

JUEZ Y PASIVIDAD DEL LEGISLADOR. LAS INTERVENCIONES CORPORALES

MARÍA DEL CAMINO VIDAL FUEYO

I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN ORDENADAS POR EL JUEZ PENAL: 1. *La STC 25/2005: breve análisis del objeto del recurso y del contenido de la sentencia.* 2. *La necesaria habilitación legal.*—III. LAS INTERVENCIONES CORPORALES COMO DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN QUE LIMITAN DERECHOS FUNDAMENTALES.—IV. LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA: 1. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* 2. *La doctrina del período transitorio del Tribunal Constitucional Federal alemán.* 3. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo.*—V. LA TEORÍA DE LOS LÍMITES INMANENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, COMO PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD DEL JUEZ: 1. *La necesaria protección de los derechos fundamentales del imputado.* 2. *La labor de ponderación entre derechos fundamentales por parte del juez ordinario.* 3. *El principio de proporcionalidad.* 4. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Los continuos avances técnicos abren un abanico de posibilidades, hasta hace bien poco inimaginables, en la comprobación de los hechos delictivos y en la identificación del sujeto o sujetos implicados en su comisión. No es sólo que la actividad indagatoria se vea notablemente facilitada, sino que, en muchas ocasiones, esas innovadoras prácticas pueden convertirse en la única fuente de conocimiento judicial.

El campo de los análisis biológicos es una de las áreas científicas más representativas, aunque no la única, de esos nuevos instrumentos que facilitan la instrucción de las causas penales. Pensemos, por ejemplo, en el descubrimiento en la escena del crimen de restos de sangre, cabellos u otras sustancias corporales y su eventual coincidencia —que ha de comprobarse—, con el

grupo sanguíneo o el perfil de ADN del sospechoso; o en aquellos supuestos en que la paternidad puede ser un dato relevante en la identificación del tipo delictivo (1). Es evidente que un mero análisis comparativo de una muestra de la sustancia corporal de que se trate nos aportará respuestas de una fiabilidad incuestionable, acercándonos, en definitiva, a esa verdad que, aunque formalizada, se presenta como fin primordial de todo proceso (2).

En tales circunstancias, el imputado, sujeto pasivo del proceso, pasa a convertirse en *objeto de la prueba*, puesto que el acto de investigación recaerá sobre su propio cuerpo. Son las llamadas *intervenciones corporales*, cuya realización plantea no pocos problemas jurídicos derivados de la falta de una expresa y concreta previsión legal.

En realidad, no hay problema si el imputado consiente en la práctica de esa diligencia, pero la cosa cambia cuando se desatiende el requerimiento, invocando la vulneración de derechos fundamentales tales como el derecho a la integridad física (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18 CE), o el derecho a no declarar contra si mismo (art. 24.2 CE).

Teniendo en cuenta que el resultado de la prueba puede ser determinante para la resolución del caso, el juez, en esa tesitura y careciendo de la debida habilitación legal, afronta un importante dilema, que profundiza en la inevitable tensión dentro del proceso penal entre un interés público, en este caso el que reside en la persecución del delito, y el ejercicio de determinados derechos fundamentales de la persona.

(1) Aunque este último aspecto puede tener mayor proyección en el orden civil, no podemos minusvalorar su importancia en el marco de un proceso penal. Así, y sin traer a colación más que de alguno de los ejemplos que brinda la legislación penal, podemos referir aquellos supuestos en que la vinculación de parentesco lleva consigo determinados efectos penales, como en orden a apreciar la comisión de uno de los ilícitos de alteración de la paternidad, estado o condición del menor, regulados en el Capítulo II del Título XII del Código Penal; o para aplicar la circunstancia mixta modificativa de la responsabilidad, prevista en el art. 23; o la agravante en los delitos de agresión o abuso sexual, de los números cuarto del art. 180 y primero del art. 182; o cuando la sentencia deba pronunciarse acerca de la filiación y fijación de alimentos a causa de la paternidad sobrevenida como consecuencia de la comisión de un delito de agresión, como se prescribe en el art. 193, todos ellos del Texto Sustantivo Penal.

(2) Suscribimos las conclusiones de Hassemer cuando afirma que el fin del proceso no es otro sino «la obtención formalizada de la verdad». W. HASSEMER: *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 190. Esa «verdad forense», que alcanza su punto culminante en la sentencia, se manifiesta parcialmente en sucesivos pronunciamientos judiciales (auto de procesamiento o de imputación, de prisión provisional, ...), como producto del conocimiento sesgado de los hechos acontecidos a lo largo de todo el proceso, a través de las diligencias de investigación practicadas durante la instrucción de la causa y, por lo que a la resolución final del conflicto atañe, de los medios de prueba.

Sin olvidar que cuando el juez penal ejercita el *ius puniendi*, en representación del Estado, está sometido al principio de legalidad, que constituye el más importante freno a hipotéticos abusos o arbitrariedades en una materia tan delicada como es la restricción de derechos fundamentales, sorprende la actitud pasiva del legislador, suponemos plenamente consciente de las posibilidades que encierran estos avances científicos, pero, no obstante, remiso a concretar las exigencias procesales que han de cumplirse para que el juez penal pueda ordenar una intervención corporal determinada.

Aunque, como se verá, no estamos propiamente ante una injerencia física como las relatadas, la reciente STC 25/2005, de 14 de febrero, nos ha de servir para poner de relieve el importante problema constitucional que late tras determinadas diligencias de investigación que limitan derechos fundamentales: la falta de suficiente cobertura legal.

II. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN ORDENADAS POR EL JUEZ PENAL

1. *La STC 25/2005: breve análisis del objeto del recurso y del contenido de la sentencia*

El recurso de amparo se dirige contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que condena a un menor como autor responsable de un delito de homicidio por imprudencia grave, al arrollar con su motocicleta a un peatón que fallece a consecuencia del accidente (3). La sentencia consideró probado que el joven (al que sólo faltaba un mes para cumplir la mayoría de edad) circulaba a una velocidad «excesiva» y «bajo la influencia del alcohol». Los demandantes en amparo son los padres del menor, al haber fallecido éste.

Los hechos que llevaron al planteamiento de la demanda fueron como a continuación se relata. Tras el accidente, el menor es ingresado en un centro hospitalario con múltiples lesiones y, dentro del amplio conjunto de pruebas médicas a las que es sometido con fines exclusivamente curativos, se le practica un análisis de sangre que revela una importante presencia de alcohol. Durante la instrucción de la causa, el juez solicita y obtiene del hospital el historial clínico del procesado en el que consta, entre otros datos, el ya señalado del alto grado de concentración de alcohol en sangre. Pues bien, aquí se

(3) Sentencia de 12 de marzo de 2001 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.

encuentra la causa principal del recurso de amparo pues el Instructor requiere esta información mediante providencia, sin ningún tipo de motivación.

Los demandantes en amparo aducen que esta diligencia pericial acordada por el Juez ha supuesto una vulneración del derecho fundamental a la integridad física del menor (art. 15 CE), así como a la intimidad corporal y a la intimidad en un sentido amplio (ambos derivados del art. 18.1 CE). De este modo, consideran que la analítica facilitada por el hospital habría de calificarse como prueba nula y, en consecuencia, también se vulneraría el derecho a la presunción de inocencia del menor (art. 24.2 CE).

Se trata, en definitiva, de un caso típico de diligencia de investigación, ordenada por el juez en el seno de un proceso penal, que va incidir en el contenido de algún derecho fundamental del procesado. Al margen de otras interesantes cuestiones jurídicas que se suscitan en esta sentencia, centraremos nuestra atención exclusivamente en este punto.

Una vez examinadas las alegaciones de los recurrentes en amparo, el Tribunal Constitucional rechaza sus argumentos en cuanto a la supuesta vulneración del derecho a la integridad física y, otro tanto se sigue en cuanto al derecho a la intimidad corporal con base en las mismas razones: la extracción de sangre no se llevó a cabo como una medida policial o judicial contraria a la voluntad del imputado, sino en el ámbito hospitalario, con una finalidad exclusivamente terapéutica; y, de hecho, apunta el Tribunal, en ningún momento se aduce en la demanda que la extracción y posterior analítica se realizaran sin el consentimiento del paciente o de sus padres.

Por el contrario, el Tribunal aclara que sí podría darse una lesión del derecho a la intimidad personal en sentido amplio, que vendría causada no por el hecho en sí de la extracción de sangre, sino por la información íntima o personal del sujeto que se puede obtener a partir de dicho análisis. Aquí se centra el grueso de su argumentación, y tras recordar que los derechos fundamentales no son absolutos, reproduce los requisitos que «conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, que resultan rigurosamente aplicables: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ. 4)» (FJ. 6.º).

Llegados a este punto, me gustaría hacer dos incisos. En primer lugar, llama la atención que los argumentos en los que el Tribunal se apoya para afirmar que no existe vulneración del derecho integridad física —el hecho de que la extracción de sangre y la posterior analítica se realizaran con una finalidad terapéutica y de forma voluntaria en el ámbito hospitalario (FJ. 6)—, son los mismos que utiliza para descartar la violación del derecho a la *intimidad*

corporal. Sin embargo, y en mi opinión, las razones son de distinta índole en lo que a la violación de este último derecho se refiere, pues en este caso no hay ningún atisbo de posible violación del derecho a la intimidad corporal a tenor de la doctrina del TC desde la Sentencia 37/1989, que viene a identificar su contenido con determinadas partes del cuerpo humano asociadas por la cultura imperante al sentido del pudor: «el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano (...) de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se opera o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen violación del pudor o recato de la persona» (STC 37/1989, FJ. 7.º; reiterado en las SSTC 120/1990; 137/1990; 57/1994; 207/1997, FJ. 3.º; y 204/2000, entre otras). Por ello, creo que una extracción de sangre, que sí se puede calificar como «intervención corporal leve», es difícil que pueda suponer una injerencia en el derecho a la *intimidad corporal*, cosa distinta es, como indica el TC, que los datos que de dicho análisis se obtengan puedan incidir en el derecho a la intimidad en sentido amplio.

