

LAS INTERVENCIONES CORPORALES EN EL PROCESO PENAL: LAS  
DEBILIDADES DE LOS PROCESOS PENALES NACIONALES

Joseph Lluís Albiñana i Olmos

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha

<http://www.cienciaspenales.net>

## I. LAS DEBILIDADES DE LOS PROCESOS PENALES NACIONALES:

Conviene preguntarse si, a la entrada del tercer milenio, nuestros sistemas penales sustantivos y adjetivos gozan de buena salud. A mi juicio no presentan un estado envidiable, que no se corresponde con la experiencia de los años que tienen nuestros respectivos sistemas de Justicia penal. Un largo recorrido que para la mayoría superará una práctica más que centenaria al servicio del Estado democrático y social de Derecho. Lo que implica unos sistemas firmemente anclados en valores y principios morales superiores al orden legal, orientados hacia un progreso colectivo e igualitario de las respectivas sociedades nacionales y tenazmente esforzados en obtener un marco garantista al derecho sancionador por los Poderes Públicos del Estado, tanto en la definición de los bienes jurídicos objeto de la protección penal en cada momento, como para el proceso de persecución y castigo de sus infractores.

Se supone que tantos años trabajando en los mismos conceptos, habrían dotado de una gran fortaleza a nuestros sistemas penales. Afirmación que en gran medida se puede fácilmente compartir. Pero que no elimina el reconocimiento también de una serie de debilidades que, a mi juicio, están presentes, en mayor o menor medida, en los sistemas penales más conocidos dentro de la Unión Europea. Sin perjuicio de que las mismas debilidades se encuentren en la mayoría de los sistemas penales aún desconocidos.

Creo que podemos identificar algunos hechos de los que atacan a nuestros sistemas, y que al igual que sucede con los virus informáticos transmitidos por el correo electrónico, tienen en común que se reproducen y mutan constantemente.

A mi juicio, creo reconocer como males endémicos y portadores de incertidumbre jurídica:

a) La fácil importación de instituciones procesales de sistemas penales muy diferentes: Estamos en una etapa de expansión del modelo acusatorio anglo-americano y de su mano, surge la tentación de trasplantar las doctrinas construidas en desarrollo de la IV, III o V enmienda por el Tribunal Supremo norteamericano a sistemas penales muy diferentes. Cuando los parámetros de comparación son radicalmente distintos, no se pueden utilizar los mismos garantismos, porque el resultado será diferente.

b) El deslumbramiento ante las posibilidades de las nuevas técnicas de investigación policial: se espera todo de la ciencia. Vivimos en un proceso de expansión permanente de la técnica aplicada a la investigación: el cruce de datos múltiples merced a la informática, los análisis de laboratorio, la descomposición de las ondas acústicas, los perfiles de ADN,...son mecanismos que abren nuevos procesos de identificación del delincuente. Pero olvidamos que estas técnicas no están socializadas para la persecución de la delincuencia común. Son caras y muy sofisticadas. Su empleo excepcional no encubre los déficits acumulados por el tratamiento en el día a día de la investigación de la delincuencia común. Existe una disociación entre la creencia social de la eficacia policial-fiscal-judicial y su efectividad real.

c) La presión para irrumpir en el proceso penal grupos con intereses privados: los graves procesos penales, provocan la presencia a menudo de grupos o individuos que en el ejercicio de la acción popular o en la particular de apoyo a la víctima, pretenden dirigir el proceso penal hacia objetivos concretos, que pueden terminar con el linchamiento colectivo o la venganza privada a través de los medios de comunicación. Se pretende incluso acceder a la fase de ejecución, para restringir los fines constitucionales de la pena, como son la reinserción y la rehabilitación del delincuente. Se está debilitando la naturaleza pública del proceso penal, como consecuencia de los fracasos crónicos del sistema y se utiliza su privatización parcial o colaboracionista. como alternativa de mejora.

d) El proceso de desplazamiento transnacional y desformalista de las fuentes del derecho, provoca una atenuación del principio de legalidad, en beneficio de la integración en los subsistemas regionales respectivos. Cada día que pasa, el legislador nacional advierte su gradual debilitamiento por la persuasión de la presión que invade las fronteras que son sus dominios. Se puede afirmar que el precio del barril de Brend en el mercado influye para algo más que en el precio de la gasolina que se destila de ese crudo.

e) La inseguridad jurídica provocada por las tensiones entre la Justicia constitucional y la jurisprudencia en el terreno de las garantías procesales y la defensa de los derechos humanos, por no hablar de las tensiones con el legislador en la misma materia. Los sistemas penales de la Europa continental se han visto fortalecidos con la aparición histórica, a partir de la segunda guerra mundial, de una justicia constitucional concentrada y en poder de un órgano independiente, ajeno al poder judicial. Este control del Juzgador constitucional ha ido gradualmente ampliando su campo de intervención, conforme ha ido creciendo la conciencia democrática y social en nuestras sociedades. Cada vez hay una mayor demanda crítica para las actuaciones de los Poderes Públicos. Y en esa misión, los desacuerdos con las resoluciones del poder judicial han creado un terreno minado, en el que los mismos conceptos jurídicos estallan con ondas diferentes según quién los pisa.

Todos estos factores y otros, producen la sensación de encontrarnos sometidos a unos sistemas penales en general y singularmente a un proceso penal "en transición", que partiendo de la inestabilidad de los modelos nacionales respectivos, tiende a escaparse y progresa hacia un modelo común, o al menos, a configurar un catálogo de "buenas prácticas" transnacionales francamente irresistibles.

Fuerza de convergencia que viene potenciada en nuestro ámbito regional por los esfuerzos de los organismos "ad hoc", como son la Comisión Europea de Derechos Humanos o el Consejo de Europa<sup>1</sup>. Junto con la inestimable ayuda del TEDH, o los

---

<sup>1</sup> por ejemplo : Decisión 8278, de 13 de diciembre 1979, para declarar la extracción de sangre una práctica inocua, o la Decisión 8239/1978, de 4 de diciembre, sobre el derecho a no declarar contra uno mismo, o la decisión marco del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, o la Recomendación 92 del Consejo de Europa, sobre la no utilización de muestras obtenidas con fines médicos para investigar delitos, o la Recomendación de 1994, para protección de los derechos humanos con respecto a la Biología y Medicina.

criterios establecidos en la investigación del crimen contra los intereses financieros en la propuesta *Corpus Iuris de 1997/99*, son ejemplos de este camino común. Como también lo es –claro está– el Convenio de cooperación en materia judicial del 2000, que justifica este encuentro.

En el ámbito regional Iberoamericano, tenemos la propuesta del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, de 1.998.

Todos esos esfuerzos jalonan el interés mas ambicioso de lograr un proceso penal a escala mayor y las perspectivas de su unificación, como son la investigación en el proceso penal competencia del Tribunal Penal Internacional y su Estatuto de 1.998 Por no citar el “Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal”, también conocido por las “*Reglas de Mallorca*”.

Documentos y trabajos internacionales que sirven para diseñar un escenario único o común para el proceso penal, que responda a los parámetros básicos del principio acusatorio y del Juicio Oral, a la vez que sirva de respuesta aceptable al *Derecho a un juicio justo* que hoy en día es algo más que el derecho consagrado en el artículo 3 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos, para configurarse para muchos como una obsesiva utopía, en donde depurar toda la contaminación de la fuerza bruta (o descontrolada) del Estado.

## II. FINALIDAD DEL PROCESO PENAL:

Más no olvidemos que la finalidad de la acción penal es *ius ut procedatur* para materializar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en un objetivo que va más allá de la mera satisfacción de la parte perjudicada. Por lo que el proceso penal tendrá por finalidad: 1º) el descubrimiento de la verdad material, mediante una instrucción o investigación pública y, 2º) el enjuiciamiento de las responsabilidades que correspondan, por medio de una jurisdicción especializada. Por ello la sentencia penal tiene una naturaleza *constitutiva*, cuando reconoce la existencia de un delito, con la imposición de una pena a su autor, o *declarativa* cuando niegue haberse producido la trasgresión del orden jurídico protegido.

A su vez, la misión que se espera de la primera parte del proceso penal, se desarrollará por medio de las siguientes fases:

- La investigación del ilícito perpetrado y la identificación de su autor.
- El aseguramiento de las pruebas y práctica, en su caso, de la prueba anticipada.
- La preparación del Juicio Oral y decidir sobre su procedencia o no.

El objeto del presente estudio surge en esta primera fase, como una de las pesquisas que en averiguación del ilícito cometido y su posible autor deben realizarse bajo la dirección del Juez, o del Fiscal, o conjuntamente, según las diferentes respuestas que se dan dentro de los sistemas judiciales europeos.

### III. LAS INTERVENCIONES CORPORALES: SU NATURALEZA JURÍDICA

Las denominadas intervenciones corporales son aquellas diligencias que tratan de conseguir el descubrimiento de la verdad material en la fuente probatoria del cuerpo humano, bien sea el de la víctima, el del sospechoso o de un tercero. Utilizan el propio organismo como objeto de la demostración para el juicio de reproche jurídico-penal que debe culminar el proceso penal.<sup>2</sup>

Son, en este sentido diligencias de investigación, directas o indirectas, en relación a verificar bien la comisión del delito, bien la localización de sus efectos, o huellas, o bien para identificar a su autor,

Pero son también diligencias que afectan singularmente a Derechos Fundamentales, que gozan de una protección especial y máxima por el ordenamiento jurídico.

Y son, por último, diligencias de un contenido mixto entre la prueba pericial y la prueba anticipada.

Hasta ahora han mantenido un tratamiento muy amplio que va, desde el simple registro corporal (cacheo) a la extracción de muestras o tejidos corporales.

Personalmente creo que el concepto de intervención corporal debe quedar restringido a la obtención de *muestras biológicas* de una persona, entendiendo como tales cualquier muestra de sustancia biológica, por ejemplo, sangre, piel, células óseas o plasma sanguíneo que albergue ácidos nucleicos y contenga la dotación genética característica de una persona. Porque los ejemplos tradicionales están sufriendo una veloz devaluación a consecuencia de la obsesión por incrementar la seguridad ciudadana. Cualquier viajero en tránsito que haya tenido la desdicha de pasar por un aeropuerto como el de Miami, habrá sufrido la experiencia de esa devaluación.

Ahora bien, para los fines de esta exposición, quedan excluidas, por definición, en este tratamiento del proceso penal las diligencias relativas a:

---

<sup>2</sup> Una clásica definición de intervención corporal la proporciona el profesor Nicolás González Cuellar Serrano, cuando dice que son : “Todas aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo humano de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción física si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él. Requisitos ineludibles para su admisibilidad son los que no revistan peligro para la salud y que sean practicadas por un médico de acuerdo con la *lex artis*” en “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Derecho Penal”. Colex, Madrid, 1990.

1) *Las intervenciones corporales en el ámbito penitenciario*: Porque vienen reguladas en virtud de la *relación de especial sujeción* que caracteriza el vínculo entre el interno y la Administración Penitenciaria que ejecuta la pena privativa de libertad, para cumplir los fines resocializadores y rehabilitadores de la misma. Se entiende que para lograr tales fines, dicha Administración Penitenciaria tiene la facultad de organizar el medio en donde se desarrolla la vida del interno, privado de libertad, y del que tiene confiado su custodia. Razón por la que debe velar por su salud, seguridad y conservación de su vida, junto con los restantes derechos fundamentales que no se opongan a esa organización y finalidad de la pena.

2) *La prueba de paternidad* mediante el cotejo del ADN en los procesos civiles de reclamación de filiación : Porque se trata de un litigio civil, cuya acción tiene por finalidad la satisfacción de la parte y regulado por las normas que caracterizan a esta clase de litigios, en orden a la valoración de la prueba por indicios y carga de la prueba a la parte que la posee en exclusiva, que no se corresponden con las peculiaridades del proceso penal en donde no es posible la interpretación *in malam partem* y en donde se exige una actividad incriminatoria para destruir la protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En realidad, por lo que interesa al proceso penal, es trascendental abordar las *diligencias de intervención corporal practicadas sin contar con la voluntad del titular*. Este debe ser el hilo conductor provechoso, porque aquellas diligencias de intervención corporal practicadas con la anuencia del titular, difícilmente pueden provocar un rechazo frontal del proceso. Son las impuestas al sujeto las que plantean razonables dudas por la posible lesión con sus derechos fundamentales y posible exceso de los límites del proceso penal, para provocar la vulneración del derecho fundamental a un Juicio Justo.

