presupuestos constitucionales.
2. *Jurisdiccionalidad o reserva jurisdiccional*: La medida sólo podrá adoptarse durante un proceso ya iniciado y mediante una resolución jurisdiccional

¹⁴ Véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pág. 290.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996 de 16 de diciembre (ECLI:ES:TC:1996:207).

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril (ECLI:ES:TC:1999:49).

motivada que acuerde dicha medida, ya que si la resolución denegase la medida no podrá llevarse a cabo. No obstante, siempre deberá respetarse el juicio de idoneidad o proporcionalidad, el cual se detalla a continuación.

3. *Proporcionalidad*: Este principio fue implementado originariamente en nuestro ordenamiento jurídico por medio del derecho administrativo de policía con la llamada prohibición del exceso, debido a la recepción del Tribunal Constitucional mediante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y doctrina y jurisprudencia alemana. No obstante, poco a poco pasó a ser considerado como un principio general de todos los sectores del Derecho Público¹⁷. De este modo, el principio de proporcionalidad supone un límite a las medidas restrictivas de derechos fundamentales, llegando a prohibir todas aquellas que sean desproporcionadas o lo que es lo mismo que sacrifiquen un derecho por alcanzar un determinado fin¹⁸.

Continuando con el presupuesto de la proporcionalidad, cabe señalar que será necesario cumplir los requisitos que marca el juicio de idoneidad. Estos pueden resumirse brevemente en que no exista otro medio menos lesivo igualmente adecuado para conseguir el fin perseguido. Así, una vez establecida la medida, solo se adoptará sobre el sospechoso, la cual será seleccionada atendiendo a la información que se obtendrá al realizarla y en atención al bien jurídico protegido que se vulnere, así como la alarma social que originen los hechos¹⁹.

La proporcionalidad supone un factor clave a la hora de determinar si una medida limitadora o restrictiva de derechos fundamentales o libertades públicas es constitucionalmente lícita. Por ello, el propio Tribunal Constitucional a lo largo de los años ha establecido que dicho principio de proporcionalidad se configura como un principio general aplicable a los derechos fundamentales cuyo objeto no es otro que asegurar que no exista desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados, es

¹⁷ Véase en este sentido GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 53.

¹⁸ Cfr. al respecto, GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 53.

¹⁹ Véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 208.

decir, el principio de proporcionalidad persigue que no se produzca un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución española garantiza. Esto puede ser extraído de la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996²⁰ y 161/1997²¹.

De la primera de ellas podemos extraer la siguiente información al respecto:

“En primer lugar debe advertirse que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. E, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no.”.

“El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales”.

Por su parte la segunda de ellas nos muestra que *“La relación valorativa entre precepto y sanción sólo será indicio de una vulneración del derecho fundamental que la sanción limita cuando atente contra el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona, es decir, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma» a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”.* *“Sólo este criterio de proporcionalidad es el que corresponde aplicar a este Tribunal para la evaluación de si se ha producido un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe”.*

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 55/1996, de 28 de marzo (ECLI:ES:TC:1996:55).

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre (ECLI:ES:TC:1997:161).

No obstante, no son las únicas resoluciones en las que podemos encontrar un desarrollo claro y evidente del principio de proporcionalidad sino que podemos citar otras que siguen la misma línea jurisprudencial tales como la sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982²², la sentencia del Tribunal Constitucional 66/1985²³ o la sentencia 85/1992²⁴. Incluso en algunas de éstas últimas se entiende como derivado de “justicia”.

Concretamente en el tema que nos ocupa, las medidas de intervención corporal, el principio de proporcionalidad son consideradas como una exigencia común para demostrar la constitucionalidad²⁵. Por tanto, son los órganos judiciales los encargados de ponderar los derechos e intereses presentes en el caso concreto para decidir cuál será sacrificado. No obstante, será siempre necesario que la resolución dictada por el órgano judicial correspondiente esté motivada, es decir, que exponga los motivos y razones que dan lugar a la limitación correspondiente. Así pues, el sujeto afectado podrá comprobar que la medida prevista es fundamental para el fin perseguido y que la restricción de sus derechos es verdaderamente legítima. No obstante, resulta curioso que la Constitución Española no se pronuncie expresamente sobre el principio de proporcionalidad²⁶.

Una vez analizado superficialmente este principio, podemos observar la dificultad que supone su puesta en práctica, ya que supone una vulneración permitida de derechos fundamentales de los ciudadanos constitucionalmente protegidos. Por lo tanto, el análisis de este principio debe ser más minucioso debido a su importancia. Por ello, cabe destacar que dicho principio debe cumplir para su efectividad dos presupuestos, los llamados principio de legalidad y principio de justificación teleológica.

1. Principio de legalidad: Por un lado, este principio supone que con la finalidad de que una medida pueda ser adoptada y puesta en práctica será necesario una autorización legal

²² Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre (ECLI:ES:TC:1982:62).

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1985, de 23 de mayo (ECLI:ES:TC:1985:66).

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1992, de 8 de junio (ECLI:ES:TC:1992:85).

²⁵ Cfr. al respecto, GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 52-53.

²⁶ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, págs. 52-53.

previa. Este presupuesto deriva de la exigencia de los artículos 5.1 y 8.2 del C.E.D.H., los cuales permiten la limitación de ciertos derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, tales como el derecho a la libertad y el derecho a la intimidad²⁷. En concreto, el contenido de ambos artículos es el siguiente:

“Artículo 5.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.”²⁸.

²⁷ Véase al respecto, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 305.

²⁸ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999).

“Artículo 8.

2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*”²⁹.

2. *Principio de justificación teleológica:* Por otro lado, la limitación de los derechos expuestos anteriormente conlleva la vulneración de varios derechos reconocidos por el articulado de nuestra norma suprema, en concreto existe una vulneración de los artículos 17.1 y 18.1 de la C.E., no obstante no es posible que esta limitación se realice sin motivo alguno sino que será necesario que el objeto final sea la defensa de intereses colectivos que resulten especialmente relevantes³⁰. Dicho de otro modo, es necesario que siempre que se vulnere un derecho fundamental se pretenda obtener un fin legítimo³¹.

Por tanto, el principio de proporcionalidad a su vez se compone de tres subprincipios: principio de idoneidad de la medida, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

a) *Idoneidad de la medida:* Determina si la medida que se adopte y que vulnere el derecho fundamental es la adecuada para obtener el resultado perseguido, es decir, analiza la relación entre el medio a practicar y el fin a obtener para averiguar si la medida es la adecuada³². De este modo, la medida debe individualizarse basándose en las sospechas que existan sobre el investigado y/o encausado en base a la sentencia del Tribunal

²⁹ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999).

³⁰ Véase al respecto, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 306.

³¹ Véase en este sentido GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 54.

³² Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., pág. 52.

Constitucional 37/89, de 15 de febrero, al exponer que “*La intimidación personal puede llegar a ceder en ciertos casos, y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido, de modo expreso, la reserva de intervención judicial. Tal afectación del ámbito de la intimidación es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno.*”³³.

Por otro lado, la doctrina afirma que la eficacia que se obtendrá será fruto de la flexibilidad. De este modo, no existe una medida idónea absoluta principalmente porque no podemos predecir exactamente qué efectos tendrá en el futuro la ejecución de la medida. A pesar de ello, para evitar un resultado distinto del perseguido, el órgano judicial que se encargará de elegir la medida que considere más idónea tendrá en cuenta distintos factores como pueden ser el caso concreto o las características físicas de la persona afectada. De otro modo, la medida adoptada podría resultar desproporcionada al llevarla a cabo en la práctica³⁴. No obstante, en el caso de que las medidas seleccionadas se dirijan contra un tercero, la medida se seleccionará en relación al tercero y la causa que se pretenda³⁵.

b) *Necesidad*: Por lo cual aquella medida adoptada debe ser imprescindible. Así pues, las intervenciones corporales deberán evitarse y en su lugar se utilizarán otros medios de investigación que no lesionen los derechos del sujeto o lo hagan en menor medida, siempre que esto sea posible³⁶.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:1989:37).

³⁴ Véase PÉREZ MARÍN, M. Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 53-54.

³⁵ Véase al respecto, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 309.

³⁶ Véase al respecto, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 309.