El segundo inciso tiene que ver con el hecho de que el Tribunal Constitucional incorpore el requisito de la *necesaria previsión legal* como parte integrante del principio de proporcionalidad, fundiendo dos garantías, ambas imprescindible y complementarias, pero que juegan un diferente papel. La expresa previsión legal de toda medida limitadora de derechos fundamentales deriva, entre otros, del art. 53.1 CE que, además de recordar la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, consagra una garantía que impide que normas infralegales ordenen el contenido de los mismos y «limita la libre creación de Derecho por el Poder Judicial» (4). Constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales, seguridad jurídica que se viene caracterizando como una suma de legalidad y certeza (STC 27/81, FJ. 10).

Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una naturaleza sustantiva, está íntimamente ligado a la noción de justicia material, aunque se encuentra suficientemente articulado como para constituir un importante parámetro de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando la actuación de éstos recae sobre el ejercicio de derechos fundamentales, porque la proporcionalidad se consagra como criterio ponde-

(4) J. JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 46 y sigs.

rativo, como criterio que se identifica con lo razonable (5). De ahí que, el principio de proporcionalidad sea tanto una técnica de control de los límites de los derechos contenidos en la ley, como una técnica de control del juez cuando aplica dicha ley limitadora de derechos, quien mediante una resolución especialmente motivada, habrá de justificar que la medida es idónea, necesaria y proporcionada en relación con el caso concreto del que está conociendo.

En cualquier caso, forme o no parte integrante del principio de proporcionalidad, la necesaria previsión legal de la medida limitadora del derecho conforma para el Tribunal Constitucional un requisito formal imprescindible, aunque no suficiente, para calificar la diligencia como constitucional.

Por ello, volviendo a la sentencia que nos ocupa, parece que no tiene mucho sentido buscar argumentos que avalen la razonabilidad de la medida, si no existe una ley que le habilite a ordenarla. Sin embargo, el Tribunal Constitucional invierte los términos del razonamiento y comienza analizando si el sacrificio del derecho fundamental se realizó con una justificación constitucional objetiva y razonable. Una vez que encuentra una respuesta afirmativa busca, como se verá a continuación, una cobertura legal a dicha actuación judicial.

2. *La necesaria habilitación legal*

En efecto, para el Tribunal Constitucional el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal «son causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal» o, como ahora es el caso, «la obtención

(5) Desde sus primeras resoluciones (STC 62/1982), el Tribunal Constitucional ha consagrado el principio de proporcionalidad como un principio que puede inferirse a través de distintos preceptos constitucionales, así en la STC 49/1999 lo deriva de la proclamación constitucional del Estado de Derecho en el art. 1.1 CE, y de la remisión del art. 10.2 CE a los arts. 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas. En la STC 55/1996, señala que «el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales», y así lo ha venido reconociendo en numerosas sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982; 66/1985; 19/1988; 85/1992 y 50/1995). Encontramos pronunciamientos en los que el principio de proporcionalidad se deriva del valor justicia (SSTC 160/1987, 50/1995 y 173/1995), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988 y 50/1995), o de la dignidad de la persona (STC 160/1987).

de una información en principio reservada a la acción y conocimiento de los demás» (STC 25/2004, apartado *a* del FJ. 6.º).

Hecha esta afirmación, busca la habilitación legal necesaria para la práctica de estas medidas y, por tanto, para la incorporación al proceso de sus resultados (apartado *b* del FJ. 6.º), y la encuentra en unos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 339 y 334.1) manifiestamente imprecisos y que, como indica el voto particular (6), no contienen «la previsión legal específica necesaria para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física», pues «no es una mera habilitación legal genérica la que demanda constitucionalmente la restricción judicial de derechos fundamentales, sino la expresa y concreta previsión de tal restricción». Postura que comparto, no sólo por la imprecisión de los preceptos, sino también porque seguramente estamos ante un supuesto (límite impuesto por la ley al ejercicio de derechos fundamentales de la Sección Primera, del Capítulo Segundo, del Título Primero) en el que la Ley Orgánica resulta preceptiva.

De hecho, y desde hace años, la doctrina procesalista viene denunciando esta falta de previsión legal y, consecuentemente, deslegitimando la ordenación y ejecución de las intervenciones corporales practicadas en el procedimiento penal (7). Esta falta de regulación se ha venido supliendo a través de

(6) Voto particular concurrente que formula la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde respecto de la STC 25/2005, de 14 de febrero, al que se adhiere el Magistrado don Manuel Aragón Reyes.

(7) Así, N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO considera inadmisibles, desde un punto de vista constitucional, este tipo de intervenciones mientras no estén reguladas legalmente, afirmando que la ley procesal que recoja medidas restrictivas de derechos fundamentales, ha de reunir los mismos requisitos que los exigidos por el principio de legalidad penal, derivados del art. 25 CE: *ley scripta, stricta y praevia* (en: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, págs. 78 y 305); En igual sentido se manifiestan: M. FORCADA JORDI: «Las inspecciones o registros sobre la propia persona», *Revista Jurídica Española La Ley*, octubre, 1990, pág. 990; E. MONER MUÑOZ: «Las intervenciones corporales», *Cuadernos de Derecho judicial. La restricción de los derechos fundamentales de la persona*, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 171; A. GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, 1995, pág. 60. M. I. HUERTAS MARTÍN: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 183 y sigs.; J. F. ETXEBERRIA GURIDI: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, págs. 95 y sigs.; DÍEZ CABIALE: *La admisión y la práctica de la prueba en el proceso penal*, Premio Poder Judicial 1992, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 141; F. ORTEGA PÉREZ: «Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal», *La ley*, núm. 6049, año 2004; sólo voces aisladas consideran que, aunque resulta conveniente, la ausencia de ley no es óbice para llevar a cabo la medida (*cf.*: J. A. VARELA AGRELO: «El cuerpo humano como medio de prueba; en especial las intervenciones corporales», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, 1996, núm. 1776, pág. 28).

una interpretación analógica y extensiva de lo regulado, de forma genérica, para los informes periciales en los arts. 339 y 478 LECrim (8), tal y como se desprende de la Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado (9). Sin embargo, los informes periciales a que se dedican estos artículos en ningún momento hacen referencia a la restricción de derechos fundamentales, y la técnica de la interpretación analógica para consentir límites en el contenido de los derechos fundamentales es inadmisibles.

Por lo que se refiere a los arts. 339 y 334 LECrim. mencionados expresamente en la STC 25/2004, que ahora nos ocupa, se trata de preceptos que se inscriben dentro de las reglas generales para la comprobación de los hechos en relación con el cuerpo del delito, «entendiendo por tal las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida» (art. 334 LECrim.). Pero, desde luego, no autorizan al Juez Instructor para ordenar la extracción coactiva de elementos del cuerpo del imputado ni, como en este caso, para solicitar de un hospital unas pruebas médicas que se realizaron con fines exclusivamente curativos, y cuyo contenido afecta al derecho a la intimidad del imputado. De manera que carece de la especificidad que requiere la regulación de esta materia (10).

(8) Art. 399: «Cuando un Juez considere conveniente el examen del procesado en el lugar de los hechos acerca de los cuales deba ser examinado o ante las personas o cosas con ellas relacionadas, se observará lo dispuesto en el art. 438». El art. 438 dispone: «El juez instructor podrá mandar que se conduzca al testigo al lugar en que hubieren ocurrido los hechos, y examinarle allí o poner a su presencia los objetos sobre que hubiere de versar la declaración. En este último caso, podrá el juez instructor poner a presencia de testigos dichos objetos, solos o mezclados con otros semejantes, adoptando además todas las medidas que su prudencia le sugiera para mayor exactitud de la declaración»; y el art. 478: «El informe pericial comprenderá, si fuere posible: 1.º descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle. El secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los recurrentes; 2.º relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que la anterior; y 3.º las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte».

(9) *Sobre la posibilidad de que exista un delito de desobediencia en relación con la negativa de las personas posibles portadoras de drogas, a ser objeto de reconocimiento*, BIMJ, núm. 1.518, de 15 de febrero de 1989, págs. 907 y sigs., y que considera equivalente el reconocimiento radiológico a una pericia como el test de alcoholemia. En cualquier caso, la Fiscalía General del Estado considera que los arts. 339 y 478.1 LECr., darían cobertura legal a las intervenciones corporales, de manera que «la negativa injustificada de la persona así requerida a ese mandato, constituye, en línea de principio, el núcleo del delito de desobediencia».

(10) El TC, en la STC 25/2004, también trae a colación como apoyo legal para requerir el historial clínico del imputado, la obligación de todos los conductores de vehículos de motor de

No obstante, la mayoría de los miembros de la Sala Primera del Tribunal Constitucional consideran que los preceptos mencionados constituyen habilitación legislativa suficiente y además, afirman que la solicitud por parte del juez de instrucción de los análisis de sangre al centro hospitalario:

a) «era idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 CEDH), esto es, que servía objetivamente para determinar los hechos que constituían el objeto del proceso penal»;

b) «era necesaria a tal fin, esto es, que no existían otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, fueran igualmente aptas para conseguir dicho fin»; y,

c) «que el sacrificio que imponía de tales derechos no resultaba desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes» (FJ. 6.º).

En suma, la incorporación del historial clínico al proceso supera, en opinión del Tribunal, un riguroso test de proporcionalidad. Sin embargo, no se cumple un último requisito: la resolución motivada. El juez requirió dicha información sin ningún tipo de motivación, sin plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido, y esta falta de justificación expresa ocasiona la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo. Por este exclusivo motivo, el Tribunal estima que esta prueba pericial es nula de pleno derecho, «al haberse practicado con clara conculcación del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE)» (FJ. 7.º).

Sin perjuicio de lo anterior el TC no considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del condenado (art. 24.2 CE), al existir otras pruebas de cargo en relación con la ingesta de alcohol, cuya validez no ha puesto en duda el demandante (11). En suma, que la prueba considerada nula «no resul-

someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol, prevista en los arts. 12 y 65 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto-legislativo 339/1990, de 2 de marzo. Pero como el mismo voto particular indica, esta habilitación legal en ningún momento fue invocada por la autoridad judicial actuante y, en cualquier caso, «debe descartarse que de la obligación de los conductores de vehículos de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol (art. 12.2) se infiera una autorización legal suficiente para que los órganos judiciales puedan proceder a una extracción no consentida de sangre o al análisis no consentido de una muestra ya extraída».