#### **IV. CLASES DE INTERVENCIONES CORPORALES:**

**En base al mecanismo de intervención**, podemos distinguir:

1) **Registros corporales**, que pueden ser :

- Cacheos, o registros mediante palpación externa de todo el cuerpo.
- Inspecciones del contenido de los vasos o conductos corporales: boca, ano y vagina.

2) **Exámenes, dictámenes o valoraciones** en relación a :

- **La personalidad o el estado mental:** Dictámenes psiquiátricos.
- **El organismo**, que pueden realizarse :
  - a) Sin precisar extracción de tejidos, sangre o fluidos: test de drogas o de alcohol, exploraciones de rayos x, resonancias magnéticas.
  - b) Mediante extracción de tejidos, sangre o fluidos (ADN y otras pruebas).

De una forma muy curiosa se distinguen las intervenciones corporales practicadas *sobre* el cuerpo, de las intervenciones realizadas *en* el cuerpo, para diferenciar los registros corporales, que tiene lugar mediante la palpación física (cacheo) de las ropas que visten al sujeto, de aquellas otras inspecciones que tratan de obtener información del organismo, mediante su exploración interna o bien mediante la extracción de una porción de su sangre, fluidos o corte de sus tejidos para analizar e identificar su ADN y restantes datos que interesen.

Vaya por delante que las aceptadas tradicionalmente de una forma pacífica han sido los cacheos y los dictámenes psiquiátricos, para estar sometidas a fuerte controversia todas las restantes.

Controversia impregnada de una buena dosis de ideologización respecto al modelo del Estado, la naturaleza de los derechos fundamentales y los contenidos propios del proceso penal.

## EL ADN

Los problemas se han planteado ante la magnitud de los nuevos descubrimientos producidos en el campo de la biología y singularmente de la estructura del ADN, a partir de los hallazgos de los Doctores James Watson y Francis Crick, que obtendrían por este estudio científico el premio Nobel en 1953. Avances surgidos en el campo de la genética, entendida como transmisión de las instrucciones biológicas que recibimos y herencia común para todos los seres vivos. En la que aparece el ADN como portador de una información contenida en una base ultramicroscópica<sup>3</sup> pero que lleva las instrucciones para organizar la estructura y función de la célula y la réplica capaz de transmitir, a su vez, estas instrucciones a nuevas células y organismos. De este modo, se dice, si las proteínas con sus veinte aminoácidos son “el lenguaje de la vida”, ampliando la metáfora, la molécula de ADN con sus cuatro bases nitrogenadas, pueden considerarse el “código” de ese lenguaje<sup>4</sup>.

En realidad el ADN de los animales y de la especie humana está dividido en fragmentos, denominados cromosomas, cada uno de los cuales contiene una molécula de ADN. En cada ser humano existen 46 cromosomas o moléculas de ADN en cada célula, localizadas básicamente en el núcleo de la misma. Todas juntas contienen la información genética del ser.

El ADN ya había sido aislado en 1869 por el químico alemán Friedrich Miescher en 1869, e identificado como una sustancia blanca, azucarada, un tanto ácida y que contenía fósforo. Al estar presente en el núcleo de las células, se le llamaría ácido nucleico, para cambiársele, más tarde, el nombre por ácido desoxirribonucleico para diferenciarlo de otra sustancia similar descubierta también en las células, el ácido ribonucleico (ARN). Alrededor de 1940 se descubriría que la composición del ADN responde a un esquema que combina siempre : de una parte, un fosfato y un azúcar desoxirribosa, que son permanentes, y de otro, una base nitrogenada que varía dentro de cuatro clases posibles: dos tipos de purinas (adenina y guanina) y dos tipos de pirimidinas (citosina y timina), que se combinan entre sí, pero de suerte que la adenina (A) sólo puede combinarse con la timina (T) y la citosina (C) con la guanina (G). Las combinaciones de estas bases, de tres en tres, dan lugar a un aminoácido y un conjunto de estos a un gen. Los genes van a dar lugar a las proteínas y estas van a tener una función específica en el organismo (anticuerpos, insulina, colágeno, etc.)<sup>5</sup>. Los genes existentes en cada individuo del género humano generan más de un millón de proteínas, porque en esta especie, que a diferencia de las especies inferiores, cada gen puede generar múltiples proteínas, lo que justifica la gran variedad individual.

El hallazgo de los científicos premiados con el Nobel, será haber descubierto la estructura helicoidal de esas combinaciones, para representar cada molécula de ADN a

---

<sup>3</sup> El ADN de una sola célula humana puede contener, al parecer, una información equivalente a unas 600.000 páginas impresas de 500 palabras cada una o una biblioteca de un millar de libros y si se desplegara la cadena de ADN de esa célula, formaría un hilo que mediría más de 12 metros.

<sup>4</sup> “Invitación a la Biología”, Helena Curtis y N. Sue Barnes, ed. Médica, panamericana, 4ª ed., Págs.189 y ss.

<sup>5</sup> Fuente : “Los estudios sobre el genoma humano y su capacidad predictiva”, Javier Benitez Ortiz, Estudios de Derecho Judicial, Genética y Derecho II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

modo de una escalera retorcida en la que la barandilla está formada por grupos repetidos de un grupo fosfato y un azúcar desoxirribosa, mientras que cada escalón o peldaño se forma por la combinación de dos bases nitrogenadas en la forma antes citada: A-T y C-G.

Así la cadena completa de ADN que posee cada célula recibe el nombre de *genoma*. El cuerpo humano estará formado por unos 3.000 millones de parejas de bases nitrogenadas (A,T,C y G), que corresponden de 30.000 a 50.000 genes. La célula humana contiene 46 cromosomas y más de la mitad de cada uno de los mismos consiste en proteína y cada uno contiene una molécula de ADN de 3 a 4 centímetros de longitud obviamente plegada, por lo que en cada célula humana se contiene 1 a 2 metros de ADN y en todo el cuerpo humano existen unos 25.000 millones de kilómetros de esa doble hélice.

Una propiedad esencial del material genético es la capacidad para reproducir copias exactas de sí mismo, porque en la estructura de la doble hélice de ADN está implícito el método por el cual la cadena del ADN se reproduce. Porque en el momento se replican los cromosomas esa escalera helicoidal inicia un doble proceso de cortar por la mitad sus escalones y duplicar a partir de aquí sus barandillas, sirviendo de guía la antigua para el trazado de la nueva, formándose dos nuevas escaleras o cadenas que utilizará las materias primas de la célula, pero con la particularidad de combinar las dos bases nitrogenadas de cada nuevo escalón de la forma obligada ya conocida. De suerte que si en la cadena vieja hay una T solo puede haber una A en la nueva cadena, o una G se asociará con una C, y así sucesivamente. De este modo cada cadena forma una copia de su pareja original y se producen dos copias exactas de cada molécula. Proceso posible gracias a la intervención de otros agentes, como son el ácido ribonucleico (ARN), que actuará como un traductor de la información codificada en proteína y el papel de determinadas enzimas especializadas en realizar distintas operaciones con el ADN, desde contribuir a su desarrollo a soldar los extremos rotos de las cadenas o reparar el ADN dañado o llenar las brechas que se forman en su síntesis.

Otro avance cualitativo en este progreso científico y de gran alcance para su aplicación en el campo de la identificación, habrá sido el descubrimiento de que determinadas regiones de nuestro material genético, presentan una enorme variabilidad entre los individuos (regiones hipervariables) y, por tanto de su estudio se obtiene una información con un enorme poder de discriminación. Además, el descubrimiento de métodos de amplificación genética, que permiten analizar de manera precisa dicha variabilidad genética a partir de pequeñas muestras o vestigios biológicos producto de un cabello, saliva, restos de sangre, etc.<sup>6</sup>

Ahora bien, de esa ingente cantidad de cadena de ADN existente en el organismo humano, tan sólo una pequeña parte –menos del 5 %- es codificante y

---

<sup>6</sup> Fuente : Antonio Alonso Alonso, “Una década de perfiles de ADN en la investigación penal y civil en España: la necesidad de una regulación legal”, *Genética y Derecho, Estudios de Derechos Judicial*, Consejo General Poder Judicial, Madrid, 2001, pag.79.

puede replicarse. Se entiende así por ser capaz de sintetizar proteínas con funciones concretas. Esto es, sirve para organizar la estructura y la función de la célula así como para transmitir estas instrucciones a las nuevas células y nuevos organismos. Y la inmensa mayoría de esa millonaria quilométrica cadena no es portadora de material codificante alguno. Pero sirve para determinar las características de la identidad personal, por ser genéticamente polimórfico, a diferencia del material codificante que es poco polimórfico, para resultar casi invariable entre las personas (razón por la que tiene poco interés para la investigación criminal). Este ADN no codificante es conocido por *basura*, ya que aparentemente carece de función alguna en nuestro organismo para la evolución y su formación responde a material genético repetido de la especie humana e incluso por material genético repetido de otras especies, que se han integrado como parte funcional de nuestro genoma<sup>7</sup>. Sin embargo será precisamente este material el objetivo de los análisis y pruebas que se aporten al proceso penal. Es correcto afirmar que no son realmente genes, ya que en último término es una colección de fragmentos de ADN ordenados de acuerdo a su tamaño, conforme a las características particulares de cada individuo, y que representan el mismo papel identificador que los códigos de barras de los artículos etiquetados, que nada dicen de las características del producto, pero sirve para identificarlo.

Así pues, esta riqueza de la cantidad de ADN en nuestro organismo, unido a la facilidad de su obtención merced a los avances técnicos, provoca una nueva perspectiva en el escenario de la investigación criminal. Porque como consecuencia del principio de intercambio de LOCARD (*“todo contacto deja rastro”*) podemos suponer que en todos los delitos en los que haya existido contacto directo entre el autor y la víctima o entre aquél y un instrumento o efecto del crimen se puede haber producido un intercambio de substancias. Y es muy posible que si se trata de huellas o muestras de fluidos biológicos, como puede ser, por ejemplo, la sangre, el sudor, el semen, la saliva, la orina, líquidos del organismo, vómito, pelos, uñas, material óseo, tejido humano o cualquier residuo corporal, puedan contener células nucleares. Y de estas es posible verificar la composición del ADN no codificante que puede localizarse bien en cadenas simples, situadas en los dos extremos de la cadena codificante, bien en secuencias intercaladas, en forma de unidades sencillas, situadas en diferentes puntos a lo largo del genoma, o bien, por último, en secuencias repetitivas en tándem con las variaciones de las combinaciones posibles para las cuatro bases nitrogenadas.

Este es un proceso de identificación personal con grandes ventajas porque resulta :

- *Genérico* porque el ADN es común a todos los humanos y tiene las mismas características en todos. Pues se ubica en los cromosomas de la misma forma en todas las células de cada persona.

---

<sup>7</sup> Así parece que el chimpancé y el hombre comparten el 98 % de su genoma y el ratón con el hombre el 90 %, reduciéndose estos porcentajes, conforme se desciende en la escala evolutiva, si bien manteniéndose en común los genes críticos para el desarrollo y la funcionalidad de los distintos órganos. (Veáse “Los estudios sobre el genoma humano y su capacidad predictiva”, o. cit.)

- *Permanente* porque permanece en el individuo desde la primera célula a la última de la misma manera, aunque este cadáver. Y aunque las posibilidades de obtención pueden disminuir con el paso del tiempo, dura un largo proceso en el organismo.
- *Immutable* porque además de la persistencia que presenta, se manifiesta de una forma invariable. Pues las secuencias se mantienen constantes a los determinados *locus* del genoma. Y cada persona tiene la misma fórmula genética a lo largo de toda su vida, que permanece aún cadáver, mientras dure una sola célula.
- *Diversiforme* porque cada persona posee marcadores diferenciadores propios y diferentes del resto.<sup>8</sup>

Ahora bien, estas facilidades no serían posibles, como ya hemos dichos, sin los avances experimentados por las nuevas técnicas de secuenciación de la ingeniería genética producidas a lo largo de los años ochenta y noventa. Acompañadas no tan solo de la velocidad de lectura, sino del alcance microscópico de la muestra. De suerte que hoy en día se puede secuenciar un DNA a partir de la cantidad que se localiza en una sola célula (del orden de la millonésima de microgramo o billonésima de gramo, el 0,000.000.000.001 g.).<sup>9</sup>

Y una última observación : la diferencia fundamental entre el papel de las huellas dactilares y el ADN no codificante para lograr la identificación individual, es que en las muestras biológicas para obtener este último, también puede existir material genético codificante, cuyo análisis puede revelar datos de gran trascendencia genética para el individuo. Información esta que las huellas nunca transmiten. De ahí que el interrogante sobre las garantías deba trasladarse al control del material genético existente en los bancos de datos de ADN.