Así pues el Tribunal Constitucional ha considerado que el hecho de que mediante una medida concreta sea la única forma de obtener el resultado la práctica de la medida adquiera un carácter de “indispensabilidad”³⁷.

Por lo tanto, el órgano judicial no sólo se ocupará de elegir la medida, sino que deberá encargarse de reflexionar y seleccionar la diligencia menos restrictiva para alcanzar el fin que se pretende pero que a su vez sea igualmente eficaz para obtener la misma información que se obtendría de seleccionar cualquier otra medida. De modo que de existir dos medidas donde una de ellas no supusiera la vulneración de ningún derecho fundamental y ambas igualmente fiables y eficaces se aplicaría la menos dañina para el sujeto³⁸.

Ahora bien, los problemas surgen cuando existen dos medidas que pueden ser aplicadas al supuesto pero la menos dañina origina menos probabilidad y fiabilidad de obtener el resultado que se pretende. Las respuestas ante tal situación pueden ser dos:

- Por un lado, anteponer los derechos fundamentales con la posibilidad de reducir las posibilidades de eficacia del resultado.
- Por otro lado, anteponer la eficacia del resultado a los derechos fundamentales aumentando las posibilidades de éxito.

No obstante, y como ya hemos mencionado, es necesario comprobar la existencia de otra medida más moderada y que garantice con la misma eficacia el objetivo perseguido como podemos observar en la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995³⁹ que se pronuncia de la siguiente forma :

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1999, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:1999:7).

³⁸ Véase PÉREZ MARÍN, M. Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., pág. 55.

³⁹ Tribunal Constitucional Sentencia núm. 66/1995 de 8 mayo (ECLI:ES:TC: 1995:66).

“La adopción de una medida tan drástica como la prohibición de celebrar una concentración debe ser sometida a un juicio de proporcionalidad, ya que sólo será constitucionalmente legítima si no existen otros medios de preservar el orden público sin un sacrificio tan importante del derecho de reunión. Concretamente, los demandantes de amparo afirman que en el presente caso la autoridad gubernativa antes de prohibir la concentración debía haber propuesto las modificaciones de fecha, lugar o duración a tenor de lo que establece el propio art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983.”.

“Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.”.

“Pues bien, no cabe duda que la prohibición de la celebración de la concentración permite alcanzar el fin perseguido -la protección del orden público con integridad de personas y bienes-. El problema se centra en determinar si cumple los otros dos requisitos enunciados, y, muy especialmente, el relativo a la necesidad de la medida o, más concretamente, a si la prohibición total del ejercicio del derecho resultaba imprescindible o cabía en este caso la adopción de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la consecución del fin perseguido, como la propuesta de la modificación de las circunstancias de celebración de la concentración, relativas al lugar, a la hora o al modo de realización de la misma prevista en el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983.”.

Puede llegar a pensarse que lo más importante y que debe primar por encima de todo es garantizar que se obtenga la información necesaria, pero, ¿realmente esta afirmación es correcta? no del todo.

Nos encontramos ante un tema controvertido en todos sus aspectos claramente desde el primer momento, donde el Tribunal Constitucional declara que siempre habrá de ponderar qué medida habrá de adoptarse en atención a la gravedad y el derecho fundamental afectado.

Por ello, es importante destacar que no solo habrá de tener en cuenta las probabilidades de éxito a la hora de aplicar la medida, ya que dependiendo de la constitución física del sujeto sobre el que se practicará la medida más eficaz puede llegar a vulnerarse derechos fundamentales como el derecho a la vida o el derecho a la salud que no son negociable bajo ningún concepto⁴⁰.

Con esto queremos hacer ver que no pueden aplicarse las mismas medidas a unos hechos similares porque puede haber factores que alteren el resultado final. Solamente individualizando cada caso concreto y aplicando una medida acorde a todos los elementos del caso se estará aplicando correctamente este principio. Pueden observarse a través de la jurisprudencia algunos ejemplos donde se recomiendan otras alternativas menos gravosas. Por poner un ejemplo podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 16 de mayo de 1989 donde se propone que en lugar de realizar exploraciones manuales se utilicen exploraciones radiológicas o ecográficas.

c) *Principio de proporcionalidad en sentido estricto*: Lo que significa que el derecho que vaya a ser sacrificado tenga una especial relevancia que justifique su vulneración con el fin de obtener una satisfacción mayor para el interés público. Por tanto, las únicas medidas que serán admisibles serán aquellas que tras haber estudiado el caso concreto, sobre éste se realice una ponderación entre los intereses individuales del sujeto y los intereses sociales donde deberán sobreponerse estos últimos a los primeros⁴¹.

Por otro lado, hay que destacar que el principio de proporcionalidad requiere que se cumplan una serie de requisitos que bien pueden ser requisitos intrínsecos o bien requisitos extrínsecos. A continuación, analizaremos cada uno de ellos.

⁴⁰ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 54-55.

⁴¹ Véase al respecto, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 309.

- **Requisitos extrínsecos**

Los denominados requisitos extrínsecos son dos, por un lado, el principio de judicialidad y por otro lado el principio de motivación.

- a) *Judicialidad*: Por un lado, podemos hacernos una pregunta ¿Quién tiene capacidad para establecer una medida que limite el derecho de otra persona? La respuesta a la misma podemos encontrarla en jurisprudencia que emana del Tribunal Constitucional. Concretamente la responde la sentencia del Tribunal Constitucional 37/89 que expresa que una medida de intervención corporal solamente será válida si son dictadas por un órgano judicial. Esto se entiende a través del texto cuando dice que *“Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial”*⁴².
- b) *Motivación*: En materia de intervenciones corporales a la hora de dictar una resolución judicial que limite derechos será necesario hacer constar el por qué se ha inclinado el órgano competente por aplicar esta medida⁴³. Podemos extraer esta obligación de fundamentación de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/89 donde exclama que *“bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho...pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental”*⁴⁴.

- **Requisitos intrínsecos**

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:1989:37).

⁴³ Véase al respecto, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 307.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:1989:37).

Por su parte, los requisitos intrínsecos coinciden con los principios ya mencionados anteriormente, el principio de idoneidad de la medida, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto⁴⁵.

4. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA

Tal y como hemos visto anteriormente se deben respetar los derechos fundamentales de la persona y su dignidad, a pesar de que la puesta en práctica de las medidas resulte finalmente un menoscabo para dicho sujeto. No obstante, nunca será posible, por muy importante que resulte la práctica de dicha medida sobre el sujeto para el éxito en la investigación, poner en peligro la salud del investigado así como realizar sobre él un trato humillante o que implique maltrato⁴⁶.

En este sentido podemos mencionar dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional que hacen referencia a la práctica de actuaciones prohibidas a la hora de llevar éstas a cabo. Nos referimos a las SSTC 7/1994 y 207/1996.

Por un lado, la primera de ellas, SSTC 7/1994, estima que *“consistir en una intromisión en el ámbito protegido del ciudadano que no es, por sí sola, inaceptable (...), es indudable que no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, per se, una injerencia prohibida (...)”*⁴⁷.

Por otro lado, la segunda de ellas, SSTC 207/1996, valora que *“no cabe entender que la extracción de cabellos de diferentes partes de la cabeza y del pelo de las axilas a realizar por el Médico Forense para su posterior análisis suponga, ni por su finalidad ni por la manera de llevarse a la práctica, un trato inhumano o degradante contrario al art.*

⁴⁵ Véase en este sentido GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 55.

⁴⁶ Véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 209.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:7).

*15 C.E., graves calificativos que, según doctrina reiterada de este Tribunal, hay que reservar para aquellos tratos que impliquen padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre (...)*⁴⁸.

Por último, no podemos concluir este apartado sin antes hacer referencia al lugar y la duración de la práctica de la intervención corporal. Así, respecto al lugar habrá que atenerse a la persona que practique la medida. No obstante, la medida suele ser practicada sobre todo por médicos o personal sanitario por lo que lo más lógico y deseado es que dicha medida se lleve a cabo en un complejo hospitalario o en cualquier otro lugar análogo a lo que atención médico-sanitaria se refiere, con el fin de tener disponibilidad de los medios necesarios para poner en práctica la medida y proveer a la persona de mayor intimidad corporal y seguridad para su salud⁴⁹.