(11) Pruebas como la declaración del propio acusado; las declaraciones de los agentes de la Ertzaina que realizaron informes técnicos sobre los hechos; las de los agentes del mismo Cuerpo y las de los miembros de la Cruz Roja que comparecieron en el lugar de los hechos inmediatamente después de sucedidos; las de los testigos que estuvieron en el lugar de los hechos; las de

tó indispensable ni determinante para el fallo de culpabilidad» (FJ. 7.º) (12), lo que, en mi opinión, encierra una cierta contradicción con el FJ. 6.º, donde se calificaba la diligencia de investigación como idónea, *necesaria*, y proporcionada. Y es que al haber sido analizada *in abstracto* por el Tribunal, desconocemos si, cuando fue acordada por el instructor, éste ya disponía de otros elementos de convicción para acreditar la previa ingestión de alcohol por parte del acusado, elementos que a la postre resultaron suficientes, a juicio del TC, para enervar la presunción de inocencia.

III. LAS INTERVENCIONES CORPORALES COMO DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN QUE LIMITAN DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ya se adelantó, el principal interés de esta sentencia (aunque no tiene como objeto una intervención corporal directa) radica en que coloca sobre la mesa de la Sala primera del Tribunal Constitucional, fundadas dudas sobre la constitucionalidad de determinados medios de prueba practicados por el juez penal durante la instrucción de la causa y que, sin estar previstos por el legislador, suponen una injerencia, más o menos intensa, en el contenido de algunos derecho fundamental del imputado.

En este caso existían otras pruebas de cargo para sustentar la responsabilidad criminal del acusado, pero son muchos los supuestos en los que la prueba incriminatoria resulta débil, como ocurre cuando ésta se sustenta sólo en la declaración de la víctima, o en simples elementos indiciarios. Es entonces cuando, si se dispone de restos biológicos hallados en la escena del crimen, la identificación de un agresor y su consiguiente persecución penal, puede ser una tarea relativamente fácil. De hecho se habla de una revolución en el mundo procesal de las pruebas.

Por poner un ejemplo que a todos nos resulta conocido por su repercusión en los medios de comunicación, fueron pruebas de ADN las que facilitaron la resolución policial del «caso Wanninkhof» y del «crimen de Coín» gracias a la demostración de la coincidencia de la llamada «huella genética» del impu-

otros testigos que aportaron diversos datos sobre la persona del posteriormente fallecido; las de dos testigos que estuvieron con el acusado justamente antes de que éste tomara el ciclomotor y se marchara, etc.

(12) En consecuencia, aunque se produce una violación del derecho a la intimidad del hijo de los recurrentes, y en ese sentido se estima el amparo y se declara la prueba inválida, no procede la declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada, ni procede acordar la retroacción de las actuaciones para dictar una nueva sentencia.

tado, obtenida a través de los restos de saliva descubiertos en dos colillas de cigarrillos de una misma marca que los investigadores hallaron en los lugares donde se cometieron ambos delitos, y ello a pesar de que habían transcurrido cuatro años (13).

Pues bien, este tipo de diligencias de investigación ordenadas por el juez penal, calificadas como *intervenciones corporales*, aunque aportan respuestas de una fiabilidad incuestionable no están previstas expresamente y de una forma detallada por el legislador (como tampoco lo estaba la diligencia objeto de recurso en la STC 25/2005), de manera que se plantea un importante problema constitucional cuando, siendo el resultado de esa prueba determinante para la resolución del caso, el imputado se niega a su práctica invocando la vulneración de derechos fundamentales.

El nuevo párrafo añadido al art. 363 LECrim, por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, aunque no cambia radicalmente los términos del problema, sí mejora en parte la situación de vacío legal que vengo señalando, cuando dispone: «Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad».

Y digo que sólo mejora en parte la situación, porque se refiere exclusivamente a intervenciones corporales con un fin muy específico: la determinación del «perfil de ADN» del sospechoso, pero no habilitaría para otro tipo de pruebas como las psicométricas, los rayos x, el narcoanálisis, las exploraciones anales o vaginales o, en definitiva, la extracción de sangre con una finalidad distinta a la de conocer el perfil de ADN.

Además, es dudoso que los términos en lo que está redactado el precepto (que, en realidad, se limita a exigir del juez, de forma genérica, el cumplimiento del principio de proporcionalidad), cumplan por sí solos las exigencias de claridad y *previsibilidad* exigidas por el Tribunal Europeo de derechos Humanos, puestas de manifiesto en las SSTEDH Valenzuela Contreras, de 30 de julio de 1988, y Prado Bugallo, de 18 de febrero de 2003, sobre las que se

(13) Vid., F. ORTEGA PÉREZ: «Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal», *La ley*, núm. 6049, año 2004. En relación con las pruebas biológicas, véase también: J. A. CHOCLÁN MONTALVO: «Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de los delitos contra la libertad sexual», *La Ley*, 1994-3, págs. 815 y sigs., y A. GIL HERNÁNDEZ: «La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal», *Actualidad Penal*, núm. 44, 1996, XLVIII, págs. 873 y sigs.

volverá más adelante, pues ni se concretan cuáles han de ser las «acreditadas razones» que justifiquen la medida, ni los «actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal» que resultan legítimos. Por último, no tiene valor de ley orgánica, y no prevé las consecuencias jurídicas de la eventual negativa del sospechoso a someterse a la prueba (14).

IV. LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

1. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Nuestro Intérprete Supremo, desde sus primeros pronunciamientos relacionados con esta materia, ha sido claro a la hora de exigir la *expresa previsión legislativa* para que un juez pueda ordenar una diligencia de investigación que, de alguna manera, incida en el contenido de un derecho fundamental.

Así, en el supuesto de la negativa a someterse a una exploración ginecológica (medida ordenada por el juez ante la sospecha de la posible comisión de un delito de aborto, STC 37/1989), el Tribunal Constitucional declaró que la limitación del derecho a la intimidad corporal sólo podría producirse «con fundamento en una inexcusable previsión legislativa» (FJ. 7), que en aquel caso entendió existente en los artículos 399 y 478 LECrim, los cuales, como ya se indicó, se refieren a los informes periciales en general, pero que en ningún momento permiten la restricción de derechos fundamentales. De

(14) Como tampoco la nueva redacción del art. 778 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, producto de la Ley Ordinaria 38/2002, de 24 de octubre, en particular su inciso tercero, lo hizo en su momento («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 le señale»), por razones muy similares. En primer lugar, porque este precepto se contiene en una ley ordinaria y no orgánica, que sería lo preceptivo cuando de lo que se trata es de limitar el ejercicio de un derecho fundamental. En segundo, por la propia ubicación de la norma, entre las que fijan las particularidades de la instrucción de la causa en el procedimiento abreviado (Capítulo tercero, Título II del Libro IV, bajo la rúbrica «Diligencias Previas») y, en concreto, la realización de los informes periciales en este marco ritual; circunstancia que no se armoniza con el presumible establecimiento de una regla de general aplicación, puesto que esta materia se encuentra regulada en otra parte del articulado de la LECrim. (Títulos IV y V del Libro II). Y, en tercer y último lugar, por la vaguedad e indeterminación de la norma en cuestión, al no establecer claramente ni sobre quién o sobre qué podría llevarse a cabo la eventual toma de muestras, ni cuál sería el objeto de esta diligencia (el texto es poco esclarecedor: «facilitar la mejor calificación del hecho»), lo que hace a este precepto inadecuado para regular un extremo de semejante alcance.

hecho, el propio Tribunal Constitucional afirma, textualmente, que se trata de «habilitaciones legislativas que no darían base legítima —por su carácter genérico e indeterminado— a una actuación policial, pero que sí pueden prestar fundamento a la resolución judicial» (FJ. 8.º).

En esta sentencia el Tribunal no pone especial atención en el contenido de la norma limitadora de derechos —a la que no tiene ningún reparo en calificar de *genérica e indeterminada*—, sino que va a centrar todo su interés en la correcta aplicación del principio de proporcionalidad por parte del juez, quien deberá ponderar razonadamente la gravedad de la intromisión que la diligencia de investigación comporta, y el carácter imprescindible de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*. Finalmente, puesto que el mandato judicial para que la actora se sometiera a un examen médico-forense se realizó mediante providencia (que como corresponde por lo general a su forma, es una resolución inmotivada), el Tribunal estima en este punto el amparo, al tratarse de una decisión judicial «ajena a toda ponderación de la necesidad de la medida, y de su proporcionalidad, por referencia al derecho que tan gravemente se acordó limitar» (FJ. 8.º).

Con posterioridad a este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional resuelve diversos recursos de amparo relativos a intervenciones corporales realizadas en el ámbito penitenciario, o en el proceso civil (15), pero tenemos que esperar a la Sentencia 207/1996, para encontrar un fallo sobre la legitimidad de una intervención corporal ordenada en el seno de un proceso penal (16). En este supuesto el juez, a través de un auto, ordena como prueba pericial que el imputado acceda a que el médico forense le corte cabellos de diferentes partes de la cabeza, así como la totalidad del vello de las axilas, para determinar si era consumidor habitual u ocasional de cocaína. Éste se niega, y recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando que dicha prueba supone una violación de su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE). El Tribunal admite a trámite la demanda y sugiere de oficio, la posible violación del derecho a la integridad física (art. 15 CE).

Una vez constatado que la intervención corporal objeto del recurso incide en los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal, el Tribunal recuerda (FJ. 3.º) que la medida limitativa del derecho fundamental ha de estar prevista por la ley y, en este caso, reconoce expresamente que la

(15) SSTC 120/1990, 137/1990, 11/1991, 7/94, 35/1996.