## V. REQUISITOS DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

La diversidad de criterios que aparecen en torno al alcance o límites de las diligencias de intervención corporal, se pueden explicar probablemente como consecuencia de las distintas concepciones que en torno a los derechos fundamentales se han producido históricamente y que habrán conocido fundamentalmente las versiones de dos grandes sistemas jurídico-filosóficos diferentes :

Uno, de raíz liberal, nucleizado sobre la defensa de los derechos fundamentales del individuo como coraza protectora frente a la posible ingerencia del poder (presumiblemente satánico) del Estado. Constituyendo esta barrera los límites infranqueables, que garantizan la relación jurídica en libertad, por ser una relación desigual la del individuo con el Estado, y que por medio de estos límites, queda más

---

<sup>8</sup> “Les proves de l’ADN.La prova pena i la pràctica judicial”, Juan Vte. de Luís Turégano, “Bioètica i Pret”, Consejo General del Poder Judicial y Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2004, pág. 242.

<sup>9</sup> Fuente :” DNA i herència. El genoma humà”, por Felix Goñi Urcelay, Bioètica i Dret, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona 2004.

igualada o al menos preservada en los derechos esenciales. Es una teoría que recuerda mucho a la vieja teoría doctrina de la *preferred position* (posición preferencial) sentada por el Tribunal Supremo norteamericano, para defender la primacía de los derechos fundamentales incluso frente a la Ley, cuando esta no acata una específica prohibición constitucional de interferir una libertad clásica (las defendidas por las diez primeras enmiendas constitucionales).

El otro, de talante más social, se focaliza en la legitimación del Estado por la existencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de cuya realidad es el Estado el principal valedor. Su punto de partida habrá sido entender el derecho siempre como la relación jurídica entre sujetos de derecho. Y por ello las relaciones entre el Estado y los ciudadanos para ser de derecho exigen el reconocimiento de una personalidad jurídica en cada parte, titulares de unos derechos públicos subjetivos, que a diferencia de lo que sucede con los derechos privados subjetivos, que al estar contenidos en el ordenamiento interno, dependen en todo momento de un contenido sometido al reconocimiento decidido por los Poderes del Estado, en el derecho público subjetivo su reconocimiento no puede ser dissociado de su titular, sin menoscabo de su personalidad jurídica. El siguiente paso habrá sido históricamente el reconocimiento de la garantía institucional de los derechos fundamentales, para darles un carácter axiológico que influye y revalida todo el ordenamiento jurídico, por incorporar el sistema de valores de toda la comunidad, para adquirir al propio tiempo el valor de normas objetivas. Por último, se reconoce su contribución al proceso democratizador de la sociedad. Para entenderse como libertades individuales *en* el Estado y no *contra* el Estado. Porque se considera que los derechos fundamentales operan entendiendo al individuo no como un ser aislado, sino en su condición de miembro de la comunidad, y en aras de un interés público y que se *integran para legitimar* el propio orden positivo estatal y jurídico, en el que la esfera de los derechos fundamentales emerge no como una barrera o reserva que separe al ciudadano del Estado, sino como vinculación y fundamento de su adecuación política, para ser parte esencial del ordenamiento jurídico democrático a la vez que elemento de legitimación del sistema.

Los resultados que en la actualidad han provocado cada una de estas líneas conceptuales sobre los derechos fundamentales, nos conducen, a mi juicio, a dos respuestas diferentes para autorizar, en su caso, las intervenciones corporales, que se sustentarán, a su vez, en dos doctrinas constitucionales distintas :

a) La teoría de la *dobles esfera*, para defender que, en la tensión entre el interés común y los derechos individuales fundamentales, se resuelve configurando la protección de estos últimos como unas capas o esferas envolventes, de suerte que existe una primera esfera, la *particular o privada* accesible para los Poderes Públicos, pero existe una esfera *íntima* en el individuo, en la cual queda excluida toda intromisión por Fuerza Pública. Las pruebas conseguidas del patrimonio moral o corporal integrado en esa esfera, son inaccesibles al proceso. Por el contrario, en la esfera *privada*, en la que la investigación penal puede intervenir, si se valora la proporcionalidad.

b) La teoría de la *prohibición del exceso*, que tiene su origen curiosamente en las limitaciones en el derecho de policía que goza la Administración Pública. Esta

doctrina parte de considerar que la protección del interés común y singularmente de los restantes bienes del ordenamiento jurídico, exigen una razonable *limitación de los derechos fundamentales*. Se defiende así, la noción de la existencia de una ponderación de los intereses que representan, de una parte, los derechos fundamentales afectados, y de otra, el interés legítimo del Estado para perseguir y sancionar las conductas que atacan a los bienes jurídicos objeto de una protección especial.

En una complicada y muy difícil síntesis de estos dos sistemas, se pueden encontrar en ambos las siguientes notas comunes, que podemos aceptar como requisitos de admisibilidad de las intervenciones corporales como diligencias de prueba :

a. ***Un juicio de proporcionalidad*** que excluya el automatismo en la práctica de estas diligencias, según se trate de intervenir en el ámbito íntimo o simplemente privado del sujeto.

La simple aparición de una divisoria entre las partes del cuerpo humano excluidas de la investigación penal, no resulta convincente. Porque ni garantiza que el registro de las restantes responda a una finalidad justificada por razón del proceso penal en el que se practican, ni la inamovilidad de que la raya divisoria trazada en el presente se siga manteniendo en un futuro. Existe el riesgo añadido de que, bajo la excusa de una mayor defensa de los derechos fundamentales *mas íntimos* se está de hecho produciendo una devaluación del contenido esencial de la mayor parte de tales derechos, en aras de unas medidas de seguridad, puramente policiales, para conseguir un mayor control sobre los ciudadanos no criminales.

La neutralización de tal riesgo se consigue por medio de un juicio de proporcionalidad, que constituye, en realidad, el paso del principio de legalidad, al principio de constitucionalidad. El único límite de todas las limitaciones de los Derechos Fundamentales, que exige obtener una respuesta favorable a estos tres principios :

- ***Principio de adecuación*** : Porque la diligencia de intervención corporal resulta idónea en cada caso para la finalidad perseguida. Siendo suficiente una adecuación relativa o parcial, aunque incluye siempre la subjetiva, para prohibir la aparición del abuso por desviación de poder.

- ***Principio de necesidad*** : La diligencia de intervención corporal no puede ser suplida por otro medio que no restrinja los derechos fundamentales afectados y obtenga el mismo resultado. En cualquier caso, si los efectos secundarios son superiores a ese resultado, no resulta necesaria. Y siempre debe ser la última "ratio" de otras diligencias de investigación.

- ***Principio de proporcionalidad en sentido estricto*** : En cualquier caso se debe efectuar una ponderación entre el interés individual lesionado y el interés colectivo perseguido, porque medio y finalidad no pueden ser desproporcionados.

La aplicación práctica, en cada caso, de este juicio de proporcionalidad podrá advertirse mediante el manejo de unos *indicadores* como pueden ser : Las consecuencias jurídicas, la importancia del asunto o de la causa, el grado de imputación, etc.

b. *Una reserva legal* : Esta es la principal reclamación desde la Justicia constitucional en el ámbito de la Europa continental. En España, por fin, recientemente hemos obtenido esa habilitación legal, con la promulgación, a finales del 2003, de la reforma de dos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que autorizan, de una parte, al Juez de Instructor, para ordenar la recogida de muestras o vestigios cuyo análisis biológico pudiera esclarecer el hecho investigado (art. 326), posibilidad que alude, para el caso de intervenciones corporales, a la hipótesis de encontrarse tales vestigios en el lugar del hecho o sobre el cuerpo de la víctima o un tercero. Y, para lograr la mejor identificación del sospechoso, y siempre que concurran razones que lo justifiquen, la reforma autoriza también al Juez Instructor para que pueda obtener las muestras biológicas del “sospechoso” que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN (art. 363). Ahora bien, tal decisión deberá ser objeto de una resolución *motivada* para determinar los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Se ha roto, por fin, el silencio del legislador en este campo singular de la investigación criminal corporal. Se ha venido a colmar el vacío legal denunciado hasta aquí, tanto por las polémicas y trascendentales respuestas dadas hasta ahora tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional. Coincidentes<sup>10</sup> a la hora de exigir esta reserva legal para poder legítimamente decidir sobre la limitación del contenido de derechos constitucionales, como no podía ser de otra forma. Puesto que generalmente gozan constitucionalmente de tal protección de reserva legal.

Nuestro país se homologa, así, con el tratamiento común de la Unión Europea, al abordar las reformas legislativas que autoricen, de una u otra manera, las intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal, con la definición, además, del banco de datos correspondientes al ADN, que trataremos mas adelante.

Reformas similares ya se habrán producido a lo largo de los años noventa en la República Federal Alemana, Ley sobre el análisis ADN, de 22 de marzo de 1997, ó Ley sobre la identificación por ADN, de 11 de septiembre de 1.998, con la última

---

<sup>10</sup> El acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su reunión del día 13-07-05 decidiría que el artículo 778,3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituía suficiente habilitación legal para la autorización judicial de extraer muestras de ADN a una persona detenida, a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia Letrada. (El precepto dice : El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el Médico Forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se señale). Precepto que era vigente con anterioridad a la reforma de la LO 15/2003, que ha introducido la nueva redacción de los artículos 326 y 363 de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal, para cubrir el vacío legal repetidamente denunciado por el Tribunal Constitucional.

promulgación en 19 diciembre de 2003, sobre delincuencia sexual, o en Francia, a partir de las Leyes “bioéticas” de 1994 y 1997, o la creación en el año siguiente del Fichero Nacional Automatizado de huellas genéticas, que habrá expandido la utilización en el campo penal del ADN, con las reformas del Decreto del año 2000, en relación al uso de este fichero, o la Ley de 15 de noviembre del 2001, para sancionar penalmente la negativa del condenado a someterse a ese registro, extendida también a los sospechosos en el año 2003, reserva legal compartida para las *ispezioni* y las *perquisizioni* del proceso penal italiano (arts. 244, 245, 247 y 249 del CPPi. Así como dentro del singular escenario del Reino Unido de la Gran Bretaña, con los diferentes regímenes previstos para Inglaterra, país de Gales, Irlanda del Norte o Escocia, a través de normas o leyes que tratan de regular las actuaciones policiales (“*Police and Criminal Evidence Act*, de 1984, o “*The Police and Criminal Evidence Northern Ireland Order*, de 1989, o el “*Criminal Justice and Public Order Act*”, de 1994 y las reformas de la primera de 1997, el “*Human Rights Act*” de 1998 y más recientemente el “*Criminal Justice Act*”, de 20 de noviembre de 2003).<sup>11</sup> Por lo que sirve a los límites de esta intervención, vale la pena constatar la existencia de un acervo legislativo en la Europa comunitaria con suficiente extensión territorial y práctica como para tratar de unificar los tratamientos, sin incrementar la diversificación.

c. ***Una autorización previamente habilitada*** por persona responsable, dentro del proceso penal. Me explico. Sería más fácil aludir a la necesidad de la autorización judicial para la práctica de la mayoría de las intervenciones corporales, por afectar a derechos fundamentales. Pero, dado que en el ámbito del derecho anglosajón, el proceso penal es patrimonio de la policía, es preciso para este tratamiento unitario distinguir entre : a) la práctica de la diligencia, y b) la decisión de esa práctica. Para enfatizar que siempre, en cualquier caso, existirá un responsable con Autoridad suficiente para establecer el juicio de proporcionalidad antes aludido y quedar identificado por la legalidad habilitadora, para adoptar la decisión en cada caso. Dentro del escenario del *Common Law* será un oficial de Policía con el grado de Superintendente, y, en el ámbito del proceso penal europeo, será el Juez, o en su caso el Fiscal, por razones de urgencia, en donde tenga asumidas las facultades de instrucción.