Por otro lado, en lo que respecta a la duración de la medida, las intervenciones corporales no deben de prolongarse más allá del tiempo absolutamente imprescindible para su fin. El problema es la dificultad para determinar una duración determinada teniendo en cuenta la enorme cantidad de diligencias existentes y las diferencias existentes entre sí⁵⁰.

Como bien hemos expuesto anteriormente, la mayoría de diligencias tienen como fin determinar la existencia de un hecho punible en el que un sujeto ha participado. Por tanto, mayoritariamente nos encontraremos con pruebas preconstituidas que deberán practicarse mediante los principios de contradicción e inmediación.

Así pues, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009 que *“por regla general los medios de prueba con validez e idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el Juicio Oral bajo los principios de inmediación ante el mismo Tribunal que ha de juzgar; de contradicción entre las partes*

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996 de 16 de diciembre (ECLI:ES:TC: 1996:207).

⁴⁹ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Trivium, Madrid, 1999, pág. 399.

⁵⁰ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., págs. 402-403.

del proceso; y de publicidad. También la prueba testifical debe en principio practicarse así, salvo los casos excepcionales que luego se dirán, es decir ante la presencia del Tribunal sentenciador.”⁵¹.

Por un lado, el principio de contradicción, o también llamado principio de audiencia, constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico por el cual nadie puede ser condenado si ser oído y vencido en juicio⁵². Dicho de otro modo podemos decir que dicho principio “*se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso*”⁵³.

Por otro lado, el principio de inmediación es un imperativo del proceso penal donde su aplicación se manifiesta debido a la actividad probatoria y los informes se realizarán ante el tribunal competente del asunto. Además, la sentencia se discutirá inmediatamente después de haberse celebrado el juicio con una duración distinta dado el caso concreto, es decir, si se tratase de un delito leve la sentencia se dictará el mismo día y si se tratase de un delito sin ninguna particularidad en los tres días posteriores al juicio⁵⁴.

No obstante, debemos tener en cuenta que en base a la proporcionalidad, que hemos estudiado con anterioridad, la medida seleccionada debe ser proporcional al derecho afectado sin que este sea vulnerado de una forma desproporcionada, ya que en caso contrario la prueba obtenida será ilícita y aquello que pueda derivarse de ella no podrá ser tenido en cuenta y hacerse efectivo en el proceso⁵⁵.

Ahora bien, aunque estos principios sean la base mediante la cual se llevará a cabo la medida no es lo único que debemos tener en cuenta, sino que para el correcto desarrollo de la medida acordada habrá de tenerse en cuenta distintos factores.

⁵¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) Sentencia núm. 96/2009 de 10 de marzo. RJ 2009/3284.

⁵² Véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 48.

⁵³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) Sentencia núm. 96/2009 de 10 de marzo. RJ 2009/3284.

⁵⁴ Véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 55.

⁵⁵ Véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 209.

Por un lado, para poder desarrollar la medida será necesario que exista un proceso pendiente. De modo que como resulta evidente, se rechaza que se desarrolle una intervención corporal previamente al haber cometido un delito, ya que estas medidas son aplicadas por razón de esclarecer elementos de un hecho delictivo que ya ha sido cometido. Así pues aplicar una intervención corporal supone afectar a derechos considerados como fundamentales y adoptar medidas de tal calibre por el mero hecho de comprobar si se ha cometido verdaderamente un delito o no, resulta inadmisibile⁵⁶.

Por otro lado, la resolución donde se recoge la intervención corporal acordada tendrá forma de auto en nuestro ordenamiento jurídico sin nunca olvidar que dicha resolución tiene que estar debidamente motivado. Dicha motivación se logra reflejando todas las circunstancias en las que el órgano jurisdiccional se basa acorde al principio de proporcionalidad para designar la medida acordada⁵⁷.

La citada motivación resulta verdaderamente importante ya no solo por los hechos que relata sino por las funciones que tiene. Por un lado, sirve como garantía de la inexistencia de la prohibida arbitrariedad judicial garantizada incluso por la Constitución Española en su artículo 9 apartado 3. Por otro lado, podemos hablar de prestigio debido a los argumentos en aplicación de derecho dado por parte de los jueces. Por último, cabe hablar incluso de una función didáctica, ya que da a conocer públicamente la doctrina de los tribunales no solamente a los litigantes sino de la población en general⁵⁸.

No obstante, se celebrará una audiencia previa donde se comunicará y ordenará la medida acordada a su respectivo destinatario, el cual se verá afectado por la medida de intervención corporal, con la respectiva posibilidad de contradicción⁵⁹.

⁵⁶ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., págs. 341-343.

⁵⁷ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., pág. 354.

⁵⁸ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., págs. 361-362.

⁵⁹ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., pág. 376.

De modo que, si adoleciese la diligencia de alguno de estos elementos en su práctica nos llevaría a una ilegalidad probatoria. Por tanto, los motivos que podrían provocar dicha ilegalidad son los siguientes⁶⁰:

- a) Por ausencia de previsión legal, ya que las diligencias deben estar previstas por el legislador con el fin de que resulte una garantía para la persona sobre la que se aplica, conociendo así los casos en los que se puede aplicar y si es conforme al principio de proporcionalidad impugnando dicha medida si es necesario.
- b) Por emisión de resolución judicial, ya que a diferencia del derecho alemán donde la reserva jurisdiccional no es absoluta, en nuestro ordenamiento jurídico sí que lo es. De modo que, si es estrictamente necesaria una resolución judicial para la obtención de pruebas, su ausencia provocará la ineficacia de aquellas obtenidas por razón de haber practicado intervenciones corporales y a su vez haber vulnerado derechos fundamentales.
- c) Por inexistencia de motivación de la resolución judicial, de la cual ya hemos hablado previamente y, que como hemos dicho la motivación resulta necesaria no solo porque se trate de un formalismo sino porque se trata de una exigencia y garantía de la aplicación del principio de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales.
- d) Por ejecución de la medida por personal cualificado, al igual que en el caso anterior ya hemos hechos referencia al sujeto que deberá practicar la medida. En lo que a este sujeto respecta nuestro ordenamiento jurídico guarda silencio acerca de las intervenciones corporales y por consiguiente sobre condición y cualificación profesional de la persona que la práctica. No obstante, resulta obvio pensar que la intervención del personal médico-sanitario es necesaria por la relación que tienen las intervenciones corporales con la salud. De modo que la persona más cualificada y que minimizará los riesgos a la hora de su práctica incuestionablemente es dicho profesional médico-sanitario.

⁶⁰ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., págs. 542-550.

- e) Por inadvertencia al no inculpado de su derecho a oponerse a la investigación, de modo que toda prueba obtenida por el hecho de no haber informado correcta y suficientemente a dicho sujeto deberá ser excluida e inutilizable, de modo similar a la declaración de testigos como observamos en los artículos 416 a 418 LECrim.

En cualquier caso, todos y cada uno de los supuestos anteriores tienen una estrecha relación con el principio de proporcionalidad ya estudiado anteriormente. De este modo, haciendo uso del principio de proporcionalidad podemos deducir qué intervenciones corporales en relación al supuesto son admisibles o por el contrario inadmisibles.

A modo de ejemplo, podemos citar por un lado en el primer grupo medidas como extracciones sanguíneas, electroencefalograma, electrocardiograma, radiografías, o extracción del contenido estomacal. Mientras que por otro lado, algunas medidas que podemos citar y que resultan inadmisibles son la arteriografía, neumoencefalograma, narcoanálisis, test falométrico o desnudez acompañada de práctica de genuflexiones⁶¹.

No obstante, posteriormente analizaremos algunas medidas ya citadas con mayor detenimiento y número de detalles, pero lo que comparten todas y cada una de ellas en base la doctrina mayoritaria, no solo española sino también de derecho comparado, es que siempre se respetará la salud y no se pondrá en riesgo bajo ningún concepto⁶².

Para finalizar es importante destacar el hecho de que la ineficacia de la diligencia de intervención corporal podría extenderse a otras diligencias vinculadas y así es como lo estima la doctrina mayoritaria. De modo que en nuestro ordenamiento seguimos la doctrina de los frutos del árbol envenenado, es decir, la exclusión de una prueba obtenida legítimamente pero que previamente y de modo directo o indirecto se ha utilizado un método ilegal y que vicia todo lo obtenido posteriormente⁶³.