(16) El imputado es el Jefe del Grupo de la Policía Judicial de la Guardia Civil de la localidad de Roquetas de Mar, al que se le acusa de otorgar protección a algunas personas relacionadas con el tráfico de estupefacientes quienes, en pago, le hacían entrega de cierta cantidad de cocaína, y en consecuencia, se le acusa de un *delito de cohecho y otro contra la salud pública*.

decisión judicial que obliga al recurrente a someterse a un rasurado del cabello, no encuentra apoyo en ningún precepto legal (FJ. 4.º). En buena lógica, esta afirmación debería resultar suficiente para dictar sentencia y estimar el amparo, siendo ya innecesario someter la diligencia consistente en una intervención corporal (supuestamente ya inconstitucional por falta de previsión legal) al test de proporcionalidad. Sin embargo, el grueso de este pronunciamiento se centra en examinar si el sacrificio de tales derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable, para lo que trae a colación los requisitos que «conforman la doctrina sobre la proporcionalidad» (FJ. 4.º). Finalmente, se estima que esta medida no resulta objetivamente imprescindible para acreditar la comisión de los hechos delictivos por el imputado, pues el que fuera o no consumidor habitual de cocaína poco tenía que ver con los delitos por los que había sido procesado (FJ. 6.º). Es decir, la intervención corporal no supera un juicio de proporcionalidad.

Una duda flota en el aire tras la lectura de esta sentencia: si la medida hubiese superado el test de proporcionalidad a la que es sometida ¿se hubiera considerado constitucionalmente admisible pese a la falta de cobertura legal? La pregunta nace de la línea argumentativa del Tribunal, que dedica varios folios al análisis del principio de proporcionalidad a pesar de que ha constatado la falta de previsión legislativa. Y encuentra, en mi opinión, respuesta a la luz de la jurisprudencia constitucional en materia de intervención de las comunicaciones (otro claro ejemplo de diligencia de investigación que limita derechos fundamentales) que abre la STC 49/1999 (dictada por el Pleno), donde se afirma que la insuficiencia de la ley en materia de intervención telefónica «no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención» (FJ. 5.º). En efecto, continúa el Tribunal, si pese a la inexistencia de una ley que satisfaga las exigencias constitucionales de seguridad jurídica «*los órganos judiciales a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas*» (FJ. 5.º) (17).

(17) Vid. el comentario que hace al respecto J. MATIA PORTILLA: «Legislación, derechos fundamentales y proceso (comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, enero-abril 2000, quien considera sorprendente este pronun-

Línea jurisprudencial que se mantiene hasta la actualidad como se deduce, entre otras, de la STC 184/03 (Pleno), que tras reconocer la vaguedad e indeterminación de la ley en lo que a la intervención de las comunicaciones se refiere (FJ. 5.º), y tras afirmar rotundamente que «la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por ley en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales» (FJ. 6.º), le otorga a la actuación judicial un papel que podríamos calificar como «sanador» de las carencias de la ley (FJ. 6.º, *in fine*), reproduciendo la doctrina de la STC 49/1999 a la que me he referido en el párrafo anterior y, en consecuencia, centrando el grueso de su argumentación en la comprobación de la correcta aplicación del principio de proporcionalidad por el juez ordinario.

En mi opinión, esta doctrina subyace, aunque en ningún momento se exterioriza, en la propia STC 25/2004, que analizamos anteriormente, pues la falta de claridad, de previsibilidad, de concreción de los preceptos legales que se invocan es tan patente (como pone de manifiesto el voto particular), que es difícil pensar que quienes firman la sentencia están convencidos de que se cumple el requisito de «la inexcusable previsión legislativa». Más bien parece que se «pasa de puntillas» por este requisito, para buscar una fundamentación suficiente de la actuación judicial aplicando el canon de proporcionalidad, en pro del interés público que reside en la investigación de un delito.

Es perfectamente constatable que el Tribunal Constitucional, en las sentencias que han abordado el tema que nos ocupa, si bien parte, en sede teórica, de la necesaria habilitación legal, invocando preceptos que de forma vaga, imprecisa y, en ocasiones abiertamente inapropiada, sirvan de fundamento formal a la intervención corporal cuestionada, termina basando toda su argumentación en la correcta o incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad por parte del juez que ordena la medida (18).

ciamiento por varias razones «la primera, y más relevante, porque si se afirma que la actuación judicial no estaba ordenada por una Ley de suficiente calidad, parece claro que la lesión constitucional se ha producido en todo caso, con independencia del sujeto que la haya causado (...)» (pág. 265). También resulta muy ilustrativo el estudio de J. F. ETXEBERRÍA GURIDI: «La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (a propósito de la STC 49/1999, de 5 de abril)», *La Ley*, núm. 4919, 1999. La STC 49/1999 cuenta con dos votos particulares, siendo de destacar las argumentaciones que en uno de ellos aporta el Magistrado D. Pedro Cruz Villalón, para quien la vulneración del derecho «la produce ya la sola deficiencia de la ley, sin que sea necesario, para confirmar dicha vulneración, el examen y valoración que se hace en la sentencia de la actuación judicial».

(18) Esta misma forma de argumentar la encontramos en otros pronunciamientos relativos a «intervenciones corporales» realizadas en ámbitos distintos al proceso penal. Así, por ejemplo,

En otras palabras, mientras nuestro Tribunal Constitucional sostiene taxativamente la inexcusable previsión legal de toda medida limitativa de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), simultáneamente, advertido de la crisis que podría suscitar, intenta salvar la desidia del legislador con el buen hacer jurisprudencial. En mi opinión, la incoherencia reside en que, o bien la existencia de ley es determinante por razones de seguridad jurídica, lo que excluye todo razonamiento posterior; o bien, se puede suplir mediante una sólida jurisprudencia basada en el principio de proporcionalidad, en cuyo caso habrá que encontrar algún tipo de justificación jurídica para no vaciar de contenido la importante garantía prevista en el art. 53.1 CE.

2. *La doctrina del período transitorio del Tribunal Constitucional Federal alemán*

El Tribunal Constitucional Alemán soluciona drásticamente el problema con la doctrina del *período transitorio* (*Übergangszeit*; también calificado como *Übergangsfrist*). Este Tribunal, tras constatar que el legislador no ha previsto de forma expresa y detallada una determinada restricción en el contenido de un derecho fundamental, insta al legislador para que llene el vacío con la mayor celeridad posible (en ocasiones le fija una fecha tope para realizar el encargo), considerando excepcionalmente admisibles aquellas injerencias, aunque tan sólo durante ese período y siempre que se cumplan unos rigurosos requisitos. El Alto Tribunal Alemán utiliza sin complejos la doctrina del *período transitorio* en pro de la *indispensabilidad* (*Unerlässlichkeit*) de la medida con el fin de evitar la *incapacidad funcional* (*Funktionsunfähigkeit*) de las instituciones estatales (19).

en la STC 120/1990 se plantea la licitud constitucional de una resolución judicial que ordena a la administración penitenciaria alimentar de forma forzosa vía parenteral (claro ejemplo de intervención corporal) a reclusos en huelga de hambre, y como habilitación legal se invoca un precepto tan general e inconcreto como el art. 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (de hecho el voto particular formulado por Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer pone de manifiesto la ausencia de norma legal que autorice dicha intervención). Una vez más, el TC invoca la necesidad de un precepto legal habilitante, lo encuentra en un artículo manifiestamente impreciso para cubrir el trámite formal, y finalmente centra toda su argumentación en la aplicación del principio de proporcionalidad. En la misma línea la STC 35/1996, en relación con la práctica de observaciones radiológicas sobre reclusos, entre otras.

(19) Se ha utilizado, por ejemplo, en relación con la insuficiencia de la regulación penitenciaria en materia de vigilancia de la correspondencia del interno (Auto BVerfG 14 de marzo de 1972, en *NJW*, 1972, núm. 18, pág. 813); también en otra resolución relativa a inconstitucionalidad

3. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo*

El silencio del legislador español ha trasladado un importante problema a los tribunales ordinarios, y aunque la reciente incorporación del nuevo párrafo al art. 363 LECrim., relativo a la obtención de muestras biológicas para la determinación del perfil de ADN y al que nos hemos referido anteriormente, aporta un mínimo de cobertura legal a algunos supuestos, no soluciona el importante vacío legislativo que se viene señalando.

El Tribunal Supremo ha resuelto algunos recursos de casación en los que se alega la falta de legalidad en la obtención de la prueba acudiendo, una vez más, al principio de proporcionalidad. Así, resulta significativa la STS de 18 de noviembre de 2002, que considera conforme a derecho —pese a la falta de previsión legal, pues aún no estaba incorporada la reforma del art. 363 LECrim.— la extracción de una muestra de sangre del acusado de un delito de agresión sexual «previa resolución judicial» y con observancia de las normas procedimentales, para cotejar la coincidencia de su perfil de ADN con el de los restos de esperma hallados en la víctima.

Para el Tribunal Supremo «las intervenciones corporales que no generan peligro para la salud del acusado son constitucionalmente admisibles, siempre y cuando sean proporcionadas a la gravedad del delito y la prueba del mismo

dad de ciertos preceptos de la Ley del Censo, en que se dotaba de contenido al derecho a la autodeterminación informativa (Sentencia del BVerfG, de 15 de diciembre de 1983, en *NJW*, 1984, núm. 8, págs. 419-428); o, más recientemente, en una sentencia de 3 marzo de 2004, en la que se declara la inconstitucionalidad por falta de claridad y previsibilidad de varios preceptos de la LECrim. alemana, en los que se autorizaba la grabación mediante micrófonos de las comunicaciones orales entre dos o más personas (109 BVerfG, 279, *NJW*, 2004, pág. 999). P. RODRÍGUEZ-PATRÓN constata cómo el Tribunal Constitucional Alemán se ha considerado capacitado para dictar «sentencias apelativas» en las que exhorta al legislador —con o sin fijación de plazo— para que dicte una nueva regulación acorde con la Ley Fundamental: «éstas presentan varios grados de intromisión en el campo del legislador en función de si contienen indicaciones sobre el contenido posible o necesario de la regulación legal, o únicamente reclaman al legislador una actividad futura»; también se ha considerado legitimado para dictar regulaciones positivas transitorias cuando se ha declarado la nulidad de una Ley, o respecto de aquellas materias de particular relevancia constitucional, como los derechos fundamentales, cuando se ven afectados por las nuevas tecnologías y por otros sectores en continua evolución, lo que impide al legislador dar respuesta puntual a sus problemas. Afirmaciones que la autora avala con la cita de una extensa jurisprudencia, en: «La libertad del Tribunal Constitucional Alemán en la configuración de su derecho procesal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001, págs. 175 y sigs. Véase también el artículo de J. F. ETXEBERRÍA GURIDI: «La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (a propósito de la STC 49/1999, de 5 de abril)», *La Ley*, núm. 4919, año 1999, pág. 1724.

no pueda ser obtenida de otra manera», para añadir más adelante «lo decisivo es si el delito que motiva la decisión judicial tiene suficiente gravedad como para justificar la intervención en el derecho fundamental». En este pronunciamiento se considera que el delito de agresión sexual es suficientemente grave como para justificar la medida que, por otra parte y, analizada en abstracto, supera en opinión del TS un test de proporcionalidad. Y todo ello, sin aludir a la falta de habilitación legal para ordenar la prueba pericial.