Sin duda planea sobre esta necesaria autorización judicial graves problemas de comprensión por ambas partes : Jueces, Fiscales y Policías. Porque defender la idea de exigir la autorización del Juez, y aún del Fiscal, para inspeccionar a un sospechoso de tráfico de droga, cuando al advertir la presencia policial, se mete las papelinas en su boca, resulta difícil de admitir desde la fuerza natural de los acontecimientos. Son ejemplos de actuaciones posibles en la delincuencia más común, cuyo escenario es la calle. Y son supuestos distanciados de la oportunidad de la intervención judicial o del Fiscal en términos de realidad constatable. Al menos, en mi experiencia de diez años como Juez de Instrucción, entiendo justificadas actuaciones producidas por la Policía en determinados supuestos de *flagrantia delictiva*, para los que cabe admitir la sanción procesal posterior por medio de la resolución judicial que aprecie las razones de

---

<sup>11</sup> Fuente : “Preuves Hybrides, L’Administration de la preuve pénale sous l’influence des techniques et des technologies (France, Allemagne, Grande-Bretagne), por Fabien Jobard y Niklas Schulze-Icking, Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales, Ministère de la Justice, 2004.

urgencia y la salvaguarda en todo momento de los derechos fundamentales afectados por esa intervención, que siempre versan sobre la intimidad, entendida como recato o pudor y que se guarda fácilmente con el registro en manos de un policía del mismo sexo que profesa la persona sospecha, y en sitio reservado.

No planteamos supuestos que obliguen a “mirar para otro lado” ante la vulneración del orden constitucional, ni dificultades para el día a día de la actuación de las fuerzas de seguridad. Sino defender la lógica del modelo del *Juicio de proporcionalidad* sobre el método de diferenciar la *privacidad* de la *intimidad*, como deslinde de aceptar o no intervenciones corporales, con independencia de quién las practique y de si existe o no autorización judicial. No creo que ese camino conduzca a una solución razonable. Porque para el común de la gente, los conductos corporales (boca, ano y vagina) constituyen partes íntimas del organismo. Por ello es fácil preservarlos de cualquier inspección o registro. Y precisamente por esa misma razón, son habitualmente utilizados para amagar y esconder efectos del delito por los delincuentes. Existe en el argot penitenciario español una expresión (“*ir petada*”) para expresar que una interna esconde droga en su vagina. Lo que puede producir, llegado el caso, el asalto por otras para robarle esa droga. Y con los hombres ocurre exactamente igual, al utilizar su ano para portar droga.

d. ***Una definición de los delitos permitidos*** : requisito este que debemos entender en una doble consideración. Por un lado, que la intervención corporal se produzca siempre en la investigación de un delito previamente conocido, y no tanto para comprobar la posible comisión de un delito. Porque no se trata de diligencias de prevención para la seguridad pública, ni diligencias para la averiguación de posibles hechos punibles. En ambos terrenos, a mi entender, el *juicio de proporcionalidad* daría siempre una respuesta negativa, por ser notoriamente inferior el interés colectivo en juego al individual, cuyos derechos fundamentales se ponen en crisis.

En este orden de ideas, las dos sentencias más importantes pronunciadas por nuestro Tribunal Constitucional, la 37/1989 y 207/1996, tuvieron como antecedentes situaciones tan paradigmáticas, como desafortunadas desde el punto de vista de la instrucción del proceso penal. Porque, en el primer caso, se pretendía examinar la matriz de la mujer, para comprobar si había abortado, y en este caso, descubrir la comisión del correspondiente delito. Esto es, no existía previamente la constatación de que el delito se había cometido. Simplemente había sido hallada una ficha con sus datos personales en el registro de una clínica sospechosa de practicar abortos. Y, en el segundo caso, se pretendería afeitar el vello de los sobacos de un oficial de la Guardia Civil, para verificar si era o no drogadicto, para confirmar en este caso la sospecha de haber podido dar algún trato de favor a una banda de traficantes objeto de la persecución judicial, en la investigación de un delito contra la salud pública. La adicción o consumo a las drogas había sido despenalizada y, en este caso, además, por la condición profesional del sujeto pasivo de la medida, en el caso de comprobarse su drogadicción, le acarrearía una sanción disciplinaria importante.

Han sido, por tanto, dos ejemplos desdichados de inoportunidad para el empleo de diligencias de intervención corporal. En el primer caso, no existía constancia

de la comisión del delito, para justificar la diligencia en averiguación de su autor. Y en el segundo, el sujeto pasivo de la medida no era sospechoso del delito investigado y se pretendía saber datos de su intimidad personal, carentes de juicio de reproche jurídico-penal, pero con graves consecuencias para su actividad profesional. De ahí que el Tribunal Constitucional tenga que realizar por vía de generalizaciones reflexivas en torno la posible juricidad de la medida *-obiter dictum-* una serie de consideraciones válidas del posible respaldo del Juzgador constitucional a este tipo de pruebas; aunque por vía de su notoria inoportunidad al caso *-ratio decidendi-* tuviera que otorgar su amparo en ambos casos, para anular las decisiones judiciales que las habían acordado.

Por otra parte, la reserva a una categoría determinada de delitos viene a ser una nota común en el espacio judicial europeo. Precisamente las últimas reformas operadas en Alemania, Gran Bretaña y Francia habrán sido para ampliar la naturaleza de delitos susceptibles de aplicar estas diligencias, así como extender a los sospechosos los registros nacionales de las muestras de ADN.

Nuestra reforma legal no hace mención expresa de esta reserva para determinados delitos. Pero el criterio de nuestra jurisprudencia y del Tribunal Constitucional viene siendo unánime en recomendar o admitir la práctica de las intervenciones corporales sólo para delitos graves.

Si atendemos este criterio por referencia a la pena, el artículo 33 del Código Penal español, califica como grave a la pena de prisión superior a cinco años. La consecuencia lógica para el *Juicio de proporcionalidad* será la reserva para delitos con esta penalidad el empleo de diligencias de intervención corporal.

Ahora bien, sin ánimo de cuestionar los propósitos del legislador español, aceptar esta hipótesis nos puede provocar una doble frustración : De una parte, hay delitos de naturaleza sexual, que no se castigan con esa pena de prisión grave, pero por la existencia casi siempre de un contacto personal entre el agresor y la víctima hace presumir la presencia de ADN, que haga posible refrendar el testimonio de esta. De otra parte el criterio de la penalidad en si misma resulta claramente insuficiente, porque son penas graves también para el Código, algunas que se aplican a delitos con escasa repercusión social, como es la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años o la inhabilitación especial por tiempo superior a cinco años (que se puede aplicar a los peritos, árbitros y contadores partideros que se condujeren de forma desleal respecto a los bienes sometidos a su tasación o intervención, según el artículo 440, por ejemplo).

En este punto será necesario, que o bien por sucesivas reformas legislativas, o por la adopción de criterios jurisprudenciales o no jurisdiccionales del Tribunal Supremo, quede fijado, en el ámbito del proceso penal español, el elenco de la naturaleza de delitos que merezcan, por sus especiales características, la posibilidad de recurrir a las diligencias de intervención corporal. No hacerlo sería grave para la seguridad jurídica y sobre todo para la seguridad ciudadana, ante el riesgo de quedar sometidos los ciudadanos al registro de sus datos más personales en un fichero

nacional, obtenidos por nimiedades, o por hechos delictivos cuya naturaleza no justifica, en principio, estar incorporado al fichero de peligrosos delincuentes.

Esta es una reflexión que no puede bloquearse con la invocación de la defensa de graves principios y postulados de seguridad ciudadana o de no impedir una futura eficacia policial. Frente a tales defensas debemos invocar de nuevo el *juicio de proporcionalidad* que es el único que puede legitimar la articulación de la seguridad pública y eficacia policial con el respeto de los derechos fundamentales ciudadanos. Sin que en esas hipótesis futuribles encontremos cumplido el *principio de necesidad*, cuando se obtengan nuestros perfiles genéticos individuales sin causa presente que lo justifique, más allá del deseo de que estén almacenadas junto a millones mas, por *si acaso* en una futura investigación criminal sirven para cotejarse con las muestras de ADN registradas en el cuerpo o lugar donde se haya cometido un delito. Razones de seguridad ciudadana y de eficacia policial en la defensa del Estado de Derecho rechazan una hipótesis tan perversa.

El siguiente cuadro sinóptico, trata de resumir las notas que vienen exigiéndose para la validez de las intervenciones corporales como diligencias de prueba en el proceso penal.

***Requisitos para la admisión  
de las principales  
intervenciones corporales***

1. Existencia de un juicio de proporcionalidad de acuerdo con :

*-principio de adecuación*

*-principio de necesidad*

*-principio de proporcionalidad en sentido estricto*

2. Existencia de una reserva legal.

3. Existencia de autorización habilitada por ley :

*-Judicial (ordinaria)*

*-Ministerio Fiscal (excepcional)*

4. Limitadas para delitos específicos en atención a la :

*-Gravedad*

*-Naturaleza*

## **VI. PRINCIPALES PROBLEMAS PLANTEADOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS DILIGENCIAS DE INTERVENCIÓN CORPORAL**

### **1. Por la protección de los Derechos Fundamentales afectados :**

Este es el gran debate. EL menor movimiento a favor de la admisión de las intervenciones corporales, despierta inmediatamente una aguerrida oposición en defensa de no resultar vulnerados derechos fundamentales de la persona.

Pero este debate no es exclusivo para esta materia. Forma parte del gran proceso de revisión que es característico en el escenario común de los sistemas penales europeos. Todos ellos inmersos en la legítima reflexión para calibrar las garantías esenciales que representen auténticamente *el proceso justo*. Porque aquella búsqueda de la verdad material que todavía defienden algunos para el proceso penal, hace tiempo que dejó de ser un axioma válido, en tanto que deben rechazarse dentro del proceso cualquier prueba que haya sido obtenida con violación de los derechos fundamentales del acusado juzgado.

Y es que la preocupación por descubrir la verdad material ha sido gradualmente desplazada a favor de la exigencia de que esta se establezca por medio de un proceso legítimo, en el que sean respetadas unas reglas básicas. Así existe una tensión permanente para frenar la posible prepotencia de los Poderes Públicos, para que su posición de superioridad no influya dentro del proceso en contra del acusado y se precipite una fácil condena, fruto antes de esa supremacía que de la Justicia. Para ello resulta imprescindible tanto la igualdad de armas –sistema acusatorio- como la eliminación de toda prueba ilícitamente conseguida. Aquella búsqueda tradicional por la verdad material ha quedado matizada hoy en día por la consideración de que sólo la verdad obtenida con el respeto a los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Según se ha dicho<sup>12</sup> lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es lo verdadero en sí, sino lo justo, y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo.

Resulta difícil sustraerse a la lógica de esta preocupación que aparece sembrada como campo de minas en todos los procedimientos judiciales penales. Cualquier avance puede ser frenado de repente con el estallido de una bomba bajo nuestros pies, al descubrir que hemos pisoteado un derecho fundamental del acusado. Error común para todos los operadores que intervengan en el proceso y del que ninguno queda a salvo : policías, peritos, forenses, Fiscales, Jueces...cualquiera puede conseguir que desaparezca delante nuestro la posibilidad de castigar a un culpable, beneficiado por el posible error que en esa cadena de intervinientes se haya cometido, para vulnerar uno de sus derechos fundamentales.

Sin embargo también es necesario no dejarse arrastrar en esta inquietud por la inercia de la fuerza arrolladora de los modelos de sistemas penales que están inundando el escenario continental europeo. Al inicio de nuestra intervención aludimos a la crisis que provocan en nuestros tradicionales modelos la fácil importación de Instituciones jurídicas extrañas. Que lo son no tanto por su novedad, sino por su imposible encaje en el seno de nuestro ordenamientos. Porque con el mismo transporte que estamos recibiendo la novedad del sistema acusatorio, se nos remiten también, principalmente desde el modelo judicial norteamericano, las ideas relativas a asociar el proceso justo, al proceso de *pruebas lícitas y tasadas*. De suerte que se define la existencia de un catálogo de pruebas que *siempre son admisibles*, y aquellas que no se encuentran en ese catálogo, se considera implícitamente que no entran dentro de los parámetros que definen el proceso justo.