⁶¹ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., págs. 561-573.

⁶² Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., pág. 574.

⁶³ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., págs. 582-583.

5. SUJETOS

Si nos referimos al ámbito subjetivo de las intervenciones corporales podemos dividir a las partes intervinientes en sujeto activo, dividido a su vez en aquellos que dictan la medida que se ejecutará y aquellos que ejecutarán la medida, y sujeto pasivo, dividido a su vez en investigados, sospechosos y terceros.

5.1. SUJETO ACTIVO

Dada la importancia que ostenta la salud como bien jurídico protegido en este ámbito, algunas medidas solamente podrá ser practicadas por personal sanitario en centros médicos cualificados y siempre a razón de la *lex artis* y realizando una buena praxis médica, es decir, siguiendo todos los procedimientos establecidos a la hora de realizar una actividad profesional para que finalmente resulte adecuada⁶⁴.

De este modo, el control de la medida acerca de su correcta puesta en práctica corresponderá al órgano jurisdiccional que haya decidido que sea esa y no otra la medida acordada⁶⁵. Así pues, podemos dividir al sujeto activo de la investigación en sujeto activo que ordena la intervención corporal y el sujeto activo encargado de practicarla.

a) Sujeto competente para ordenar la medida

De modo que, podemos identificar al primero de ellos como la autoridad judicial, ya que al vulnerarse derechos fundamentales cuando se practican intervenciones corporales debe ser él la persona que otorgue la potestad para así poder llevarlas a cabo. No obstante, existen excepciones a la exclusividad jurisdiccional tales como razones de urgencia o riesgo para el éxito de la investigación a favor del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial pero solamente será posible en los casos donde se apliquen medidas de

⁶⁴ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, J.M. BOSCH EDITOR, Barcelona, 2014, pág. 159.

⁶⁵ Véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 209.

carácter leve. Sin embargo, no hay unanimidad en la doctrina sobre las diligencias que forman parte de la exclusividad jurisdiccional y aquellas que no⁶⁶.

b) Sujeto competente para practicar la medida

La segunda clasificación de sujetos activos de la investigación son aquellos que practicarán la medida seleccionada por la autoridad judicial competente. No obstante, la delimitación de este sujeto resulta más complejo de lo que parece.

Comenzaremos partiendo de la premisa enunciada por la sentencia 207/1996, la cual expone que *“Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía 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”*⁶⁷.

Ahora bien, la doctrina no está totalmente unificada al respecto y se encuentra dividida en esta materia de la siguiente forma:

Por un lado, están los que defienden que la medida será necesariamente practicada por un médico siempre haciendo uso de la “lex artis”. Entre los juristas que defienden esta postura podemos encontrar a GONZÁLEZ-CUÉLLAR que afirma *“que sean practicadas por un médico, de acuerdo con la lex artis”*⁶⁸.

⁶⁶ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., pág. 159.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996 de 16 de diciembre (ECLI:ES:TC: 1996:207).

⁶⁸ Véase al respecto, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 290.

Por otro lado, están los que opinan que la medida efectivamente debe ser practicada por una persona cualificada para realizar tal actividad que conlleve la medida seleccionada. Pero dentro del concepto de persona cualificada no solo se engloba al conjunto de médicos, sino que ese colectivo incluye a otras personas que hayan adquirido capacidad para realizar la actividad con una eficacia similar a un médico sin que obligatoriamente sea uno. En este caso una de las figuras defensoras de esta postura es sin duda DÍAZ CABIALE, al cual hay que mencionar no solo por ser un gran exponente en este sentido sino por el estudio que realizó respecto a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015 donde podemos observar lo que supuso dicha reforma, como el cambio de nomenclatura de imputado por sospechoso y también lo que no consiguió resolver como, por ejemplo, lo relativo al consentimiento, lo cual si es resuelto en la práctica judicial⁶⁹.

De las dos posturas resulta más convincente y lógica la segunda de ellas, ya que no parece necesario que un médico asista y participe en todas y cada una de las intervenciones corporales que se practiquen, siendo necesario únicamente que aquella persona que se disponga a practicarlas tenga una cualificación suficiente para llevarlas a cabo satisfactoriamente. Un ejemplo de dicha situación sería el caso de una extracción de sangre o una toma de muestras de cabello o saliva, donde la participación de un médico resulta superflua dado que una auxiliar de enfermería podrá realizar la intervención corporal obteniendo un resultado similar⁷⁰.

No obstante, como ya hemos reiterado anteriormente, es necesario analizar caso por caso. Así pues, existe la posibilidad de que la medida que deba practicarse afecte a zonas íntimas. En principio no parece necesaria la intervención del médico e incluso ni personal paramédico pero debido a razones de pudor la intervención del médico puede resultar preceptiva⁷¹.

⁶⁹ Véase DÍAZ CABIALE, J.A., “Cacheos superficiales, intervenciones corporales, y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc...)”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Nº 12, 1996, pág. 146.

⁷⁰ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 160-161.

⁷¹ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., pág. 162.

Ahora bien, anteriormente nos hemos referido a situaciones en las que se practiquen intervenciones corporales calificadas como leves, pero en el caso de que se ordene una intervención corporal que sea calificada como grave parece lógico pensar que en estos casos sí sea un médico el encargado de la práctica de la intervención corporal, puesto que requerirá de un mayor conocimiento y dificultad para minimizar el riesgo que su práctica suponga. Un ejemplo claro sería el supuesto de los registros anales o vaginales donde las posibilidades de menoscabar la salud mediante la aflicción de lesiones son altas en el caso de que no sea un médico la persona que practique la medida oportuna⁷².

5.2. SUJETO PASIVO

Tal y como nos hemos referido anteriormente el sujeto pasivo será aquella persona sobre la que se practiquen las medidas de intervención corporal acordadas. Así pues, el sujeto pasivo estará dividido en investigados, sospechosos e incluso terceros. De modo que vamos a analizar cada figura en cuestión.

a) Investigado

Como bien sabemos, la figura del investigado deriva por sustitución de una figura anterior llamada imputado. No obstante las características de ambas son similares pero su denominación cambió por la agresividad que suponía para el sujeto dicha terminología tal y como podemos afirmar en base al Proyecto de Ley donde en su exposición de motivos apartado V afirma que, *“La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible. A tal fin se convocó la Comisión para la Claridad del Lenguaje*

⁷² Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 161-162.

Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta en la redacción de los preceptos de esta ley. Entre sus conclusiones se encuentra la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal”⁷³.

Incluso se puede llegar a la conclusión, gracias a los estudios realizados, de que este cambio de nomenclatura se debe a la atribución de una mayor neutralidad, ya que el término ya sustituido de imputado atribuía un mensaje dañino a la opinión pública por la cual dicha persona ya era sometida a una condena social por el mero hecho de denominarse imputado, pasando por alto uno de los principios primordiales de nuestro ordenamiento jurídico, la presunción de inocencia por el que toda persona es inocente salvo que se demuestre lo contrario⁷⁴.

Podemos entender que el investigado a grandes rasgos se trata de la parte pasiva del proceso penal⁷⁵ pero, dado que no es el único sujeto pasivo al que nos referiremos de aquí en adelante, debemos concretar que se trata de aquella persona sobre la que existen unos indicios de haber realizado un hecho punible o más concretamente se define como “*la persona sometida a investigación por su relación con un delito.*”⁷⁶.

Así pues, bien es cierto que el término imputado evoluciona en el concepto de investigado pero no olvidemos que dependiendo de lo avanzado que se encuentre el

⁷³ Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 139-1, de 20/03/2015 (BOCG-10-A-139-1).

⁷⁴ Véase MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, págs. 96-99.

⁷⁵ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., pág. 172.

⁷⁶ Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 139-1, de 20/03/2015 (BOCG-10-A-139-1).

proceso penal la figura del investigado pasará a ser encausado y dicha figura al igual que el investigado será un derivado del término imputado pero en distinta fase del proceso⁷⁷.