De manera que, ante este panorama jurisprudencia, no es difícil llegar a la conclusión de que se está legitimando al juez para limitar derechos fundamentales del imputado cuando, aun sin contar con una cobertura legal, pudiera estar materialmente justificado, pues lo cierto es que no se aporta ningún argumento jurídico más allá de la aplicación del principio de proporcionalidad.

En mi opinión, tal y como he pretendido argumentar, el Tribunal Constitucional no se ha enfrentado abiertamente a este problema (con la excepción del reciente voto particular que acompaña a la STC 25/2005 que pone las cartas sobre la mesa y denuncia, sin ambages, la falta de habilitación legal a la hora de ordenar determinado tipo de diligencias de investigación). A partir de aquí, y mientras el legislador no llene el vacío legal, como ya he apuntado:

O bien se declaran nulas un altísimo número de diligencias de investigación que se están practicando todos los días en los juzgados de instrucción.

O el Tribunal Constitucional busca un fundamento jurídico a la actuación del juez, sin vaciar de contenido la garantía del art. 53.1 CE.

V. LA TEORÍA DE LOS LÍMITES INMANENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, COMO PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD DEL JUEZ

Es incuestionable que sin previsión legal no hay posibilidad de limitar el contenido constitucionalmente reconocido de un derecho fundamental, tal y como se desprende, entre otros, del art. 53.1 CE. Pero en algunos de los casos que estamos planteando hay, en mi opinión, algo más que una decisión del juez limitadora de determinados derechos fundamentales del imputado sin previa habilitación legislativa.

Hay algo más en aquellos supuestos extremos en los que, siendo la prueba pericial *indispensable* para la resolución del caso, de su resultado van a depender, en última instancia, derechos fundamentales de terceros, particularmente de la víctima (pensemos en su derecho a la tutela judicial efectiva, o en su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, recogidos en

el art. 24 CE), entre otros sujetos (recordemos el caso Wanninkhof y la existencia de una persona quizá erróneamente inculpada); pero, sobre todo, ese resultado condiciona el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que ha sido calificado repetidas veces por nuestro Tribunal Constitucional, como un bien constitucionalmente protegido, que comprende el interés público propio de la investigación de un delito (20).

De manera que lo que inicialmente apuntaba como una ilegítima limitación de derechos fundamentales por parte del juez ordinario al carecer de suficiente habilitación legislativa, quizá cambia de escenario y se convierte en un conflicto entre derechos fundamentales que entran en colisión con otros derechos fundamentales, y con un bien constitucionalmente protegido como es el *ius puniendi* del Estado. Se convierte, en definitiva, en un problema de interpretación de la Constitución. El juez no cuenta con una habilitación legal detallada y pormenorizada (una cierta previsión legal siempre será necesaria), pero tal vez sí con una tácita habilitación constitucional, en casos muy extremos: en los que la injerencia en el derecho fundamental es mínima, el delito que se está investigando es grave, y son varios los bienes y derechos constitucionales que están en juego.

En términos generales, la habilitación constitucional de esa eventual limitación de algunos derechos fundamentales deberá pasar por el cumplimiento de una serie de requisitos, relativos tanto al órgano que puede decretarla, como a sus presupuestos formales y materiales que habrán de ser fijados por la jurisprudencia constitucional. Y ello es así, porque si desde un punto de vista sustantivo cualquier intromisión ilegítima en los derechos fundamentales podría acarrear la responsabilidad penal del juez ordenante, desde un punto de vista procesal trae consigo la aplicación de la doctrina de la ilicitud probatoria y el apartamiento del proceso de las pruebas que se hayan obtenido, directa o indirectamente, como consecuencia de la vulneración de los derechos y libertades fundamentales, tal y como prevé el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (21).

(20) SSTC 37/1989, FFJJ. 7.º y 8.º; y 207/1996, FJ, 4.º También la STC 103/1992, FJ. 5.º, afirma que el *ius puniendi* puede considerarse por sí mismo un interés constitucionalmente protegido y, en el mismo sentido, la STC 196/1987, FJ. 7.º, declara que «la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana, los cuales son bienes reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE y, por tanto, constitucionalmente reconocidos...».

(21) Vid. N. CABEZUDO RODRÍGUEZ: «Licitud y regularidad probatoria», en *Doctrina y Jurisprudencia*, núms. 8 (semana de 19 a 25 de abril 2000) y 9 (semana de 26 de abril a 2 de mayo 2000), págs. 75-88 y 91-110, respectivamente.

Pues bien, a partir de la idea elemental de que un ordenamiento jurídico es un sistema en cuyo seno las normas carecen de existencia singular, de suerte que sólo adquieren sentido en función del «todo», he intentado abordar el problema desde una interpretación sistemática de la Constitución, poniendo en relación los preceptos reconocedores de derechos fundamentales con el conjunto, también con aquellos principios constitucionales que, sin estar expresamente recogidos en el Texto constitucional, como el principio de proporcionalidad, están suficientemente concretados y desarrollados por nuestro Tribunal Constitucional, como para servir de parámetro de validez de la actividad del juez.

Desde esta interpretación sistemática, resulta fundamental la teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales, que se construye a partir de la reiterada afirmación de nuestro Tribunal Constitucional de que todo derecho fundamental tiene sus límites que, en ocasiones, aparecen expresamente previstos en el Texto Constitucional pero que, en otras, derivan de una manera *mediata* o *indirecta* de tal norma, y que encuentran justificación «en la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (STC 2/1982).

Pues aunque el legislador, de momento, sólo habilita al juez de una forma muy genérica para ordenar determinadas diligencias de investigación que limitan derechos fundamentales del imputado, quizá se pueda sostener, en los casos ya señalados, la existencia de una habilitación implícita de la Constitución en favor de los jueces para descubrir —no crear— los límites inmanentes que nacen del propio texto constitucional, habilitación que se desprendería del propio sometimiento del juez a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y, lógicamente, del valor normativo de nuestra Norma Suprema.

Excedería del objeto de estas páginas un estudio exhaustivo de la teoría de los límites inmanentes (22), sólo apuntaré al respecto que, como es sabido, nace en Alemania cuando a principios de la década de los años cincuenta, doctrina y jurisprudencia consideran imprescindible encontrar un apoyo dogmático para justificar la imposición de límites a aquellos derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 sin expresa reserva de limitación legal. Para el Tribunal Constitucional Federal alemán, dicha ausencia de previsión legal no significaba que la Ley Fundamental consagrara derechos fundamentales *ilimitables*, sino que en estos casos operarían los *límites inmanentes* de los derechos fundamentales, esto es, aquellos derivados

(22) Véase al respecto M. BACIGALUPO SAGGESE: «La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, mayo-agosto 1993.

de la necesidad de articular dichos derechos fundamentales con otros derechos, bienes, valores o intereses constitucionalmente protegidos con los que pudieran entrar en conflicto, lo que en último término se desprende del principio de unidad de la Constitución (*Prinzip der Einheit der Verfassung*). Vistas así las cosas, para la jurisprudencia alemana los límites inmanentes no deben considerarse límites en sentido estricto, «sino elementos que contribuyen a delimitar el contenido del derecho, por lo que cuando el legislador explicita dichos límites, no está en puridad limitando derecho alguno, sino más propiamente interpretando sistemáticamente la Constitución, esto es, concretizando el derecho en cuestión» (23). En consecuencia, no podemos hablar de una labor *constitutiva* del legislador, porque *preexisten* a la intervención del mismo, siendo ésta la nota diferencial con los supuestos en los que el legislador actúa en virtud de una expresa habilitación legal (*gesetzlicher Einschränkungsvorbehalt*) (24).

(23) Vid. MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 49, así como la exhaustiva jurisprudencia y literatura alemanas que cita al respecto.

(24) Esta construcción jurisprudencial ha sido fuente en Alemania de la confrontación entre la concepción estricta del contenido de los derechos fundamentales y la concepción amplia. La primera, lleva al extremo la afirmación de que los límites inmanentes no son propiamente límites, sino que delimitan el contenido mismo del derecho (*immanente Grundrechtsschranken als Schutzbereichsbegrenzungs*) y, por tanto, todo problema de colisión entre derechos fundamentales, o entre éstos y bienes o valores constitucionalmente reconocidos, son en realidad un problema dogmático de determinación del contenido del derecho en cuestión. La consecuencia principal de esta concepción es que el legislador, al concretar los mal llamados *límites inmanentes*, no está sometido a los requisitos que el art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn le exige cuando lleva a cabo una labor limitadora *strictu sensu*, es decir, una labor constitutiva. Por el contrario, la concepción amplia separa el contenido del derecho de los *límites inmanentes*, que operarían así como verdaderos límites desde el exterior (*immanente Grundrechtsschranken als bloße Eingriffsrechtfertigung*), estando por tanto sometidos a todos los instrumentos de control propios de los límites, particularmente a la reserva de ley. Aunque como indica Bacigalupo, esta controversia ha perdido parte de su relevancia desde el momento en que el Tribunal Constitucional Federal alemán desvinculó la reserva de ley genérica de la tradicional fórmula de la «libertad y la propiedad» y la extendió de acuerdo con la teoría de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*) al conjunto de decisiones esenciales, entendiendo por tales todas las que son necesarias para «la realización de los derechos fundamentales» (BVerfGE, vol. 47, págs. 46 y sigs., especialmente 79 y sigs.), *cfr.*: «La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales...», *op. cit.*, pág. 307. O como indica Gavara de Cara, el modelo alemán ha sido el resultado de una larga evolución, y aunque el origen de la reserva de ley se encuentra en la cláusula de libertad y propiedad, mediante la cual cualquier intervención de la esfera del individuo que afectara a estos derechos debía adoptarse mediante ley, se ha pasado a un modelo en el que debe y puede intervenir el legislador en cualquier materia (*Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 138).