Mi criterio es que este método de catalogar la licitud de las pruebas constituye una contaminación para la generalidad de los sistemas procesales penales europeos. Al menos, para el que más conozco, que es el español. Porque niega uno de los pilares que caracterizan la estructura de nuestro proceso. Cuál es de la libre apreciación de la prueba por los Jueces y Tribunales<sup>13</sup>. Son por tanto estos quienes van a decidir no sólo

---

<sup>12</sup>Tomas Salvador Vives Antón, "La libertad como pretexto", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.306.

<sup>13</sup> Art. 741,1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal : "El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley".

qué pruebas son lícitas, sino que, además, mediante un proceso de inferencia deductiva van a razonar, caso por caso, el grado de intensidad de la verdad que aprecian se desprende de cada fuente. No le es necesario un catálogo de homologación previa para su posible convicción. Porque a diferencia del personal lego que integra el Tribunal del Jurado, es un profesional de las ciencias jurídicas que puede establecer en cada caso *un juicio de proporcionalidad* respecto a cada medio de prueba que tenga acceso al proceso. Es esta una confianza del legislador puesta en manos del poder judicial, porque es un modelo o sistema de justicia profesional, sometida en sus decisiones al principio de legalidad y al control de constitucionalidad de una Justicia constitucional concentrada en un órgano no perteneciente al Poder Judicial.

En consecuencia debemos abordar las posibles situaciones críticas que pueden plantear las intervenciones corporales con los derechos fundamentales, desde una perspectiva genuinamente continental europea y no desde la fácil respuesta obtenida por los sistemas anglosajones y singularmente en la imitación del modelo norteamericano.

Pero, además, considero que en esta legítima reflexión sobre la posible colisión de estas diligencias penales con derechos fundamentales individuales, debe cederse el testigo a los criterios del Juez Constitucional, que tienen un mayor calado que las opiniones garantistas respecto al proceso y el paradigma del *juicio justo*, emanadas desde el poder judicial o la doctrina científica procesal. Por la razón tan simple de ser coherentes con el modelo de la Europa continental de justicia constitucional concentrada en un solo órgano *ad hoc* e independiente de los Poderes del Estado, a diferencia de los sistemas de *Justicia constitucional difusa* que imperan en el ámbito del derecho anglosajón y principalmente en el escenario de toda América.

Sobre esta confusión incide de nuevo la contaminación de la fácil yuxtaposición de modelos. Y, al socaire de vigilar la licitud de las pruebas que deben mantener el proceso dentro de los parámetros del *Juicio justo* se introducen con enorme rapidez y desenvoltura criterios sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales. La mayoría de las veces con unas interpretaciones simplistas y muy conservadoras, que por ello no pueden lastrar permanentemente la aplicación de este tipo de diligencias por la zona sensible de los derechos fundamentales en donde deben aplicarse.

La complejidad del problema no lo encontramos en la dificultad de operar en una zona de alta sensibilidad para los derechos fundamentales. La confusión surge ante la presión, por un lado, de los grupos sociales que quieren intervenir cada vez con mayor fuerza en el proceso, bien para reclamar los derechos de la víctima, colectivos de víctimas de igual naturaleza o en representación de determinados sectores de la sociedad preocupados por la aplicación de la sanción penal para determinados delitos. De otro lado, las expectativas que ofrecen la aplicación de las nuevas tecnologías para la averiguación del delito e identificación de su autor.

No podemos negar que nos encontramos ante un marco nuevo para el proceso penal, caracterizado por la nota de su trascendencia social, más allá de los intereses particulares del acusado y de la víctima. La rapidez informativa acentúa la naturaleza

pública del proceso, para convertirlo en noticia cotidiana. Y de ahí el “miedo escénico” que a menudo asalta a los operadores judiciales, para precipitar aplicaciones directas de la fuerza normativa de la Constitución con escaso bagaje científico. Porque no se puede, por ejemplo, mantener la idea de la defensa constitucional de la integridad física, para negar la posibilidad de cortar un pedacito de uña, o arrancar un cabello o tomar unas huellas dactilares, etc..Sencillamente porque no es verdad. No se dice eso en nuestra Constitución, en particular, ni en las restantes en general. Esas son opiniones surgidas o al margen del proceso, o si se producen dentro de este, por vía de *obiter dictum*, en la mayoría de los casos.

El efecto que se produce con la aparición de estas precipitadas opiniones es, a mi juicio, el contrario del que se pretende. Porque en lugar de incrementar la confianza en un poder judicial garante de los derechos fundamentales individuales, se incrementa la frustración ante la alarmante impotencia de no castigar unos hechos tan rápidamente averiguados merced al empleo de las nuevas técnicas, por la cerrazón de unos mecanismos legales que protegen al delincuente, o, en otros casos, no se logra identificar a este por no permitir el empleo de esas nuevas técnicas la misma cerrazón incomprensible. La consecuencia, en ambos casos, será una desconfianza en el sistema de justicia, con un incremento de la sensación subjetiva de seguridad ciudadana y el paso siguiente a la adopción de mecanismos de “justicia popular” para castigar a los culpables sin proceso.

En mi opinión, no se puede cerrar el paso a las nuevas técnicas de investigación. Entre otras razones por el que empleo de las mismas supone una curiosidad científica imparable. Y mucho más inútil con banderas trasnochadas que defiendan conceptos obsoletos de derechos fundamentales. Reconozcamos sinceramente que el interés común de nuestras sociedades están embarcados con la utilización de las nuevas tecnologías, en general, y especialmente aquellas que sirvan para potenciar nuestra capacidad conseguir el éxito en la investigación del delito y en averiguar la identificación de su autor.

Y en el mismo énfasis argumental hay que poner la defensa actualizada de los derechos fundamentales. Que no se consigue por la vía de ir acortando el diámetro de la *esfera íntima*, ni por la fosilización de arquetipos de pruebas estimadas lícitas en un precedente proceso histórico. El camino a recorrer debe ser de la mano del Juzgador Constitucional y siguiendo sus recomendaciones sobre este tipo de pruebas que están sembradas dentro de un campo minado.

La alternativa seguida por nuestro Tribunal Constitucional ha sido hasta ahora o bien considerar la existencia de un límite infranqueable para los Poderes Públicos, constituido por ese *núcleo del contenido esencial* de cada derecho fundamental, aludido en el artículo 53,1 de la Constitución como límite infranqueable para el Poder Legislativo, o bien una visión mas cooperativa de la relación entre la Constitución y la Ley en sede de derechos fundamentales : De suerte que mientras aquella “prefigura” el contenido, esta lo “configura”<sup>14</sup>, lo que permite incorporar la variabilidad histórica del

---

<sup>14</sup> Luis Maria Díez-Picazo, “Sistema de Derechos Fundamentales”, Thomson, civitas, Madrid 2003, pág.109

significado de los distintos derechos y vindica la importancia del legislador democrático que cuenta como único tope para disponer del derecho fundamental el de las convicciones jurídicas imperantes en cada momento histórico. Perspectiva que al no distinguir dos zonas en el contenido de los derechos fundamentales, nada sería verdaderamente esencial, a salvo por supuesto de que el resultado final de la intervención legislativa fuera aceptable en su conjunto. Método que, salvando las distancias, es común para el legislador y para el operador jurídico garante de los derechos fundamentales, enfrentado a la decisión de autorizar una diligencia de intervención corporal. Este es el repetido *juicio de proporcionalidad* que se ha expandido en los últimos años por la Europa continental, teniendo focalizado su origen en el Tribunal Constitucional alemán, y que ha sido reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y principalmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y al que ya hemos hecho alusión en un apartado de este trabajo.

Se adopte el criterio del respeto al contenido esencial<sup>15</sup> o se adopte el juicio de proporcionalidad más moderno, nunca podremos sustraernos al inexorable proceso de mutación histórica del contenido de los derechos fundamentales. Sometidos a la presión de los cambios positivos de nuestro entorno inmediato. De ahí que el propio proceso de desformalización de las fuentes del derecho, aludido al principio, opere como advertencia señalizadora de los cambios conceptuales. Un ejemplo de esto último habrá sido el convenio colectivo establecido por los pilotos de las líneas aeronáuticas de la IATA. para negarse a pilotar pasajes que no hayan sido previamente identificados y cacheados, para evitar los dramáticos secuestros de naves cometidos hasta finales del pasado siglo y los atentados terroristas contra las torres gemelas de principios de este. Un acuerdo adoptado estrictamente dentro del marco privado de la aviación comercial, habrá provocado una serie de medidas de seguridad en cascada, para la totalidad de los aeropuertos del primer mundo, entre los que esta la Unión Europea, que habrá puesto en marcha una serie de mecanismos controladores que inciden al menos en el plano teórico *border line* con la confrontación de los derechos fundamentales individuales. No sólo están los cacheos personales en las líneas de embarque (¿quién piensa que sean en esos momentos una intervención corporal sin causa penal que las justifique?) sino también –aprovechando ese despliegue de seguridad- las “retenciones” de personas sospechosas de transportar droga en los controles aduaneros. Son actuaciones que no solo pasan desapercibidas aunque aparentemente se produzcan en el área de protección de los derechos fundamentales, sino que, además, aparecen mas que justificadas públicamente. La realidad, por tanto, habrá producido avances en el tratamiento de derechos fundamentales, que no han venido de la mano de sus garantes jurídicamente naturales.

---

<sup>15</sup> La sent. 11/1981 del TC. aborda las vías para identificar este contenido, para señalar dos caminos : “(uno) Constituye el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito...(el otro) consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos...aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.

Examinemos a continuación los principales argumentos que se esgrimen en defensa de determinados derechos fundamentales y para negar la posibilidad de realizar intervenciones corporales :

a) *La posible violación del derecho a no declarar contra uno mismo :*

Este es el derecho garantizado por el artículo 24, 2 de la Constitución Española, presente en el Pacto de Derechos Humanos y respetado por todos los países del escenario europeo.

La idea es que al realizarse la intervención corporal *contra* la voluntad del interesado se está actuando contra su derecho a no declarar y eliminando su derecho de defensa. Porque se asocia su silencio con un mecanismo de defensa, puesto en relación con el sistema acusatorio, en donde la actividad probatoria la debe protagonizar quién acusa. Mientras que al acusado le basta con callar para defenderse.

En definitiva y en defensa de este derecho fundamental, fácilmente se alega que las intervenciones corporales que tienen por finalidad comprobar la presencia de drogas o alcohol en la sangre, así como todos aquellos exámenes del organismo que verifiquen la conexión del sospechoso con el delito investigado, siempre que se obtengan contra su voluntad, están lesionando el contenido esencial de este derecho de alcance universal que tiene todo imputado para negarse a reconocer y admitir el delito, con todas sus consecuencias.

Es este un argumento sólido, en principio, aunque su defensa se justifica principalmente, como hemos dicho, en la existencia del principio acusatorio en el proceso penal, para hacerle responsable de conseguir por sus propios medios toda la carga de la prueba incriminatoria.

Cuando se basa exclusivamente en esta razón, nos recuerda inevitablemente el modelo procesal penal norteamericano, con un sistema judicial preocupado en corregir las *malas prácticas policiales* en su obsesiva preocupación de depurar la prueba que deba ser estrictamente valorada por un Tribunal de Jurado. Exceso de transferencia de modelos que deben ser evitados.

Pero se debe cuestionar tal interpretación generalista. Porque la respuesta que ha venido dando, por ejemplo, nuestra jurisprudencia de una forma pacífica y reiterada a esta reclamación para el caso del control de la presencia de alcohol en nuestro organismo, habrá sido el de considerar que las citadas diligencias de intervención corporal no lesionan el contenido esencial de este derecho, porque no están exigiendo *una actividad de comunicación* por parte del sospechoso. De una forma unánime se considera que en estas diligencias su participación se limita a mantenerse en silencio, si quiere, mientras realiza las pruebas que se le ordenan, por quienes están legalmente autorizados para exigir esta prestación, bajo advertencia de sufrir las consecuencias legalmente previstas, y de suerte que el resultado de las pruebas más que tener un contenido de *confesión* es en realidad *un dictamen pericial* sobre el estado del organismo, sus características o identificación.