Una vez es atribuida la condición de investigado por el órgano jurisdiccional competente se le debe informar a dicho sujeto de tal condición, el inicio de la investigación e incluso permitirle o proporcionarle asistencia letrada⁷⁸.

b) Sospechoso

Por un lado, cuando hablamos de sospechoso como sujeto pasivo de dichas medidas nos referimos a él con referencia a la LECrim. Concretamente es el artículo 363 de la LECrim el que posiciona al sospechoso como sujeto pasivo de un acto de investigación al referirse en su segundo párrafo a la posibilidad de la práctica de la medida sobre este sujeto en los siguientes términos:

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

Es por ello que la figura del sospechoso se encuentra en una situación delicada y compleja debido a su indefinición y, por consiguiente, concepto jurídico indeterminado, y por su amplitud y flexibilidad con respecto a otras figuras jurídicas como pueden ser el acusado, inculcado o procesado, tal y como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid refleja de la siguiente manera:

⁷⁷ Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 139-1, de 20/03/2015 (BOCG-10-A-139-1).

⁷⁸ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., pág. 177.

“En el Derecho español se utilizaban, indistintamente los textos inculpado, imputado, acusado, responsable civil. Sin embargo, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español se hace referencia al «sospechoso». El término es más amplio y flexible que los tradicionales. El término «sospechoso» que recoge la reciente modificación legislativa española es un concepto jurídico indeterminado menos polémico y condicionado que los de imputado y querellado. La palabra sospechoso es más omnicomprendiva y menos rígida que la terminología tradicional. Es por ello que el legislador español, (aunque con demora), ha recogido el término «sospechoso» en su redacción actualizada”⁷⁹.

Cabe destacar es varia la doctrina que ha ayudado a comprender la figura del sospechoso con mayor número de detalles. Así pues, para algunos autores como DEL MORAL GARCÍA se requiere de unos indicios mínimos para atribuir la condición de sospechoso⁸⁰, pero estos indicios no pueden ser meras suposiciones sino que tienen que ser siempre sospechas racionales y lógicas fundadas en datos fácticos o en hechos objetivos y no en valoraciones subjetivas que relaciones a la persona con la existencia del delito⁸¹.

c) Tercero

Por otro lado, en las intervenciones corporales también es posible que nos encontremos en la situación en la que intervenga un tercero como parte sobre la que se realizará la medida sin que esta persona sea el sospechoso.

No obstante, la doctrina no es uniforme al respecto puesto que a veces no admite la posibilidad de realizar investigaciones corporales sobre una persona distinta del

⁷⁹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal) Auto núm. 1/2004 de 19 mayo. (JUR 2005\43370).

⁸⁰ Véase DEL MORAL GARCÍA, A., “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Cuadernos de derecho judicial*, N° 15, 2003, págs. 80-83.

⁸¹ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 181-182.

sospechoso, a pesar de que el Tribunal Constitucional en su sentencia 207/1996 estimó que es posible realizar dichas actuaciones sobre un tercero, pero sin concretar qué se entiende como tal y si para ello debiese concurrir algún factor especial⁸².

A continuación, podemos mostrar la opinión al respecto de expertos en la materia. Así pues, GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO estima que la aplicación de una intervención corporal sobre un tercero es válida siempre que su finalidad sea la de encontrar indicios del delito y cuando éste no implique un trato humillante a dicha persona. No obstante, será necesario que se aplique el principio de idoneidad en todo caso junto a un estudio, atendiendo a la persona y la causa, con el fin de practicar la medida más ventajosa⁸³.

Por su parte, ETXEBERRIA GURIDI, al igual que en el caso anterior, hace analogía al derecho alemán para establecer una serie de criterios que dan respuesta a cuándo podrá ser una intervención aplicada sobre una persona para así evitar su aplicación injustificada⁸⁴. Dichos criterios son los siguientes:

- Debe de tratarse de un testigo o un portador de huellas.
- La medida que se practique no puede ser grave.
- No cabe la coacción física en su ejecución.
- Cabe oponerse siempre que dicha medida pueda llegar a afectar negativamente al cónyuge o pariente.

No obstante, el artículo 363 de la LECrim no hace alusión a que la medida pueda ser aplicada a una persona distinta del investigado, el sospechoso o incluso la propia víctima. Por tanto en estos casos se presume la colaboración de la víctima⁸⁵.

⁸² Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., pág. 186.

⁸³ Véase al respecto, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pág. 309.

⁸⁴ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., págs. 332-337.

⁸⁵ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal («BOE» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882).

Sin embargo, ni la víctima ni terceros pueden encontrarse en una peor situación que el investigado a la hora de realizar una intervención corporal sobre ellos. De modo que en cualquier caso deberá aplicarse el principio de proporcionalidad con las garantías exigidas para la medida acordada. Por tanto, no cabe en ningún caso imponer coactivamente una medida sobre la víctima⁸⁶.

Por último, independientemente del sujeto pasivo con el que nos encontremos hay un elemento que resulta fundamental y no es otro que el consentimiento. El consentimiento del sujeto pasivo hace innecesaria una legislación previa e incluso una resolución judicial para su ejecución⁸⁷. Así pues, el consentimiento será prestado por el sujeto pasivo bajo una serie de requisitos fundamentales para su real eficacia. De modo que el consentimiento será libre, no coaccionado, expreso y no tácito. No obstante, habrá ocasiones en las que, incluso con el consentimiento del sujeto pasivo, no será posible practicar la medida debido a la lesión que supone ésta contra la dignidad personal o incluso el trato inhumano o degradante que supone contra la salud. Por tanto, a la hora de prestar el consentimiento y para una plena validez, será necesario que se transmita al sujeto pasivo una detallada información sobre la medida que tiene pensado practicarse como la necesidad de adoptarla, su finalidad, sus riesgos e incluso sus consecuencias, tanto positivas como negativas, incluso si el sujeto se negase a que se practicara dicha medida sobre él⁸⁸.

6. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR LAS INTERVENCIONES CORPORALES Y LA PRUEBA ILÍCITA

Anteriormente hemos hecho mención a los distintos tipos de derechos que pueden llegar a ser vulnerados. No obstante, será ahora cuando enumeremos de forma independiente cada uno de ellos con su respectivo análisis.

⁸⁶ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 188-189.

⁸⁷ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., pág. 191.

⁸⁸ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., págs. 193-195.

En primer lugar, uno de los derechos fundamentales que con mayor facilidad puede llegar a verse afectado por el hecho de practicar una medida de intervención corporal es el derecho a la libertad. Es lógico llegar a pensar que la afectación de este derecho es más probable si lo comparamos con otros derechos que dependiendo de la medida seleccionada se verá afectado, esto se debe fundamentalmente a que independientemente de la forma en que se practique dicha medida inevitablemente supondrá una privación de libertad⁸⁹.

Al respecto, será el artículo 17 de la Constitución Española⁹⁰ la norma encargada de dar forma al derecho de libertad, reflejándolo así en los siguientes términos :

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.”

En definitiva, este artículo regula y protege la libertad personal entendida como la libertad física sin más precedentes, es decir, nos referimos a la libertad que ostenta una

⁸⁹ Véase DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, cit., pág. 479.

⁹⁰ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.).

persona para determinar por sí misma su forma de actuar sin perturbación alguna y sin más restricciones que aquellas que la Constitución contemple⁹¹.

Por otro lado, el derecho a la integridad física también podría ser vulnerado cuando se haga efectiva una intervención corporal. Este derecho al ser considerado como un derecho fundamental también podemos encontrarlo en nuestra norma suprema, concretamente en el artículo 15. Dicha norma lo recoge en los siguientes términos:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Si bien hemos matizado anteriormente qué se entiende por libertad personal, resulta conveniente hacerlo también en este momento con la integridad física. De este modo se entiende que la integridad física es aquel ataque dirigido a provocar una lesión al cuerpo o al espíritu de un sujeto⁹².

Resulta controvertida la interpretación que puede llegar a realizarse del texto normativo que encontramos en la Constitución Española respecto a la integridad física, ya que realizando una simple lectura de dicho precepto se puede llegar a entender que exclusivamente en aquellos casos en los que una persona sea sometida a tortura o tratos inhumanos o degradantes se estará menoscabando dicho bien jurídico protegido. No obstante, esto es erróneo porque es posible damnificar dicho derecho fundamental sin que el ataque sea necesariamente una tortura o trato inhumano o degradante. Un ejemplo de ello serían los casos en los que existe un riesgo o daño efectivo contra la salud, los cuales se encuentran comprendidos dentro de la protección de dicho precepto tal y como se desprende de la doctrina mayoritaria⁹³.