Que decir tiene que la redacción de nuestro art. 53.1 CE hace innecesaria, en principio, la teoría de los límites immanentes, al menos con su significado alemán original. No obstante, creo que dicha teoría es algo más que un instrumento jurídico para resolver un problema formal concreto, y lo es precisamente porque se construye a partir de una idea básica que sobrepasa las fronteras de un determinado ordenamiento jurídico, y que ya reflejó en su día la Declaración de Derechos de 1789 en su art. 4: «el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos». Idea que desde una teoría democrática de Constitución normativa, y por tanto, desde una teoría de los derechos fundamentales como marco jurídico vinculante para los poderes públicos, se puede concretar de la siguiente manera: los derechos fundamentales (independientemente de que les otorguemos *a priori* un contenido más o menos amplio) no son absolutos, y no lo son porque tal característica es incompatible con el principio de unidad de la Constitución.

El Tribunal Constitucional español se encargó muy pronto de constatar que «todo derecho tiene sus límites, que (...) establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera *mediata o indirecta* de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (STC 2/1982) (25). Posteriormente, nuestra jurisprudencia constitucional, adopta la terminología alemana y se refiere a este tipo de límites como *inmanentes*.

Anteriormente me he referido a una cierta incoherencia del Tribunal Constitucional cuando afirma la inexcusable previsión legislativa y, sin mediar explicación, obvia las deficiencias legales y busca la garantía del derecho mediante el sometimiento de la actuación del juez a un riguroso test de proporcionalidad. Como ya adelanté, en mi opinión, no se pueden sostener simultáneamente las dos afirmaciones sin una argumentación que ayude a justificar por qué la actuación del juez puede llegar a ser constitucional.

Desde estas líneas se intenta encontrar una solución cambiando el escenario del problema y situándonos en el conflicto que surge entre algunos derechos fundamentales del imputado y un bien constitucionalmente protegido

(25) La cursiva es nuestra. Idea que ya se desprende de las tempranas SSTC 5/1981 y 11/1981. Por su parte, la STC 22/1984 además de derechos y bienes constitucionalmente protegidos habla de *valores* «existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución».

como es el *ius puniendi* del Estado —sin perjuicio de que de la realización de la prueba pericial también dependa el pleno ejercicio de derechos fundamentales de terceros, particularmente de la víctima—. Entiendo que esta argumentación plantea la duda, lógica por otro lado, de que la teoría de los límites inmanentes puede abrir la puerta a una peligrosa actividad reguladora de los derechos fundamentales por parte del juez. Soy consciente de que hace aflorar los problemas teóricos y prácticos que acarrearía convertir —parafraseando al profesor Aragón Reyes— «el gobierno de la Constitución» en el «gobierno de los jueces» (26). Por todo ello, creo que resulta imprescindible someter al juez a un riguroso método jurídico en el que, como se verá, el principio de proporcionalidad ocupa un lugar esencial.

Las intervenciones telefónicas o las intervenciones corporales, no son más que la punta del iceberg de la avalancha de problemas jurídicos que están surgiendo al hilo de la aplicación de las nuevas tecnologías en la investigación del delito: la captación de conversaciones orales directas a través de micrófonos, el uso de videocámaras de vigilancia en lugares privados, la intervención de comunicaciones en tránsito efectuadas en redes telemáticas, el secuestro de documentos electrónicos, etc. Medios cuya utilidad en orden a la obtención de elementos de convicción judicial para la eficaz persecución del delito es incuestionable, como también lo es que suponen un límite en el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos, y que no están contemplados de una forma clara y detallada por el legislador (27).

La previsión legal resulta, sin duda, imprescindible. No obstante (al margen de que la inactividad del legislador español en este campo es llamativa), en ocasiones, dado el continuo avance y evolución de los medios técnicos y científicos de investigación, es difícil una permanente «puesta al día» de la ley. De ahí que, al hilo de lo expuesto más arriba, partiendo de la existencia de una cier-

(26) «(...) de un lado, la quiebra del principio democrático que ello puede comportar, en cuanto que sería un poder del Estado no estrictamente representativo el encargado de concretar el *status civitatis*. De otro, la merma del principio de «generalidad» del Derecho, o lo que es igual, del principio de aplicación igual del Derecho, mejor tutelado por las normas escritas que por las normas de creación judicial. Por último, la distorsión del pluralismo político, en cuanto que serían los jueces, y no la mayoría política, los que desarrollarían los derechos fundamentales», en M. ARAGÓN REYES: *Estudios de derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 157.

(27) Acerca de los problemas que suscita la desregulación de las diligencias de investigación y los medios de prueba tecnológicos véase, entre otros, N. CABEZUDO RODRÍGUEZ: «Omisiones y recelos del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos», en *La Ley*, núm. 6158 (30 de diciembre de 2004), págs. 1-9; J. PÉREZ GIL: «Medidas de investigación y aseguramiento de la prueba en el Convenio sobre Cibercrimen», en *Actualidad Penal*, núm. 36.

ta habilitación legal, atendiendo a la gravedad del delito, a los derechos y bienes constitucionales en juego, al grado de injerencia en el derecho fundamental de imputado, quizá se puedan fijar unas pautas que, de ser seguidas por el juez, conviertan la diligencia de investigación en constitucionalmente admisible, siendo la propia Constitución la norma jurídica que avalaría la decisión judicial.

Por ello, quizá resulte útil sintetizar la argumentación que se sostiene desde estas líneas en los siguientes puntos:

1. *La necesaria protección de los derechos fundamentales del imputado*

Como no puede ser de otra forma, los derechos fundamentales del imputado cuentan con todas las garantías ordinarias y extraordinarias que la Constitución prevé para la protección de estos derechos, singularmente su regulación y desarrollo —y por tanto, su posible limitación— sólo a través de ley.

No se trata, por tanto, de caer en una suerte de inseguridad jurídica, dotando al juzgador de la facultad de limitar derechos fundamentales fuera de toda previsión normativa. Pero creo que hay que aceptar que la labor de ponderación entre derechos fundamentales es para el juez en muchos casos ineludible, precisamente porque al encontrarse sometido al «imperio de la ley» —y no olvidemos el valor normativo de la Constitución— es garante de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, y está obligado a solucionar, cuando el caso concreto del que está conociendo así lo requiera, los posibles conflictos entre derechos fundamentales que entren en colisión con otros derechos fundamentales, o con bienes constitucionalmente protegidos.

Esta actividad creo que dista mucho de poder calificarse como límite arbitrario de un derecho fundamental, fuera de toda previsión normativa, pues es la propia Constitución la que le está habilitando, tal y como intentaré argumentar.

2. *La labor de ponderación entre derechos fundamentales por parte del juez ordinario*

Cuando el juez lleva a cabo una ponderación entre derechos fundamentales que entran en colisión entre sí, o con bienes constitucionalmente protegidos, está interpretando sistemáticamente la Constitución, no está llevando a cabo una labor *constitutiva* —que sólo correspondería al legislador—, sino aplicando unos límites que preexisten incluso a una intervención legal, lo que

en último término se desprende del principio de unidad de la Constitución, a la que el propio juez se encuentra directamente vinculado (teoría de los límites inmanentes). Es más, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales sino también, y en palabras del Tribunal Constitucional «*la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan*» (STC 53/85, FJ. 4.º).

Como ya apunté, desde posiciones, sin duda razonables, se puede plantear la inseguridad jurídica que podría derivar de la admisión del carácter inmediatamente operativo de los límites inmanentes, pero creo que este es un planteamiento más teórico que real. Porque la realidad nos muestra que los jueces resuelven muy frecuentemente conflictos entre derechos fundamentales, y no siempre tiene a su disposición una ley que de forma detallada indique qué derecho tiene que limitar y en qué medida, y seguramente no se puede pedir al legislador que prevea todos los hipotéticos casos de colisión.

Al hilo de esta práctica se ha elaborado una sólida jurisprudencia constitucional que, lejos de prohibir al juez ordinario su labor de ponderación —su labor de descubrimiento de los límites inmanentes—, ha fijado las garantías que deben rodear a la misma, con lo que se subsana esa posible inseguridad jurídica a la que antes me refería. Así, sin ánimo exhaustivo y sólo como ejemplo de la labor de ponderación que a menudo debe llevar a cabo el juez ordinario, pensemos en los múltiples supuestos en que se produce un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión. No existe una regla general que ordene al juez dar preferencia a uno frente a otro. La legitimidad de su actuación va a depender, sobre todo, de que no sea arbitraria, es decir, que constituya una exigencia necesaria para preservar un derecho, valor o bien constitucionalmente protegido, y de que se imponga un sacrificio proporcionado sobre el resto de derechos, bienes o valores en juego (28).

Por ello, en estos casos, el Tribunal Constitucional impone una especial exigencia de motivación, debiéndose plasmar expresamente las razones que condujeron al órgano jurisdiccional a limitar el derecho en cuestión. Motivos que, posteriormente, podrán ser examinados y corregidos por el propio Tribunal Constitucional. Los ejemplos son muchos y afectan a muy distintos derechos. Pensemos en la colisión que con frecuencia se produce entre el derecho a la presunción de inocencia del imputado y el derecho a la libertad de expresión y de información de los periodistas; o entre el derecho a la libertad reli-

(28) *Cfr.*, entre otras muchas, la STC 104/1986.

giosa (art. 16 CE) y el derecho a la vida (art. 15 CE), que tienen lugar cuando para salvar la de un menor, miembro de «Testigos de Jehová», el juez ordena una transfusión de sangre aún en contra de la voluntad de sus padres (29); o entre el derecho-deber constitucional de recibir la enseñanza básica obligatoria que se desprende del art. 27 CE y el derecho a la libertad religiosa que invocan unos padres musulmanes para solicitar al centro educativo que exima a su hija de cursar asignaturas obligatorias como música, educación física o determinadas clases de biología (30).