Véase ,por vía de ejemplo de todas las demás coincidentes, la sentencia de 4 de octubre de 1988 del Tribunal Constitucional que dirá : “No se obliga al sospechoso a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos comprendidos en el artículo 17,3 y 24,2 de la CE”.

Así pues se considera por el Juzgador Constitucional que esta es una participación, en definitiva, similar a la obtención de la fotografía del sospechoso, sus medidas antropométricas y descripción de cuantos datos ayuden a su identificación.

En este sentido la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal española ya en 1882, recomendaría al Juez de Instrucción –Art.- 373- que si se originara duda sobre la identidad del procesado, “se procurará acreditar esta por cuantos medios fueren conducentes al objeto”, precepto todavía vigente .

#### ***b)La posible violación de los derechos propios de la detención :***

Se denuncia también, desde la misma preocupación garantista del proceso penal, la lesión en el caso de cualquier intervención corporal del bloque de derechos que asisten al detenido, singularmente el de la libertad y asistencia de Letrado, que son de naturaleza y reserva legal, garantizados en el artículo 17,1 y 3 de la Constitución<sup>16</sup>, por considerar que se está produciendo de hecho una detención para la práctica de la diligencia de intervención corporal, sin cumplir el elenco de garantías que la Ley ordena, desde la comunicación del delito imputado, el derecho a no declarar o la asistencia de Letrado.

Precisamente sobre este particular hay que recordar una de las primeras manifestaciones de nuestro Juez Constitucional sería la de no reconocer estados intermedios entre la libertad y la detención. Para generar esta última las obligaciones legales consiguientes.

Pero desde aquella histórica declaración ha llovido bastante, en nuestro caso. Sobre todo a raíz de promulgarse la Ley sobre Seguridad Ciudadana, Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, que estrenaría la figura de la “retención” como situación indeterminada<sup>17</sup>, en donde un ciudadano puede ser conducido hasta la Comisaría sólo para ser identificado, cuando se duda de su identidad verdadera.

---

<sup>16</sup> Art.17: 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 forma previstos en la Ley.  
....

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

<sup>17</sup> “Artículo 20.1 Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas....

2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción,

A partir de entonces, el criterio de nuestra jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional han sido coincidentes en apreciar que las posibles “retenciones personales” que puedan producirse para la práctica de diligencias de intervención corporal, entran en el ámbito de las diligencias de investigación que pueden producirse antes de la detención. Se admite por tanto, en nuestro caso, la práctica europea de la *garde à vis*, que no se identifica con la detención propiamente y que es previa a la misma, justificada por razones puramente preliminares de orden policial. En consecuencia, se razona que como no se ha producido todavía la “detención” propiamente dicha, no son de aplicación los derechos fundamentales previstos para la misma.

Por vía de ejemplo para todas las restantes coincidentes, la sentencia de 18 de febrero de 1.988 del Tribunal Constitucional dirá : “*No es posible equiparar la privación de la libertad a que se refiere el artículo 17 de la CE en sus diversos apartados, con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencias –en este caso la prueba de alcoholemia- por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a cabo*”.

Esta doctrina habrá servido para declarar la constitucionalidad de las pruebas de control de alcoholemia, practicadas por los agentes de las Fuerzas de Seguridad del Estado encargados de la seguridad del tráfico en vías interurbanas y de la policía local, dentro de la ciudad. En consecuencia, creemos que en igual medida, los miembros de la policía judicial pueden requerir la participación del sujeto pasivo para otras intervenciones corporales.

**c) La posible violación del Derecho a la intimidad corporal :**

Este es sin duda entre todos el argumento más utilizado en defensa de la posible violación de los derechos fundamentales. Se alega que cualquier intervención corporal es un ataque a la intimidad corporal y personal, garantizada en la Constitución por su artículo 18.

También es vedad que entre los defensores de esta tesis, se advierte fácilmente la presencia de esa traslación insensible y habitual de instituciones propias de sistemas jurídicos diferentes. En este caso, surge del derecho anglosajón para aplicar la teoría de la *esfera de la intimidad individual* en donde no es posible acceder, si no es voluntariamente. Por ser el último refugio de la personalidad.

Aunque no deja de ser irónico que se esgrima como defensa de la *identidad personal* para negar generalmente la imposible inspección de los vasos o conductos corporales (boca, vagina y ano), que tienen mucho que ver con el pudor, pero poco con la dignidad, que es la característica distintiva de la persona, desde la perspectiva

---

podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible” (Este segundo párrafo sería declarado por el Tribunal Constitucional conforme a la constitución en sentencia 341/1993, pero con dos votos particulares en contra).

constitucional<sup>18</sup>, su remisión a la defensa identitaria del individuo, pensamos que no puede ser mas desafortunada.

La realidad es que, en primer lugar, no existe protección jurisdiccional para este derecho fundamental a *la intimidad* en nuestra constitución, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el domicilio ó el secreto de las comunicaciones, garantizados en el mismo artículo 18<sup>19</sup>. Tan sólo existe reserva legal constitucional para regular el uso de la informática en relación al derecho a la intimidad personal y familiar. Por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se habrá regulado esta protección para sancionarse las intromisiones ilegítimas a la intimidad personal y familiar, salvo que las mismas estén expresamente autorizadas por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado su consentimiento expreso<sup>20</sup>. En consecuencia, parece que no existiría dificultad alguna para admitir las diligencias de intervención corporal en el proceso, siempre que contaran con previa habilitación legal, en relación a la salvaguarda de este derecho constitucional a la intimidad.

Por otro lado, en segundo lugar, el Juzgador Constitucional ha precisado reiteradamente que la intimidad se corresponde más que con una porción o parte determinada del organismo, con el sentimiento del pudor o del recato personal, que son eminentemente culturales. De ahí que choquen, por ejemplo, nuestros conceptos como *colectivo social enjuiciador* con los que mantienen los delincuentes respecto al posible uso alternativo de sus conductos corporales, para amagar y esconder mejor los efectos del delito. Porque nuestro sentido del pudor es simplemente diferente, porque nunca nos hemos visto sometidos a la presión que sufre el delincuente habitual para esconder de las pesquisas permanentes de la policía los efectos del delito<sup>21</sup>.

Así las cosas, debemos considerar que los sentimientos de pudor o de recato más comunes, quedan salvaguardados mediante la práctica de los registros corporales de zonas íntimas por agentes de la policía del mismo sexo que el profesado por la persona sospechosa, o por personal sanitario, o, como se reconoce en alguno de los

---

<sup>18</sup> Así el artículo 10,1 de la Constitución afirma : “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

<sup>19</sup> Art. 18 : “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 el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de 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 derecho”

<sup>20</sup> Artículo 2,2

<sup>21</sup> El otro día leía en la prensa de Barcelona, el caso de un ciudadano extranjero al que unas jóvenes rumanas en la calle, le había sustraído el móvil, siendo inmediatamente detenidas por una patrulla de la policía que pasaba por el lugar, que les cachean y no les encuentran el móvil. Van todos a Comisaría, y la víctima, para cerciorarse de la posesión de su móvil por las detenidas, marca su número, y ante la sorpresa sonaría el móvil sustraído en el cuerpo de una de ellas, ya que al parecer la joven lo había escondido en su vagina.

supuestos del derecho comparado, con la posibilidad de ser acompañado por personal familiar o de su confianza.

Debemos añadir, además, que, por mucha reflexión que se realice sobre el alcance de la colisión entre este derecho fundamental y la práctica de los registros corporales, la realidad social se ha encargado de rebajar aceleradamente los niveles sociales de rechazo. Porque hoy en día, por meras razones de seguridad, nos cachean hasta para entrar a escuchar un concierto o asistir a una conferencia científica. Por no referirse al trato que te dispensan cuando viajas en un avión.

En relación a este derecho y las actuaciones policiales urgentes, el criterio expresado por el Juzgador constitucional, en su sentencia 70/2002, habrá sido considerar que *“La regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine. Esa regla general se exceptiona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad.... para que una injerencia en el ámbito de la intimidad del detenido sea legítima habrá de satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad. Lo cual significa, al igual que establecimos en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3 e), en primer lugar, que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, la investigación del delito (juicio de idoneidad); en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad); y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). La valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse «ex ante», y es susceptible de control judicial «ex post», al igual que el respeto del principio de proporcionalidad. La constatación «ex post» de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales.”*

Creemos que pocas veces se encontrará una doctrina tan clara como concluyente en relación a las posibles zonas de colisión entre el derecho constitucional a la intimidad corporal o personal y las diligencias de intervención en el organismo. De ahí que no compartamos la defensa de ese *anillo último de intimidad* como baluarte inabordable para tales diligencias de investigación. La defensa de esa esfera o reducto de la intimidad individual nos parece propia de una filosofía un tanto trasnochada del modelo hiperliberal del Estado, aunque sea un concepto manejado desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

*d) La posible violación del derecho a la integridad física y a no sufrir tratos inhumanos, ni degradantes:*

Esta es una reclamación destinada específicamente para las intervenciones corporales que pretendan extraer muestras del organismo, mediante la obtención de una pequeña cantidad de sangre, de orina, de fluidos o un corte de pelo, o porción de uñas o de cualquier tejido humano. Derecho este con una reserva constitucional absoluta (*en ningún caso...*) según el artículo 15 de la Constitución.

La reclamación en este caso, a la vista de la escasa entidad de la intervención según las modernas técnicas parece desproporcionada por asimilar el contenido esencial del derecho fundamental reclamado con el objeto de la práctica en sí.

En primer lugar, porque la práctica de tales intervenciones corporales cuenta con la reserva legal de realizarse por medio de personal sanitario, cuya intervención es una garantía para la salud.

A partir de esta garantía, medir el alcance de la intervención que pretende extraer una muestra de ADN, normalmente con el rasero de la defensa a la integridad física o de no sufrir tratos inhumanos, ni degradantes, es simple y llanamente un sinsentido, además de una fuerte exageración.

Es en este punto donde conviene recuperar de nuevo la defensa del *juicio de proporcionalidad* para justificar la aplicación de las diligencias de intervención corporal. Porque en el extremismo de la denuncia, se verifica automáticamente la razonabilidad, a nuestro juicio, de su posible ejecución. Porque, ni se advierte en términos de realidad tangible, una pérdida significativa o relevante de la integridad física con la toma de una muestra insignificante del pelo, de las uñas o de la sangre. Ni se advierte que la toma de las mismas constituye un trato inhumano o degradante, por ser menos trascendente que la personación en un ambulatorio o centro sanitario. No existe reconocibilidad social alguna que asocie la práctica de la toma de estas muestras, ni con un trato miserable, que degrade la dignidad de la condición humana, ni que el sujeto pierda así una parte de su integridad física.

Y para valorar con amplitud de criterio suficiente el grado de intervención que comentamos, sería suficiente traer a colación situaciones en donde, por razones diversas y de hondo calado ético, se ha admitido: a) Practicar la alimentación forzosa a los internos en establecimientos penitenciarios que realizan la huelga de hambre. En razón a la relación de sujeción especial, se autoriza que la Administración Penitenciaria les alimente contra su voluntad, porque debe velar por el mantenimiento de la vida biológica; y, b) la transfusión de sangre a testigos de Jehová, menores de edad, y aún habiendo alcanzado la mayoría, por la petición de auxilio judicial de los médicos de los centros sanitarios que los asisten, al advertir que peligra su vida, solicitan del Juzgado de Instrucción de Guardia, una autorización para transfundirles una sangre ajena, que por sus convicciones religiosas rechazan.

Pues bien, si se repasan las sentencias del Tribunal Constitucional sobre estos supuestos –veáanse 120/1990 ó 113/1990 ó 154/2002- se leen situaciones *border line* dramáticas por el horror que provoca el desvalimiento en que libre y voluntariamente se ha situado una persona y el trato contrario a su voluntad que estará recibiendo por parte precisamente del personal que lo debería cuidar. Que debe estar presenciando cómo pierde la consciencia, para precisamente entonces intervenir y darle alimentación por vía venosa, para cuando recupera, a continuación la lucidez, volver a abstenerse para aguardar a que vuelva a perder el conocimiento y volver a alimentarle. Así sucesivamente. La impresión que produce la lectura de los hechos así declarados conformes a la constitución, ha merecido la aparición de votos particulares a la sentencia, que comentan la posibilidad de cometer un trato inhumano y degradante con el inane organismo desfallecido del huelguista, al que se alimenta cuando pierde el conocimiento, y, en el momento en que lo recupera se le deja en paz, hasta que vuelva a perder el conocimiento, cuando se recupere, se le volverá a dejar en paz, y así sucesivamente...¿hasta qué momento?, es la pregunta que quedará sin respuesta.