⁹¹ Véase BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de derecho constitucional Volumen II Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores instituciones y órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 185-186.

⁹² Véase BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de derecho constitucional (...)*, cit., pág. 136.

⁹³ Véase ETXEBERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, cit., págs. 496-499.

A continuación, cabe mencionar el derecho a la intimidad personal y la intimidad corporal. Como bien hemos hecho en los apartados anteriores, y sin la intención de romper la línea que hemos marcado, debemos resaltar que el precepto constitucional que recoge dicho derecho fundamental no es otro que el artículo 18 de la Constitución Española, el cual se desarrolla de la siguiente manera:

- “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
- 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*
- 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*
- 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.*

Es tal la relación de la intimidad personal con el derecho al honor y la propia imagen que son regulados todos juntos como si de una misma materia se tratase. Por ello, al conjunto de estos derechos se les llama derechos de la personalidad que están dirigidos a proteger la dignidad de la persona y su intimidad en lo que a su privacidad se refiere, tanto personal como corporal. No obstante, si lo que queremos es individualizar el derecho a la intimidad dentro de este grupo de derechos podemos decir que se trata en definitiva del derecho a no ser molestado y a no hacer públicos datos de una persona que prefiere que continúen siendo privados⁹⁴.

Por último, hablaremos del derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Al igual que los derechos fundamentales anteriores, éste también es regulado por la Constitución Española, pero en esta ocasión en los artículos 17.3 y 24.2. De este modo, se regula cada uno de la siguiente forma respectivamente:

- “3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al*

⁹⁴ Véase BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de derecho constitucional (...)*, cit., págs. 154-157.

detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.”

“2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

Por lo tanto, el sujeto por haber cometido unos hechos punibles tiene derecho a permanecer en silencio total o parcialmente, incluso no está obligado a decir la verdad. Así pues, no puede ser forzado bajo ninguna circunstancia a declarar contra sí mismo⁹⁵.

Así pues, cuando se obtiene una prueba obtenida de forma ilícita por vulnerar los derechos fundamentales recogidos por la Constitución o por haberla obtenido mediante una forma prohibida. No respetando de este modo el derecho de las partes a un proceso donde prime la igualdad y bajo el principio de contradicción, donde una de las partes se sitúa en una posición de superioridad respecto a la otra por haber mermado las posibilidades de defensa de la otra mediante la ilicitud. Por tanto, la única solución para devolver al proceso la igualdad que debe prevalecer ante todo es la inadmisión de dicha prueba o al menos la abstención en su valoración⁹⁶.

7. MEDIDAS CONCRETAS APLICABLES

Llegados a este punto conviene hacer un estudio pormenorizado de algunas de las distintas medidas que pueden llegar a ser aplicadas sobre el sujeto pasivo.

⁹⁵ Véase BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de derecho constitucional (...)*, cit., pág. 330.

⁹⁶ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 164-165.

7.1. Intervenciones corporales para la determinación del perfil del ADN del investigado

Respecto a esta medida debemos comenzar enunciando que será el juez de la fase de instrucción quien se encargue de establecer la recolección, conservación y consignación de vestigios o pruebas materiales. Además tendrá la potestad para mandar al sujeto que considere conveniente para verificar su autenticidad⁹⁷. Así pues, su máxima expresión se encuentra en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual establece que:

“Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.

A este fin, hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa.

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

No obstante, no hay que olvidar que la toma de la muestra de ADN deberá realizarse en presencia del abogado del sujeto sobre el que se practique la medida, llegando a resultar como prueba inválida si no fuese así. Esto será así incluso si el detenido muestra su consentimiento, pero en el caso de que no lo mostrase el encargado de la toma de muestras necesitará autorización judicial para ello⁹⁸.

⁹⁷ Véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 211.

⁹⁸ Véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 211.

Aunque carece de carácter vinculante lo que sí es válido es “*el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción*”⁹⁹ y esto puede llegar a influir en jurisprudencia posterior.

Como resulta obvio hemos hablado sobre el supuesto en el que la intervención corporal se realiza sobre el sospechoso del delito, pero no es la única modalidad mediante la que es posible obtener muestras biológicas o de ADN de una persona. Nos referimos al hecho en el que se obtiene una muestra biológica abandonada por el sospechoso sin atender al motivo como puede ser a partir de objetos que use habitualmente como por ejemplo un vaso del que haya bebido agua o la colilla de la cual ha fumado.

Debemos plantearnos si la prueba obtenida a partir de este modo y que posibilita identificar a una persona a través de ella resulta válida o por el contrario no.

En primer lugar, y aunque no lo hayamos dicho anteriormente de forma expresa, la policía suele ser la encargada de la recogida de las muestras, pero lo que aquí es importante destacar es si puede hacerlo libremente. A esta cuestión podemos responder de modo afirmativo, ya que a partir del Acuerdo dictado por el Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal con fecha 31 de enero de 2006 se establece que “*La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial*”¹⁰⁰.

Por lo tanto, podemos afirmar que las cosas abandonadas en lugares públicos por el sospechoso del delito son res nullius y por consiguiente son de acceso público y aún más por las fuerzas de orden público, es decir, la policía¹⁰¹.

⁹⁹ Acuerdo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 RJ 2014\4846.

¹⁰⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Acuerdo de 31 enero 2006. JUR 2006\53394

¹⁰¹ Véase ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M., *Estudios sobre prueba penal Volumen II*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 446.

De modo que lo que podemos extraer finalmente de este análisis sobre la obtención de vestigios del sospechoso es que para poder identificar a una persona mediante el ADN será necesario que tengamos dos muestras de material genético de dicha persona. Por una parte, la que se extraiga de la persona por la persona cualificada para ello, con las precisiones siempre prestando un consentimiento libre e informado, y por otra la localizada en el lugar donde se haya cometido el delito, cuerpo de la víctima, en su ropa, etc. Esto es lo que llamamos prueba dubitada¹⁰².

7.1.1. La Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN

Dicho órgano debe ser regulado por un real decreto que emana del Gobierno tal y como expone la Disposición Adicional Tercera de la LECrim donde además se pueden observar las funciones que tiene encomendadas que no son otras que *“la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes”*.

7.1.2. La inclusión de perfiles de condenados en la base de datos de ADN

Cuando nos encontramos en una investigación criminal y se obtienen muestras y fluidos de un sujeto tras haber realizado sobre él una intervención corporal, los resultados obtenidos que identifican a dicha personas se inscriben en una base de datos de ADN. A su vez, esta base de datos se entrelaza con la base de datos de la policía cuando se hayan obtenido en la investigación de un delito grave bien sea contra la vida, la integridad física,

¹⁰² Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., pág. 107.

la libertad o la indemnidad sexual y además se haya confirmado un riesgo de reiteración delictiva¹⁰³.

7.2. Reconocimientos médicos, análisis de sangre y exploraciones ginecológicas

7.2.1. Reconocimientos médicos

Tienen un contenido y una finalidad similar a los cacheos y se practican en caso de que éstos no produzcan resultados útiles para la investigación. En todo caso se necesita que concurra consentimiento expreso y libre del sujeto sobre el que se practique, siempre que no exista autorización judicial para proceder a la intervención. Además, también es necesaria la existencia de indicios suficientes en la conducta de aquel sobre el que se realice, que sea imprescindible, es decir que no existe otro medio que consiga los mismos resultados y ser practicada por un personal sanitario actuando en todo momento atendiendo a la *lex artis*.

7.2.2. Análisis de sangre y exploraciones radiológicas

Por un lado, cabe hablar de los análisis de sangre que es aquella intervención corporal destinada a la extracción de esta sustancia del sujeto sobre el que se practica para su posterior análisis, siempre aplicando las reglas correspondientes a las intervenciones corporales y estudiadas anteriormente, principalmente el consentimiento del sujeto pasivo, ya que de no ser así podría considerarse una prueba ilícita¹⁰⁴.

La problemática puede suscitarse en los casos en los que haya conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa, concretamente nos referimos a los supuestos de los Testigos de Jehová. En este tipo de casos la transfusión de sangre contradice sus creencias y son proclives a ponerla por encima de todas las cosas. De modo

¹⁰³ Véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 212.