Es cierto que no se puede establecer un total paralelismo entre los ejemplos expuestos y las intervenciones corporales como diligencias de investigación, pero estos ejemplos nos sirven de apoyo para hacer dos afirmaciones. La primera, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho, o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales; la segunda, que la atribución al juez de la facultad de «descubrir» los límites inmanentes de los derechos fundamentales no es un planteamiento puramente teórico, sino que es una labor que el juzgador lleva a cabo con relativa frecuencia.

No cabe duda que esta necesaria ponderación tiene su origen, en muchas ocasiones, en una falta de ajuste legislativo que revela una cierta carencia del sistema. Pero mientras el legislador no cumpla su función integradora (y ya se ha dicho que, en ocasiones, es muy difícil llevarla a cabo con exhaustividad), creo que del principio de unidad de la Constitución se desprenden mecanismos alternativos que habilitan al juez para resolver la colisión de derechos fundamentales, lo que en ningún momento significa que se le esté otorgando un poder de *configuración* sobre el contenido de los mismos, facultad que sólo se otorga al legislador, y siempre que éste respete el contenido esencial.

Falta entonces determinar qué garantías han de rodear a esta función jurisdiccional de aplicación de límites no previstos expresamente en un texto legal —pero no por ello inexistentes—, para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad y, sobre todo, para respetar escrupulosamente el mandato constitucional previsto en el art. 117.

Esto nos reconduce al tercer punto de la argumentación: el principio de

(29) En la Sentencia del TC 154/2002, en ningún momento se cuestiona la constitucionalidad de la decisión del juez que, mediante auto, obliga a que se realice la transfusión.

(30) Cuestión que aun no ha llegado al Tribunal Constitucional, pero con la que ya empiezan a encontrarse los tribunales ordinarios (véase, por ejemplo, la sentencia de 23 de marzo de 1988 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria).

proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez.

3. *El principio de proporcionalidad*

Son bien conocidos los tres principios en los que la jurisprudencia constitucional alemana ha concretado el principio general de proporcionalidad: el de adecuación (Grundsatz der Geeignetheit), el de indispensabilidad (Grundsatz der Erforderlichkeit), y el de proporcionalidad en sentido estricto (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) (31), de manera que cualquier injerencia en el contenido de los derechos fundamentales ha de someterse al *test de proporcionalidad* que dimana del propio Estado de Derecho y del principio de unidad de la Constitución y, en consecuencia, sólo es posible limitar el contenido de un derecho fundamental cuando sea necesario para la protección de otros derechos fundamentales, o de bienes constitucionalmente reconocidos (32).

El Tribunal Constitucional español no ha sido ajeno a esta corriente doctrinal y jurisprudencial, declarando que «al efectuar la ponderación debe

(31) El primero exige la adecuación medio-fin en que toda restricción de un derecho fundamental se estructura, no siendo suficiente invocar un determinado bien o derecho fundamental protegido —tal sería el caso de los límites inherentes—, sino que es necesario que la limitación que sufre el derecho resulte apropiada para lograr el fin que lo justifica, en palabras Tribunal Constitucional federal: «un medio es adecuado cuando con su auxilio puede favorecerse el resultado perseguido» —BverfGE 39, 210 (239)—. Pero el límite también ha de someterse a las exigencias del principio de indispensabilidad, esto es, no ha de existir «otra medida limitadora igualmente efectiva pero de menor incidencia en el derecho fundamental de los afectados» —BverfGE 39, 210 (230)— y, por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido» —BverfGE 35, 382 (401)— (véase, M. MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 121 y sigs.). También resulta exhaustivo el estudio de C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, y M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi.

(32) Este *test de proporcionalidad* pronto traspasa las fronteras alemanas y es incorporado por la jurisprudencia comunitaria desde la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70, Rep. 70, 1125). Por otro lado, es conocida la profusa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, pues desde su Sentencia de 16 de diciembre de 1976 (caso *Handyside*) el Tribunal ha declarado que el principio de proporcionalidad se desprende del adjetivo «necesario» contenido en el art. 10.2 CEDH.

tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad (...) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o restricciones procedan éstas de normas o resoluciones singulares» (STC 85/1992, FJ. 4.º). Es significativa la referencia que en esta cita se hace a las *resoluciones singulares*, de donde parece desprenderse que este principio, *inherente del Estado de Derecho*, y *canon de constitucionalidad*, no sólo va a legitimar en nuestro ordenamiento jurídico el establecimiento de límites por parte del legislador, cuando se trata de armonizar bienes y derechos constitucionales en colisión, sino que también va a proyectarse sobre la labor del juez cuando ha de dirimir conflictos entre dichos bienes y derechos.

Insisto en que esta tarea de *optimización* no puede derivar en el otorgamiento de una facultad discrecional al juez a la hora de limitar los derechos fundamentales en juego. Al juzgador no se le otorga una suerte de participación en la política legislativa, pues en estos casos el poder judicial sigue sometido al ordenamiento jurídico, como no podía ser de otro modo, y por ello ha de ceñirse precisamente, dada la falta de una detallada previsión legal, al principio de proporcionalidad que se desprende del propio texto constitucional, y que se constituye así en parámetro de constitucionalidad de la actividad limitadora del juez (33). Lo que interesa subrayar en estos momentos es que el principio que nos ocupa no sólo es utilizado por el Tribunal Constitucional

(33) Hasta la STC 66/1995 es muy difícil identificar un solo pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en el que aparezcan conjuntamente utilizados los tres *subprincipios* en que tradicionalmente se ha desglosado el principio general de proporcionalidad (tal y como advierte MEDINA GUERRERO: *Op. cit.*, pág. 123), pero la idea de proporcionalidad ha sido utilizada de modo recurrente en la jurisprudencia constitucional, sobre todo unida a la de *razonabilidad*, en los casos en que se plantea un problema de igualdad ante la ley (SSTC 75/1983, 209/1988, 158/1993, entre otras muchas). También ha sido utilizado para *justificar* los límites impuestos a determinados derechos fundamentales. Así ocurre con bastantes sentencias relativas a los límites del derecho a la tutela judicial efectiva: «... siendo el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente para la confrontación entre el art. 170 de la Ley de Procedimiento Laboral y el art. 24.1 CE» (STC 3/1983, FJ. 4.º); o en el Fundamento Jurídico segundo de la STC 66/1991: «no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan...»; o en relación con la prueba de paternidad: «la medida judicial que ordena realizar pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física y moral (...). Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial» (STC 7/1994, FJ. 3.º); entre otras muchas.

para examinar la constitucionalidad del contenido de la ley (34), sino que es un instrumento imprescindible para controlar la actuación del juez a la hora de ponderar distintos derechos fundamentales y bienes constitucionales que entran en conflicto.

4. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

En contra de lo que pudiera pensarse, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admiten que una sólida elaboración jurisprudencial, que tenga especialmente en cuenta el principio de proporcionalidad, puede compensar la falta de concreción del legislador en el establecimiento de las garantías que deben rodear toda intervención judicial en el contenido de los derechos fundamentales.

Al hilo de la jurisprudencia dictada en materia de intervenciones telefónicas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el caso *Malone c. Reino Unido* (de 2 de agosto de 1984), doctrina posteriormente ampliada en los casos *Huvig c. Francia* y *Kruslin c. Francia* (ambos resueltos por sentencia de fecha 24 de abril de 1990), declara que el requisito exigido por la Convención Europea de Derechos Humanos de contar con una ley que regule la posible intromisión por los poderes públicos en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, derivado del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), *podría suplirse mediante una jurisprudencia sólida, que dotase de garantías la posible intervención telefónica.*

Como es lógico, en la verificación por parte del Tribunal de Estrasburgo del grado de cumplimiento de las exigencias derivadas de este precepto, se presta especial atención a la satisfacción del requisito relativo a la *previsión legal de la injerencia por parte de las autoridades públicas en el derecho en cuestión*, elemento éste que, a su vez, se desgaja en tres componentes:

«Las palabras «prevista por la ley», en el sentido del artículo 8, exigen ante todo que la medida impugnada tenga algún fundamento en el Derecho interno; pero también se refieren a la calidad de la norma de que se trate: debe ser accesible a la persona afectada, que ha de poder prever sus conse-

(34) Un ejemplo interesante lo encontramos en la STC 136/1999, dictada a raíz del recurso de amparo presentado por los miembros de la Mesa de Herri Batasuna contra su condena por delito de colaboración con banda armada, en la que se afirma la posibilidad de control constitucional del legislativo por la vía de comprobar que ha respetado en sus decisiones el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas. Este pronunciamiento cuenta con tres extensos votos particulares.

cuencias, y compatible con la preeminencia del Derecho». (Caso HUVIG, FD I.A, núm. 26).

Pues bien, en ambos asuntos, *Kruslin* y *Huvig*, el TEDH abordaba una demanda por la que se pretendía privar de legitimidad una intervención telefónica llevada a cabo sin que supuestamente existiera el sustrato legal exigible. Y, en efecto, así era por lo que se refiere a la existencia de una ley habilitadora en el sentido formal del concepto. Sin embargo, el Tribunal consideró ajustada a derecho la medida en relación con este extremo, por cuanto esa carencia no era tal al existir un cuerpo jurisprudencial donde se fijaban los requisitos necesarios para realizar la actuación cuestionada. Y ello a pesar de que, según lo dispuesto en el ordenamiento francés, la jurisprudencia no constituye una fuente primordial del derecho. Esta doctrina reviste un especial interés para nosotros, pues se trata de un estado, la República Francesa, con una tradición jurídica similar a la nuestra y muy diferente a la de los países del *common law* donde el precedente jurisprudencial juega un papel determinante.