Y en circunstancias parecidas, se intervendrá con los Testigos de Jehová, merced a la autorización judicial, para transfundir i la sangre que se había rechazado por sus convicciones religiosas.

Son situaciones extremas que han llegado a provocar decisiones del Juzgador Constitucional, -y antes de la jurisprudencia-, que tienen en común el empleo de intervenciones corporales importantes, bien para alimentar, bien para trasfundir sangre. Y en todos estos casos, habrán sido impuestas coactivamente al existir una resolución judicial favorable. Porque se suponen siempre que existe un interés legítimo superior que justificaba una intervención que afectaba al mantenimiento de la vida, considerada biológicamente.

Sin embargo la doble moral en el empleo de la coerción física no es un mecanismo técnicamente correcto. Porque no puede legitimarse el empleo de la fuerza por móviles ajenos a la reserva legal que debe condicionar su aparición. Su admisión para el ordenamiento no debe depender de las posibles miras altruistas que se persigan mediante su utilización, sino de la ejecución forzosa de la legalidad que supere el imprescindible juicio de proporcionalidad sobre el conjunto de derechos e intereses legítimos en conflicto.

Y como un infeliz ejemplo, a nuestro juicio, de este empleo inapropiado de la fuerza aunque se justifique en una finalidad loable, encontramos el conflicto abordado en el Auto del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1.979, en respuesta a la querrela que presentara contra el Juez de Guardia un testigo de Jehová que fuera transfundida contra su voluntad, por decisión de aquél. Decía así: *“...En las horas siguientes a la operación el estado (de la intervenida) pareció, a todos los que la visitaron, muy satisfactorio. El médico entrante encargado de la vigilancia del curso pos-operatorio solicitó del marido de aquella una declaración exoneradora de responsabilidad a su favor, por las consecuencias negativas que por la falta de transfusión sanguínea pudieran derivar... (tanto la enferma) como su marido firmaron de buena gana la declaración. A las veintidós horas del mismo día, el marido recibía una llamada que le citaba con urgencia a ponerse en contacto con el Director (de la*

residencia sanitaria) quién le comunicó la necesidad de realizar en la persona de su esposa una transfusión de sangre, a lo que el marido de la misma, en defensa del deseo y derecho de su esposa, objetó. Como a la medianoche del mismo día se presentaron en el Hospital cuatro miembros de la Policía Armada y tres inspectores al mando del inspector Jefe del servicio de noche, que dijo al marido que habían venido con órdenes del Juzgado de Guardia para que ni él ni nadie pusiera impedimento a la práctica de la transfusión. Consultada (la enferma) y conocida de nuevo su rotunda negativa el citado Inspector Jefe recabó de sus superiores instrucciones para proceder, en respuesta de lo que le leyeron el telegrama del Juzgado de Guardia, que dado a conocer al querellante y su esposa decía textualmente que “si el equipo médico considera necesaria la transfusión que actúe de inmediato y si alguien opone resistencia que pase a Comisaría”. A las dos treinta la policía dijo que bajasen a la planta de abajo y una vez en ella (la enferma) sola, entró el policía y ella le dijo “¿cree que estoy en mis facultades mentales plenas?” contestando el policía que “si, pero se ponga como se ponga le van a poner la sangre, porque es una orden del Juez”...Y la transfusión se realizó”<sup>22</sup>. Personalmente, y desde el primer día, que me enfrentara hace mucho tiempo, con este relato sobre unos hechos verídicos, tengo la convicción que la aparición de la coerción en un escenario como el descrito, no queda sanada por la finalidad pretendida. Pero, si es así, resulta impecable que se “reduzca”(es la terminología empleada por la policía, cuando se detiene a quién se resiste violentamente) al sospechoso para obtener de su organismo una muestra de saliva, de pelo, de tejido muerto o incluso de sangre, para comprobar si su ADN es idéntico a los restos orgánicos dejados por el asesino o el agresor sexual del crimen investigado.

En consecuencia, si existe un interés legítimo superior puede producirse un juicio de proporcionalidad favorable a la medida. Interés representado por la gravedad del delito y su repercusión social, junto a los restantes requisitos antes defendidos.

## **2º Por la operatividad de ejecución:**

En este campo, a nuestro juicio, se presentan tres problemas principales:

### **a) La coerción para la ejecución de las diligencias de intervención corporal:**

Esta es la cuestión principal que acompaña tradicionalmente a la problemática de las intervenciones corporales. Si se puede o no practicar las mismas sin el consentimiento del sujeto afectado.

---

<sup>22</sup> A mediados de los noventa tuve ocasión de participar como ponente en un curso monotemático sobre las funciones del Juzgado de Guardia, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, para autoformación de Jueces y Magistrados, y, conocido el texto citado, la mayoría de los cuarenta o cincuenta asistentes, reconocería que ellos seguían adoptando decisiones similares cuando se les planteaba el mismo problema. Creo sinceramente que este porcentaje no habrá disminuido en la actualidad. Como también estoy seguro que gran parte de esa misma mayoría, duda o no acepta que pueda autorizar la extracción de muestras de ADN contra la voluntad del titular. Y estoy absolutamente convencido de su honestidad profesional, en la convicción en ambos casos del cumplimiento de sus deberes de garantes del orden jurídico.

Para dar respuesta a la posible oposición del interesado, se han dado tradicionalmente dos mecanismos a fin de conseguir vencer la resistencia del mismo:

- *La sanción autónoma:* Para tipificar como nuevo delito la negativa a prestarse a realizar la prueba. Es la respuesta dada por nuestro legislador para el delito de alcoholemia, en el caso de negarse a expulsar aire e inyectarlo en el aparato que mide la presencia de alcohol. El artículo 380 castiga con pena de prisión de seis meses a un año esta negativa.

Esta solución de castigar autónomamente la negativa a someterse a una diligencia de intervención, me parece que es la solución adoptada por el legislador francés, el italiano, y en el derecho alemán para el caso de un tercero, que no sea el sospechoso.

El Tribunal Constitucional español no ha tenido duda alguna para admitir el amparo constitucional de esta fórmula, rechazando las cuestiones de inconstitucionalidad que se han planteado por jueces nacionales (vide 161/1997), que se habrán desestimado, en este caso, al tratarse de la organización específica de la circulación vial, cuya competencia legal de regulación la tiene la Administración y su vigilancia por delegación la Policía de Tráfico, se considera razonable que se pueda comprobar en cada momento si el conductor está o no en condiciones de incorporarse a las obligaciones de esa organización, porque está en riesgo la seguridad de los demás conductores como bien superior.

Ahora bien, si se saca de este contexto singular, la aparición de una sanción penal, sobre la conducta resistente de un sospechoso sometido a una investigación penal, no me parece una fórmula suficiente.

En primer lugar, porque siempre le convendrá más cumplir la pena por el delito de negarse, que resultar identificado como autor del delito más grave.

En segundo lugar, no parece razonable que por no poderse demostrar que sea autor de un delito, se le considere autor de otro, que se le adjudica por la propia Administración de Justicia, como sanción de consolación.

- *La vis física:* El empleo de una violencia razonable –la misma que se utiliza para cuando la detención, si se resiste el sospechoso– nos parece coherente, de acuerdo, además, con la habilitación legal que ahora habrá recibido el Juez de Instrucción español, merced a la reciente reforma

Posibilidad esta ya abordada como una de las actuaciones posibles hechas por la Recomendación núm. R (92) I del Consejo de Europa, de 10 de febrero de 1992, en el segundo párrafo de su artículo 4 que dice: “*Cuando el derecho nacional admita la toma de muestras sin el consentimiento del sospechoso, esta intervención se realizará siempre que las circunstancias del caso justifiquen esta actuación*”.

Evidentemente el legislador español no habrá utilizado una terminología tan precisa como exigen algunos para aludir a la posibilidad de utilizar la fuerza física. Son

los mismos quizás, que no pedirán esta precisión a los artículos 487 ó 494 de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal, al autorizar la detención de quién no comparece sin alegar justa causa ante el Juzgado o de quién este incurso de responsabilidades penales. Pero la redacción del nuevo artículo 363, en su segundo párrafo, no deja lugar para la duda, porque, de una parte, menciona y se respalda en el juicio de proporcionalidad, basado en la doctrina del Juez Constitucional, y de otra, realiza una habilitación genérica al Juez para que, realizando ese juicio de proporcionalidad, decida la práctica de “*aquellos actos de inspección, reconocimiento e intervención corporal que resulten adecuados*”. De donde se infiere que no tiene el Juez más limitaciones que los impuestos por ese juicio de proporcionalidad y razonabilidad. Es decir, no queda proscrito el uso de la fuerza, si su empleo supera los tres principios –mas el de razonabilidad- que ya vimos contiene el repetido juicio de proporcionalidad<sup>23</sup>.

Y que el empleo de la fuerza no puede descartarse *a priori* se deduce de ser este el mecanismo límite para todas las decisiones adoptadas en el proceso penal, que actúan sobre su libertad, como derecho fundamental. Porque si a un sospechoso se le detiene, y se resiste, se empleará una fuerza razonable. No entendemos que, su resistencia en otro momento para negarse a que se practique sobre su organismo una diligencia que haya superado el juicio de proporcionalidad, no se recurra, en último extremo, al empleo de una fuerza que sirva tan sólo para lograr por un instante la obtención de una muestra de su saliva, o el corte de un pequeño trozo de uña, o tomar un cabello o una pequeña punción para tomar una muestra de sangre, como supuesto mas grave, puesto que las muestras de su orina, pueden obtenerse con el transcurso de su privación de libertad, manteniéndose aislado.

Este empleo legítimo de la fuerza para la obtención de muestras ha sido admitido ya dentro del escenario europeo, por países como:

Dinamarca, de acuerdo con la Ley 332 de 24 de mayo de 1.989, artículos 792, se pueden tomar muestras corporales respetando los principios de legalidad y de proporcionalidad y no se violen derechos fundamentales del individuo, siempre que existan indicios racionales de sospechas de haber cometido un delito con pena privativa de libertad igual o superior a dieciocho meses.

Noruega, según el artículo 157 del Código Procesal Penal, aprobado en 1 de enero de 1986, para cualquier persona sospechosa de haber cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad. Incluso, en caso de urgencia, la extracción de las muestras podrá autorizarlas el Ministerio Público.

---

<sup>23</sup> Se superan de esta forma las dudas sembradas respecto al empleo válido de la fuerza por sentencias como la de 4 de febrero de 2003, del TS. que negaría tal posibilidad para obtener el ADN de un acusado de asesinato, invocando una doctrina del Tribunal Constitucional –ss.29/11/1984 y 19/02/1992- que ni otorgaron en su caso el amparo, ni tenían por objetivo nuclear tal pronunciamiento sobre el posible empleo de la fuerza, dado que la primera versaba sobre la materia de un despido de la jurisdicción laboral, en el que estaba involucrado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, y la segunda una condena por alcoholemia, basada en la propia confesión del acusado, amén del resultado del test..

Portugal, según los artículos 171 y 172, del Código Procesal, aprobado en 17 de febrero de 1.987, se autoriza la recogida de vestigios y huellas que haya dejado el delito y si alguien se resistiera, podrá ser compelido por decisión de la autoridad judicial competente, respetándose en cualquier caso, la dignidad de la persona y, si fuera posible, el pudor del sometido, ante la presencia judicial y con la compañía de una persona de su confianza. El artículo 61,3c del Código Procesal Penal de este país, regula el deber del imputado para someterse a las diligencias de prueba, entendidas por tanto como *obligaciones procesales*.<sup>24</sup>

En Alemania, desde 1.975, el párrafo 81, a y ss. de la Ley Procesal Penal tiene regulada la toma de muestras de sangre y de otras intervenciones corporales, sin el consentimiento del inculpado e incluso de un tercero. Las resoluciones tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional Federal han sido las fuentes principales para la aportación de la doctrina basada en la *prohibición del exceso* que justificará la extracción de acuerdo con un *juicio sobre la proporcionalidad de la medida en concreto*.