¹⁰⁴ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., pág. 312.

que surgen dos posturas, por un lado, los que se inclinan por una predominancia del derecho a la libertad religiosa, y por tanto al suicidio, y por otro los que anteponen el derecho a la vida. Esta última es la línea a seguir por el Tribunal Supremo. Esto será así incluso en los casos en los que afecte a un menor y sean sus padres o tutores quienes decidan por él¹⁰⁵.

Por otro lado, las exploraciones radiológicas o ecográficas son unas intervenciones corporales que para su plena validez será necesario que se realicen cumpliendo los criterios tasados por la Organización Mundial de la Salud y las reglas correspondientes a las intervenciones corporales, siempre y cuando el objeto de su práctica sea la prevención de un delito y la defensa de la salud pública. La medida en todo caso debe justificarse con las razones que dan pie a la medida, debe informarse al afectado, contar con su aceptación e incluso contar con su firma¹⁰⁶.

7.3. Las llamadas "intervenciones leves": cacheos y prueba de alcoholemia

A pesar de la distinción entre intervenciones corporales graves y leves no parece asumible realizar dicha calificación porque no existen las intervenciones corporales que excluyan el riesgo para la salud ni aquella que omitan el sufrimiento. Por lo tanto, debemos considerar todas las intervenciones corporales como intervenciones graves debido a que todas ellas afectan derechos fundamentales aunque sea de forma legítima¹⁰⁷.

7.3.1. El cacheo

El cacheo es una intervención corporal que supone inspeccionar la parte externa de un cuerpo humano, palpando por encima de la ropa, con el objeto de obtener

¹⁰⁵ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 319-321.

¹⁰⁶ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 321-325.

¹⁰⁷ Cfr. al respecto, GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., págs. 106-107.

información relevante sobre la presunta comisión de un delito que pueda llegar a ser prueba de éste¹⁰⁸.

Corresponde esta función a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, cuyo ejemplo más destacable será la Policía Judicial, mediante una serie de detalles a tener en cuenta en el ejercicio de las facultades que les son atribuidas. Para ello nos dirigimos al artículo 20 de la Ley de protección y seguridad ciudadana¹⁰⁹ que dispone lo siguiente :

“1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes:

a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia.

b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.

3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización.

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

¹⁰⁸ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., pág. 292.

¹⁰⁹ *Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana* («BOE» núm. 77, de 31/03/2015).

Por lo tanto, tal y como hemos visto, será necesario que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad tengan atribuidas facultades suficientes para realizar sobre los sospechosos detenidos aquellas acciones que les permitan la averiguación de información relevante. Por ello, los cacheos no necesitan de una resolución judicial habilitante que den pie a su realización, lo que lleva aparejado un máximo cuidado respecto al principio de proporcionalidad¹¹⁰.

No obstante, es importante destacar que, aunque a la hora de realizar esta medida sobre una persona se reduzca su libertad ambulatoria durante un breve periodo de tiempo, no es posible considerar que nos encontramos ante una privación de libertad protegida por el artículo 17 de la Constitución Española, ya que su efecto es muy reducido y no es equiparable.

Hay que tener en cuenta que dicha medida no puede realizarse de forma arbitraria sino que será necesaria una sospecha suficientemente motivada o unos indicios que den lugar a la necesidad de un control por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como podría ser la actitud sospechosa de una persona durante o después de haberse cometido un delito¹¹¹.

Para finalizar, tampoco se verá afectado el derecho a la intimidad siempre y cuando se cumplan los requisitos que hemos mencionado con anterioridad a la hora de practicar dicha medida, los cuales son¹¹² :

- Será un profesional del mismo sexo quien practique la medida.
- La medida se ejecutará en zonas que salvaguarde la intimidad.
- Se evitarán posturas, posiciones y situaciones que resulten degradantes o humillantes.

¹¹⁰ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 292-294.

¹¹¹ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., pág. 295.

¹¹² Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., págs. 298-299.

7.3.2. La prueba de alcoholemia

Al igual que en el supuesto anterior, los controles de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no necesitan una autorización judicial que les permita realizar dicha intervención corporal sobre otra persona. Dicha medida consiste a grandes rasgos en el hecho de medir el nivel de alcohol del que está impregnado un conductor para conocer si ha sobrepasado los límites permitidos para la conducción de un vehículo de motor, bien sea por el aire espirado a través de un etilómetro o alcoholímetro en los controles policiales o por la tasa de alcohol en sangre a través de exámenes de sangre, orina u otros similares solicitados por el conductor o por la autoridad judicial como medio de contraste de los resultados dados en controles de alcoholemia¹¹³.

Por lo tanto, esta medida está destinada a prevenir y comprobar la comisión de delitos relacionados con el uso y circulación de vehículos de motor recogido por el Código Penal concretamente en el artículo 379.2, el cual establece que:

“2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.”.

No obstante, dicha medida deberá practicarse bajo los siguientes requisitos¹¹⁴:

- Debe tratarse de un acto voluntario, es decir, el sujeto sobre el que se aplique la medida no puede ser obligado a realizarla ni mediante la fuerza física ni tampoco por otro tipo de coacción.
- Los aparatos que detecten la tasa de alcohol en el aire espirado serán autorizados oficialmente, ya que en caso contrario los resultados carecerán de eficacia.

¹¹³ Cfr. al respecto, GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 112.

¹¹⁴ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., pág. 258.

- Una vez se realice una prueba para medir la tasa de alcohol será posible realizar una segunda prueba siempre y cuando medien 10 minutos entre la primera y la segunda. No obstante, realizar una segunda prueba no excluye la posibilidad de realizar un análisis sanguíneo de contraste, cuyos gastos correrán a cargo del conductor interesado, devolviéndose la cuantía de los gastos si resultase negativa.

De acuerdo con estos requisitos podemos afirmar que la naturaleza de los resultados obtenidos a partir de esta intervención corporal es la de prueba constituida, ya que al ser realizadas mediante instrumentos técnicos especializados con presencia policial daba lugar a la imposibilidad de volver a ser reproducido en el juicio oral pero con la garantía de la autenticidad por la declaración policial que refuerza dicha prueba¹¹⁵ Así pues, este tipo de intervención corporal no puede ser considerada como prueba ordinaria porque para ello es necesario que se practique en juicio oral con intervención del juez¹¹⁶.

7.4. Las intervenciones corporales en el ámbito penitenciario

Dentro de las intervenciones corporales debemos apartarnos de las que hemos visto hasta ahora y que estaban dirigidas a la investigación de un presunto delito que tuviesen la función y naturaleza de prueba preconstituida, para pasar al estudio de aquellas encaminadas a la seguridad en los centros penitenciarios, función irrenunciable de la Administración penitenciaria. No obstante, no hay duda de que forman parte del grupo de lo que llamamos intervenciones corporales, pero en este caso aplicado sobre unos determinados sujetos que tendrán un signo distinto y es que la medida se realizará sobre el cuerpo de los internos o reclusos en centros penitenciarios¹¹⁷.

Indudablemente es posible realizar estas medidas sobre los internos en base al artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria al establecer que¹¹⁸:

¹¹⁵ Véase ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 215.

¹¹⁶ Véase PÉREZ MARÍN, M.Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, cit., pág. 259.

¹¹⁷ Cfr. al respecto, GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 119.

¹¹⁸ *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria* («BOE» núm. 239, de 05/10/1979).

“Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona.”

Mientras el por qué y la forma en la que se deberán practicar se recoge en el artículo 68 del Reglamento Penitenciario el cual expone que¹¹⁹:

- “1. Se llevarán a cabo registros y cacheos de las personas, ropas y enseres de los internos y requisas de las puertas, ventanas, suelos, paredes y techos de las celdas o dormitorios, así como de los locales y dependencias de uso común.*
- 2. Por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios.*
- 3. El cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad.*
- 4. Si el resultado del cacheo con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a la Autoridad judicial competente la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados.*
- 5. De los registros, requisas, cacheos y controles citados se formulará parte escrito, que deberá especificar los cacheos con desnudo integral efectuados, firmado por los funcionarios que lo hayan efectuado y dirigido al Jefe de Servicios”.*

No obstante, es importante destacar que al igual que las intervenciones corporales dirigidas a la investigación, éstas deberán realizarse bajo los principios de necesidad y proporcionalidad manteniendo intacta la dignidad del sujeto sobre el que se practique y

¹¹⁹ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario («BOE» núm. 40, de 15/02/1996).

respetando sus derechos fundamentales en la medida de lo posible como podemos observar en el artículo 71 del Reglamento Penitenciario¹²⁰.