El Tribunal, en relación con el apartado 2 del artículo 8 del Convenio y con otros preceptos análogos, ha entendido siempre el término «ley» en su sentido material y no «formal» y ha incluido en él, al mismo tiempo, las disposiciones de rango inferior al legislativo y el «Derecho no escrito» (35). Así, en los casos *Sunday Times*, *Dudgeon* y *Chappell*, aunque se referían al Reino Unido, el Tribunal aclara que «sería un error exagerar la diferencia entre países de *Common Law* y continentales, como con razón lo subraya el Gobierno. La ley escrita (*statute law*) tiene también su importancia en los primeros. Y a la inversa, la jurisprudencia desempeña tradicionalmente un papel destacado en los segundos, hasta el punto de que todas las ramas del Derecho positivo son resultado, en buena parte, de las resoluciones de los Jueces y Tribunales. Por lo demás, así lo ha tenido en cuenta el Tribunal en más de una ocasión para estos países» (36). Si el Tribunal hubiera prescindido de la jurisprudencia habría socavado el régimen jurídico de los Estados «continentales» casi tanto como lo habrían hecho su fallo en el caso *Sunday Times* de 26 abril 1979, con el del Reino Unido si hubiera excluido el *common law* del concepto de «ley» (37). En un ámbito amparado por el derecho escrito, la «ley» es el

(35) Véase, especialmente, la Sentencia De Wilde, Ooms y Versyp de 18 junio 1971, serie A, núm. 12, pág. 45, ap. 93.

(36) Véanse, entre otras, las Sentencias Müller y otros, de 24 mayo 1988, serie A núm. 133, pág. 20, ap. 29; *Salabiaku*, de 7 octubre 1988, serie A, núm. 141, pp. 16 y 17, ap. 29; y *Markt Intern Verlag GmbH* y *Klass Beermann*, de 20 noviembre 1989, serie A, núm. 165, págs. 18-19, ap. 30.

(37) Serie A, núm. 30, pág. 30, ap. 47.

texto en vigor tal como los Tribunales competentes lo han interpretado teniendo en cuenta, en su caso, la constante evolución jurídica» (caso Huvig, FD I.A.1 núm. 28) (38). Pues bien, esa amplitud en la concepción de la Ley tiene importantes efectos sobre la materia que nos ocupa (39).

Si nos trasladamos al Estado español, se puede afirmar que a partir de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo español en el caso Naseiro (ATS de 18 de junio de 1992) y siempre que el juez ordinario haga suya dicha doctrina, se consideran cumplidas las exigencias previstas por la jurisdicción europea en relación con las garantías que deben rodear toda intervención judicial de las comunicaciones telefónicas, superando así las carencias de nuestra legislación interna, puestas de manifiesto en la STEDH Valenzuela Contreras, de 30 de julio de 1998 (40), en la que se constató la falta de claridad y previsibilidad de la Ley española, así como la falta de unas garantías jurisprudenciales sólidas, pues de su FD I se desprende que la insuficiencia de la ley no implica, por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad de la actuación de los órganos jurisdiccionales. No se aparta de esta doctrina la más reciente STEDH Prado Bugallo, de 18 de febrero de 2003, pues aunque se vuelve a declarar la violación del art. 8 del Convenio por la insuficiencia de la ley española, aclara *«es cierto que estas insuficiencias han sido paliadas en gran parte por la jurisprudencia, principalmente la del Tribunal Supremo (...) pero se ha dado después de los autos del Juez Instructor ordenando la intervención de los teléfonos de las personas que participaban en la actividad delictiva dirigida por el demandante. Así, no puede ser tenida en consideración en este caso»*,

(38) El mismo párrafo se incluye en el núm. 29 de la sentencia del caso Kruslin.

(39) J. MATÍA PORTILLA, pone de relieve que «el Tribunal de Estrasburgo maneja una noción laxa de Ley, en la que puede incluirse también la doctrina jurisprudencial existente en una materia dada» («Legislación, derechos fundamentales y proceso...», *op. cit.*, pág. 256).

(40) En esta sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, a pesar de la existencia de una orden judicial realizada al amparo de la Constitución (art. 18.3) y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues el Tribunal de Estrasburgo consideró en aquel momento que dicha regulación legal no era suficientemente *previsible*, ni *clara*, ni especificaba un mínimo de garantías, y que la existencia de un sistema de vigilancia de las comunicaciones de carácter general e ilimitado sería contraria al art. 8 CEDH. En este punto, resulta conveniente puntualizar que la estimación de la demanda por el TEDH no se fundaba en la falta de regulación de esta materia, sino en la «previsibilidad» de la ley en cuanto al sentido y a la naturaleza de las medidas aplicables: principalmente la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas, y, la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas (apartado 46 *iv supra*).

dejando claro, una vez más, que la jurisprudencia puede suplir las carencias de la ley.

VI. CONCLUSIONES

Con todo lo expuesto, quizá pueda sostenerse la posibilidad de que el juez, en el seno de un proceso penal, ordene como diligencias de investigación determinadas medidas que puedan incidir, de alguna manera, en el contenido de alguno de los derechos fundamentales del imputado a pesar de la falta de concreción del legislador:

En primer lugar, el juez habrá de constatar si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad) y, lógicamente, dicho objetivo ha de ser un fin constitucional legítimo (defensa de derechos y bienes constitucionalmente reconocidos). En el caso de las intervenciones corporales deberá asegurarse de que mediante la diligencia en cuestión se van a obtener datos relevantes y objetivos, directamente relacionados con el objeto del proceso, estando en juego, no sólo el interés público propio de la investigación de un delito, sino también derechos fundamentales de la víctima o de terceros.

En segundo término, dicha diligencia ha de ser imprescindible, ha de ser absolutamente necesaria para la resolución del caso, y no ha de existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. Dicho de otro modo, la intervención corporal no es legítima si el mismo resultado puede obtenerse por otros medios probatorios menos lesivos para los derechos fundamentales del imputado.

Finalmente, el juez habrá de valorar si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios para la defensa del bien constitucional protegido, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (estamos ante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Este último criterio tiene especial importancia porque es el que prescribe, teniendo en cuenta las diversas circunstancias del caso concreto, la necesaria ponderación entre el medio empleado y el fin perseguido. En definitiva, el principio de proporcionalidad en sentido estricto impediría que cualquier interés del Estado, por importante que fuere, justificase la adopción de medidas limitadoras de los derechos fundamentales desmesuradas o constitucionalmente inadmisibles. Hay que tener en cuenta que las intervenciones corporales son muy variadas y, por tanto, pueden afectar de muy diversa manera a los derechos fundamentales: está claro que para quien ha de someterse a una prueba biológica, no es lo mismo que le soliciten una muestra de sangre que de líquido cefalorraquí-

deo, de la misma manera que no puede compararse un examen ginecológico con un cacheo superficial.

Por último, y como es lógico, este tipo de pruebas deberán ser realizadas por personal médico o sanitario, en ningún caso podrán suponer un riesgo para la salud, ni ocasionar un trato inhumano o degradante.

El tema es complejo. No cabe duda que lo ideal sería una detallada previsión legal, como la mejor garantía para el propio derecho, y como el mejor medio para alcanzar cierta seguridad jurídica, pero en defecto de ley, creo que la propia Constitución aporta mecanismos subsidiarios con los que hacer frente al problema que vengo apuntando.

Con lo expuesto no pretendo defender una «política de derechos fundamentales» del Poder Judicial, ni por supuesto se pretende sustituir al legislador democrático. Tampoco he tratado de buscar a toda costa una «construcción teórica» con la que legitimar al juez para limitar el contenido de derechos fundamentales cuando, sin contar con una cobertura legal, pudieran estar materialmente justificados, aunque la realidad nos dice que estamos hablando de pruebas que suponen, en la mayoría de los casos, una leve injerencia en el contenido de algún derecho fundamenta (pensemos en una extracción de 2 mililitros de sangre, de unos cabellos, o una muestra de saliva) y de cuyo resultado pueden depender datos muy relevantes para el proceso. A lo largo de mi argumentación no he pretendido obviar el peligro de libre creación del Derecho por parte del juez, por ello he insistido en la necesidad de articular mecanismos jurídicos de contención, toda vez que la manida *autocontención judicial* pertenece al mundo de las buenas intenciones, pero está al margen de la certeza y seguridad que se reclama al Derecho. En definitiva, sólo una adecuada teoría de la interpretación «permitirá de una parte, justificar la relativa superioridad que, en el caso límite, tiene la decisión judicial frente a la legislativa, y logrará garantizar, de la otra, que el destronamiento de la ley no se salde con una pérdida de la seguridad jurídica, que es una exigencia básica del Estado de Derecho» (41).

Por todo ello, he intentado poner de relieve que, quizá, del Texto constitucional se deriven habilitaciones expresas y tácitas para que el juez limite el contenido de determinados derechos fundamentales, habilitaciones que, caso

(41) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «La interpretación de la Constitución», *La forma del Poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 609. Quien añade en la nota a pie núm. 17 que la «judicialización del ordenamiento» implica la necesidad de una teoría interpretativa clara, generalmente aceptada y de aplicación constante. A falta de ella ni el ciudadano, ni los poderes públicos podrán calcular con una razonable probabilidad de acierto cuál será la decisión del Tribunal, esto es, la norma aplicable.

de no estar concretadas por el legislador, pueden llevarse a cabo de acuerdo con el principio de proporcionalidad, cuyo contenido está razonablemente especificado por nuestra jurisprudencia constitucional, y que se convierte así en un test sobre la correcta utilización de un método jurídico, basado en criterios objetivos y razonables; un test sobre el correcto sometimiento del juez al Derecho.

Por eso es importante que el Tribunal Constitucional establezca unos mecanismos que garanticen que el juez no se arroga una libertad de creación de Derecho, de la que carece, y que controlen que su actuación se somete a un riguroso método jurídico. Lo que otorgaría a su actuación la seguridad jurídica que se habría perdido por la omisión del legislador, aportando un fundamento constitucional a la actuación del juez, sin vaciar de contenido la garantía del art. 53.1 CE.