En el Reino Unido de la Gran Bretaña (concretamente en Inglaterra y Gales) puede utilizarse la fuerza física sólo para la obtención de muestras *no íntimas* –artículo 63,1 de la Ley de Policía y Prueba Penal de 1.984, modificado por el artículo 55 de la Ley de 3 de noviembre de 1994, de Justicia Penal y Orden Público). Entendiéndose por tales muestras el pelo –mientras no sea el vello púbico-, un trozo de uña, un frotis de cualquier parte del cuerpo, incluida la boca, pero excluidos otros vasos corporales, la saliva y pisada del pie o huella de cualquier parte del cuerpo a excepción de una parte de la mano.

#### ***b) La “contaminación” en la cadena de recogida de muestras:***

Este es uno de los problemas que deben abordarse con decisión, para evitar que tanto esfuerzo económico y dialéctico se esfume por la inutilidad de unas muestras obtenidas en el lugar del crimen investigado, o en la persona de la víctima o del cadáver, que hereden y transmitan la huella genética de todos los agentes que han intervenido en su recogida, clasificación, traslado y examen, junto con la del posible autor del crimen.

La denuncia no es una anécdota. Mis diez años de experiencia como Juez de Instrucción, me ha llevado a muchos ejemplos de pérdida de huellas mucho menos sensibles que las que estamos tratando. Unas veces, por la carencia de material *ad hoc* en la Comisaría para recoger el material mas sensible depositado en el cuerpo de la víctima de una agresión sexual, otras veces, porque los propios agentes de la policía le han permitido su legítima prisa en ducharse, en otras habrá sido las múltiples y sucesivas huellas de las pisadas depositadas alrededor de la persona fallecida, por quienes se habrán creído investidos de dotes detectivescas, mientras se aguardaba la

---

<sup>24</sup> Fuente : “La prova de l’ADN en el procés penal”, por Juan Miguel Mora Sanchez, en “Bioética i Dret”, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, pag.195, Barcelona 2004.

presencia de la Comisión Judicial o de la policía científica. Cuando no te has encontrado el cadáver ya vestido y velado por sus familiares...son ejemplos habituales del proceso tan frágil que aguarda a las muestras obtenidas por las diligencias mas importantes de las intervenciones corporales.

La propia naturaleza deleznable y difícilmente visible a menudo de las muestras, recomienda la intervención de personal especializado en su tratamiento. Porque no son cómo las "armas" o los "efectos" del delito. Es un material minúsculo, apenas apreciable, pero cuya lectura requiere de una pureza ambiental, para no ser portadores de las herencias recibidas desde su entorno y manipuladores posteriores.

En consecuencia, si se valora la importancia de este tipo de dictámenes para el proceso penal, se deben adoptar no sólo las medidas legislativas que legitiman su empleo, sino además las precauciones necesarias para que no produzcan resultado alguno.

c) La contradicción en el dictamen:

Procede mencionar asimismo las importantes limitaciones del derecho de defensa frente al empleo de estas diligencias de intervención corporal. Un anticipo se puede advertir hoy en día con los juicios sobre alcoholemia. La naturaleza prácticamente de prueba anticipada respecto a la medición operada por los agentes de tráfico con el aparato medidor al acusado, deja muy poco margen de juego para la contradicción. Podrá celebrarse tal resultado. Pero también asaltan las reservas sobre si un modelo similar en situaciones mas graves da respuesta cabal al derecho a un proceso justo, en los términos de razonabilidad que todos esperamos. Porque frente a este tipo de dictámenes periciales representados por los resultados que proporciona el ADN. las posibilidades de contradicción no entran fácilmente. Se puede autorizar la práctica de otro, pero esa decisión resulta muy cara en tiempo y dinero, sin que aparezca justificada por la mera posibilidad de encontrar un error en el primer dictamen.

No creo que sea esta la ocasión de dar respuestas a este problema. Pero sí de advertir la presencia de un factor que tradicionalmente ha venido a legitimar al proceso penal, pero que en el caso de quedar enriquecido por los aportes de este tipo de diligencias probatorias, se empobrece por la ausencia de esa necesaria contradicción. Aunque su conclusión más certera será siempre la exculpatoria, para demostrar que el sujeto portador de esa muestra NO es el que dejara las otras tomadas en el cuerpo de la víctima. Resultando un cálculo de probabilidades cuando resultan coincidentes, con una campo de población similar con índice un tanto enigmático de valorar.

Por ello apuntamos la necesidad de dar acceso a la defensa –exista o no colaboración por el sospechoso- para que obtenga al menos la transparencia necesaria de la cadena de recogida y análisis de la muestra, al objeto de poder rebatir con conocimiento de causa la fiabilidad de los resultados finales. Al menos eso.

**Principales problemas  
planteados en las diligencias  
de intervenciones corporales**

1º Por la naturaleza de los derechos fundamentales afectados:

- *Derecho a no declarar contra sí mismo.*
- *Derechos propios a la detención : libertad, Abogado*
- *Derecho a la intimidad corporal.*
- *Derecho a la integridad física y a no sufrir tratos inhumanos, ni degradantes.*

2º Por la operatividad de su ejecución:

- *El empleo de la fuerza (vis coactiva)*
- *El riesgo de contaminación en la cadena de recogida de las muestras.*
- *La imposibilidad de contradicción real.*

aco  
Dec  
cor  
en la  
coor  
cons  
cust

reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes”.

Todos estos aspectos anuncian esta disposición adicional de la Ley, y estamos a la espera del Real Decreto que regule estos importantísimos parámetros, cuya trascendencia es clave para esta materia.

Llegados a este punto, el almacenamiento y custodia de las muestras se convierten en las auténticas claves para la reflexión de futuro sobre los límites éticos y jurídicos de las diligencias de intervención corporal, y no tanto los aspectos hasta aquí abordados respecto a su origen y validez de presentación para el proceso.

Problemas, que por otra parte, son comunes a la víctima, al sospechoso y a un posible testigo, llegado el caso. Porque todas sus muestras se mantendrán congeladas durante un tiempo indeterminado que puede alcanzar los cincuenta años de su utilidad práctica. Muestras que, aunque no sean portadoras de material codificante (¿cómo disociar uno y otro en las muestras que se obtengan?) con el perfil genético individual son portadoras de un número importantísimo de otros datos de gran interés para familiares, analistas y estudiosos. Incluso para el campo de la industria farmacéutica, para la producción de medicamentos que prevengan determinadas anomalías. No me atrevo a predecir su utilidad. Pero es bastante más que el tradicional fichero en donde echar mano de las fotografías de los delincuentes convictos por delitos similares, para enseñarlas a la víctima al objeto de que reconozca al autor. En este banco de perfiles de ADN, hay información sin duda útil para la investigación de nuevos delitos, pero también más útil para el conocimiento de grupos de población característicos. Una información valiosísima, que estará lógicamente amparada por la legislación protectora de bancos de datos. Pero que no sé si será capaz de resistir las presiones que la tentación de investigar las muestras de perfiles criminales singulares, más allá de la estricta finalidad de la identificación de su autor, para extraer conclusiones que o bien afecten al historial genético familiar del individuo en cuestión o a las características comunes al colectivo criminal acotado. En una palabra, creo que la tentación de hacer servir estas muestras para otros fines ajenos a la justificación de su obtención es tan grande, que es necesaria una serie de medidas que impidan ese empleo distorsionado, por loable que sea su finalidad. Es una autolimitación necesaria para conservar la naturaleza esencialmente garantista del proceso penal.

La importancia de los datos en estas muestras merece, a nuestro juicio, un grado de control cualificado, tal y como promete la disposición adicional portadora de la reforma legislativa que comentamos. Pero habrá que aguardar a la definición que el Ejecutivo vaya a dar a estos trascendentales parámetros.

Para dar una idea de la importancia que puede tener este Banco de datos sobre material de ADN recogido en procesos penales, veamos las cifras que se manejan en el escenario europeo. Tenemos, por ejemplo, para el caso de Francia, en el *Fichier National des empreintes génétiques* (FNAEG), existían depositadas a finales del año 2002, unas ciento treinta mil, de acuerdo con una respuesta del Gobierno francés al senado en mayo del 2003, pese a mantener este banco de datos un sistema de acceso bastante restrictivo y sometido a control judicial. Para la República Federal Alemana, el *Bundeskriminalamt* (BKA), administrado por la Policía Judicial contenía a finales del año 2003 cerca de 310.000 muestras codificadas. Mientras que Gran Bretaña mantiene el fichero más importante de Europa, por la generalidad de su acceso desde la práctica

policial sin otra intervención. Parece que en el año citado alcanzaría más de dos millones de huellas y muestras<sup>25</sup>. Aunque no sé la fiabilidad de estas cifras.

No sé hasta qué punto se habrán tenido en consideración las cautelas y prevenciones establecidas por la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004. Así como la Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, de la UNESCO, del 16 de octubre de 2003, y las 25 Recomendaciones sobre las repercusiones éticas, jurídicas y sociales de los test genéticos, de la Comisión Europea, Bruselas 2004.

En cualquier caso resulta necesario distinguir entre las muestras recogidas con carácter voluntario por los donantes, para fines científicos o estudios de investigación, de las muestras obtenidas en el proceso penal de forma voluntaria o forzosa. Porque las primeras cuentan con un consentimiento válido para la comunidad científica universal. Pero las segundas, tienen una vinculación específica a la investigación del delito para el que se han obtenido, aunque sea voluntariamente. Ello impide, a mi juicio, que puedan utilizarse para otros fines que no sean los de la estrictamente investigación penal de delitos de igual naturaleza y en ningún caso su estudio puede ir más allá que la mera identificación de su autor, para excluir los estudios familiares o de enfermedades genéticas. Y no creo necesario explicar las razones, aunque sería fácil enumerar una batería de ellas. Aunque me temo que es una reflexión tan condenada de antemano, como tratar de poner puertas al bosque.

La importancia de la información que puede obtenerse de las muestras de ADN, se reconoce en el artículo 4 del Proyecto de Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, de 16 de octubre de 2003, dado que :

- Pueden indicar predisposiciones genéticas de los individuos.
- Pueden tener para la familia, comprendida la descendencia, y a veces para todo el grupo al que pertenezca, consecuencias que se perpetúan durante generaciones.
  - Pueden contener información cuya relevancia no se conozca en el momento de extraer las muestras.
- Pueden ser importantes desde el punto de vista cultural para las personas o grupos.

El camino, al parecer, ha sido señalado ya por Austria para promulgar una Ley específica para el almacenamiento y utilización de la información genética.

En el caso de España, creo que en la actualidad existen unos 30 laboratorios que realizan análisis de ADN para procesos penales y que lógicamente mantienen sus bancos de datos propios. El *Instituto Nacional de Toxicología* calcula que entre todos los

---

<sup>25</sup> Fuente : "Preuves Hybrides..." ,op.cit.

bancos se sumaran más de cincuenta mil perfiles genéticos en la actualidad y en una progresión creciente.

Esta dispersión imagino que no va a terminar. Tampoco es necesario. La reciente reforma legal anuncia su mantenimiento. Y a la vez anuncia la necesidad de resolver los principales problemas que conlleva esa pluralidad de operadores para los análisis de ADN y con bancos de datos propios. La necesidad de emplear unos protocolos de confidencialidad comunes, por ejemplo. Así como la exigencia de codificación doble para las muestras y la información derivada de las mismas (Así a las muestras y datos se les asigna un código de identificación adicional cuya custodia se asigna a un tercero, distinto del analista). Deben arbitrarse los procesos de acceso y de intercambio de información. Y asimismo deben establecerse garantías de conservación para que no se destruyan por negligencias o descuidos, con un control de calidad sobre los métodos y el personal cualificado para analizar las muestras.

Son estas y muchas mas, las cuestiones que me atraen para reflexionar sobre este nuevo campo que se ha abierto para la investigación penal, con el empleo de las muestras de ADN.

Sinceramente me hubiera encantado iniciar mi intervención en este punto. Pero ya he abusado de su paciencia y debo dejar la importancia de esta cuestión para la feliz iniciativa de otra ocasión.