Para finalizar, cabe hablar sobre las intervenciones corporales que son autorizadas por una resolución judicial y que otorgan la potestad para alimentar forzosamente y a proporcionar asistencia médica obligatoria cuando los reclusos se encuentren en huelga de hambre, su vida corra peligro y sin que sea necesaria la pérdida de conocimiento¹²¹.

7.5. La extracción del perfil genético de los deportistas como prueba en la investigación del delito de dopaje

Con el paso del tiempo el deporte ha adquirido una importancia destacable en el mundo en el que vivimos incluso en el ámbito jurídico, y no solo por los delitos originados por el amaño de partidos en las distintas secciones deportivas, sino por la ventaja deportiva que se obtiene al consumir determinadas sustancias prohibidas por la normativa de un determinado deporte incurriendo en un delito de dopaje.

El dopaje ha adquirido tal relevancia que ha sido tipificado como delito por nuestro Código Penal en el artículo 362 quinqués, siempre teniendo presente con el objeto de prevenir el dopaje con mayor garantía la Ley de Protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva¹²².

Cabe destacar que si un deportista es quien por su propia mano consume dicha sustancia no sería sujeto activo de ningún delito, pero sí que será sancionado disciplinariamente de la forma que la ley contemple. Caso distinto sería que un deportista le proporcionase la sustancia dopante a un compañero, ya que sí sería castigado penalmente. No obstante, si fuese otra persona la que proporcionase e impulsase la toma

¹²⁰ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario («BOE» núm. 40, de 15/02/1996).

¹²¹ Cfr. al respecto, GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, cit., pág. 125.

¹²² Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de Protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva («BOE» núm. 148, de 21/06/2013).

de la sustancia dopante, por ejemplo el médico de un equipo, esta persona sería castigada penalmente por delito de dopaje¹²³.

Por lo tanto, a fin de evitar este tipo de delitos se realizan medidas de investigación llamadas antidopaje. Dichas medidas antidopaje son fijadas por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD) y son obligatorias para toda persona que ostente la condición de deportista tanto en competición como fuera de ella. Así, una de las intervenciones corporales que podrá realizarse será la extracción de sangre para su posterior análisis. Para ello, será condición necesaria ser médico u especialista en análisis clínicos habilitados por la AEPSAD. Una vez realizada los deportistas tienen derecho a ser informados sobre los resultados y todo lo concerniente a ellos¹²⁴.

Aun así, existe la posibilidad de que el deportista se niegue a someterse a dichas intervenciones, cuya negativa o resistencia sin su debida justificación está considerada como infracción grave y debidamente sancionada por la ley¹²⁵ con la suspensión de licencia federativa durante dos años y una multa comprendida entre 3.001 y 12.000 euros en base a los artículos 22 y 23 de la LOPSD¹²⁶.

Resulta interesante el estudio de la cuestión acerca de la posibilidad de que el deportista sea sospechoso de un proceso penal y que una vez se haya sometido a una medida antidopaje las muestras tomadas puedan ser analizadas en el contexto de un delito. En este sentido podemos afirmar que las muestras custodiadas por el laboratorio de control de dopaje pueden ser utilizadas para analizar el ADN de dicho deportista en el contexto de una investigación penal, siempre cumpliendo la cadena de custodia¹²⁷.

¹²³ Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 411.

¹²⁴ Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, cit., págs. 413-414.

¹²⁵ Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, cit., pág. 414

¹²⁶ *Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva* («BOE» núm. 148, de 21/06/2013).

¹²⁷ Véase BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, cit., págs. 415-425.

8. CONCLUSIONES

- I. Tras muchas reformas y propuestas legislativas, sin éxito, acerca de las intervenciones corporales, podemos enorgullecernos de los grandes avances que ha hecho nuestro ordenamiento jurídico sobre éstas, tales como la inclusión de las intervenciones corporales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la actualidad.
- II. Por tanto, debemos valorar el éxito conseguido como se merece, pues no es para nada fácil el desarrollo de una materia que carecía de legislación alguna hasta no hace mucho. No obstante, a día de hoy aún no existe una norma propiamente dicha que regule cada cuestión por sí misma. Es por ello que, tal y como se observa, la investigación no acaba ni aquí ni ahora, sino que es fundamental un estudio continuado sobre esta materia hasta conseguir un cuerpo normativo propio dada su importancia.
- III. No obstante, a pesar de que no disponemos de una norma como se cita anteriormente, son tantos los estudios al respecto que, sin ser una norma propiamente dicha, dichos estudios podrían ser el equivalente a ésta. Así pues, encontraremos nuestra mejor arma y máximo exponente en jurisprudencia de nuestros órganos jurisdiccionales, así como en los estudios realizados y mencionados anteriormente por expertos del Derecho, lo que puede resultar insuficiente desde un punto de vista meramente legal.
- IV. Conviene destacar la importancia que supone esta materia en el ámbito que nos ocupa, que no es otro que el Derecho, y más concretamente el Derecho Procesal encaminado al ámbito penal. Por ello, atribuimos a esta materia no una gran importancia, sino la importancia que se merece que es la de un derecho de última ratio y con razón para ello, pues supone el derecho más polémico y agresivo conocido y seguramente por conocer.
- V. De modo que seleccionar una medida y ponerla en práctica a la ligera puede llegar a ser muy peligroso, por las consecuencias que de ella derivan

llegando incluso a ser inadmitida por razones de esta índole, o lo que es peor, la inadmisión de la prueba obtenida por el hecho de haber vulnerado un derecho fundamental.

- VI. Por ello, dada la importancia de la práctica de una intervención corporal sobre un sujeto y los resultados que de ella derivan como prueba del proceso, sorprende la presunta falta de interés por ser incluida dicha materia en la normativa de nuestro ordenamiento jurídico, para una regulación más idónea y una mayor facilidad en su aplicación, evitando un entramado que resulte ilógico y contraproducente.
- VII. Visto en profundidad parece algo ajeno a cada uno de nosotros, pero para bien o para mal ni mucho menos lo es, ya que cualquiera puede ser sujeto pasivo de una intervención corporal. Esto es debido a que los hechos que originan la aplicación de una intervención corporal están a la orden del día, por tratarse de hechos comunes para cualquier ciudadano. Por ello, no debemos obviar esta materia pues supone desde la más inimaginable o inesperada situación hasta la más cercana, como puede ser un simple control de alcoholemia.
- VIII. Incluso mediante intervenciones corporales podemos acercarnos al mundo del deporte de alto rendimiento, donde las figuras deportivas no escapan de su aplicación, como más de una vez ha quedado demostrado recientemente, las cuales son encumbradas a una posición irreal por lo que generan y promueven como fenómeno de masas que son.
- IX. Resulta evidente que se trata de una materia dinámica debido a la multitud de variantes y escenarios donde se puede llegar a aplicar. Así pues, la investigación de las intervenciones corporales está aparejada a sectores como la medicina y por consiguiente a la ciencia. Por lo tanto, resulta evidente la importancia de los avances científicos para una mayor precisión y fiabilidad a la hora de obtener resultados.

9. BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M., *Estudios sobre prueba penal Volumen II*, La Ley, Madrid, 2011.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de derecho constitucional Volumen II Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores instituciones y órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 2018.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, Dykinson, Madrid, 2015.

DEL MORAL GARCÍA, A., “Intervenciones corporales: reflexiones ante la inminente enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Nº 15, 2003, págs. 59-90.

DÍAZ CABIALE, J.A., “Cacheos superficiales, intervenciones corporales, y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc...)”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Nº 12, 1996, págs. 67-196.

DUART ALBIOL, J.J., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, J.M. BOSCH EDITOR, Barcelona, 2014.

ETXEERRIA GURIDI J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Trivium, Madrid, 1999.

GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

- “La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN”, en *Diario La Ley*, 2014, Nº 8324, págs. 1-13.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

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