

ENSAYO

LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA: UN ANÁLISIS SOBRE DERECHO COMPARADO

SUMARIO: I. CONFLICTOS ENTRE LIBERTAD Y SEGURIDAD. 1. CONCEPTO DE "SEGURIDAD CIUDADANA". 2. PROBLEMAS QUE SUSCITA LA DETENCIÓN DEL INDOCUMENTADO. II. PRUEBAS QUE COMPORTAN COACCIÓN FÍSICA SOBRE LA PERSONA. 1. ALCOHOLEMIA Y EXTRACCIÓN DE SANGRE EN LOS DELITOS DE CIRCULACIÓN. 2. INSPECCIONES Y RECONOCIMIENTOS SOBRE EL PROPIO CUERPO. 3. NARCOANÁLISIS Y DEMÁS PRUEBAS QUE LIMITAN LA LIBERTAD Y CAPACIDAD DE AUTODETERMINACIÓN

DRA MARILU SANCHEZ OBLITAS, FISCAL DE APOYO AL DESPACHO DE LA FISCALIA PROVINCIAL ESPECIALIZADA EN DERECHOS HUMANOS

I. CONFLICTOS ENTRE LIBERTAD Y SEGURIDAD

1. CONCEPTO DE "SEGURIDAD CIUDADANA"

Con este planteamiento ¿puede la libertad equipararse y, en base a ello ser restringida por la "seguridad ciudadana"? Hemos de partir de qué podemos entender por este último concepto.

Indica PEDRAZ, si esta intelección de la seguridad ciudadana en modo alguno comporta exclusión de derechos y libertades, sino por el contrario exige su tutela, parece más incomprensible aún que razones de seguridad ciudadana, que connotan protección de derechos y libertades básicas, lleguen a traducirse en privación o menoscabo de tales derechos y libertades.

Desde ésta perspectiva no pueden equipararse libertad y seguridad. La disyuntiva de optar por una u otra parte de una premisa falsas. La seguridad debe afrontarse desde la plena habilitación de las garantías jurídicas. La seguridad no es un principio superior en nuestro ordenamiento jurídico, y sí lo es la libertad y la justicia, de las que la seguridad debe ser un valor instrumental. Si se eleva la seguridad a la categoría de derecho fundamental puede atentarse contra otros derechos como la libre circulación o inviolabilidad del domicilio.

Cuando nuestra Constitución equipara libertad y seguridad no se refiere a la seguridad material colectiva, sino a la seguridad jurídica como garantía de la libertad personal. En definitiva, no se puede hablar de un binomio libertad-seguridad, sino únicamente de un derecho: a la libertad, que en cuanto derecho fundamental es irrenunciable, de protección reforzada y para cuya obligada observancia la primera norma lo refuerza con la seguridad.

2. PROBLEMAS QUE SUSCITA LA DETENCIÓN DEL INDOCUMENTADO

El problema se suscitará en el supuesto conocido como "detención del indocumentado". Cabría debatir el tema de si tal invitación para trasladarse a las dependencias policiales para ser identificado constituye o no un supuesto de privación de libertad y, eventualmente, origina una situación intermedia entre detención y libertad cuando el sujeto a identificar no acceda voluntariamente a ello.

El Tribunal Constitucional español en constante jurisprudencia, de la que es ejemplo la conocida 98/1986 de 10 de julio, venía declarando que: *«no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se cumplan..., debiendo considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención es una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse razones intermedias entre detención y libertad, y que siendo admisible teóricamente, la detención puede producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona».*

Esta concepción amplia de la detención comprensiva de todos los supuestos de restricción de la libertad personal está también presente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así en la sentencia de 6 de octubre de 1980, caso GUZZARDI, establece que: *«entre privación y restricción de libertad, no hay más que una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia».*

Y en el caso ENGEL se ha establecido que la circunstancia de que la privación de libertad sea de muy corta duración es inoperante.

En base a esta doctrina puede parecer poco razonable, indica PEDRAZ, la resistencia a encuadrar la diligencia de identificación dentro de la detención, sólo explicable en la medida en que excluyéndola se llega a la inexigibilidad por el "retenido" de los derechos del art. 17-3 de la Constitución Española (tales como a la lectura de derecho a no declarar, a la asistencia letrada, a ser asistido por un intérprete, a ser reconocido médicamente, a ser puesto a disposición de la autoridad judicial y al control por ésta de la legalidad de la detención, etc.). Es decir de esta manera se llegaría para el retenido a los solos efectos de identificación, a una situación jurídica insoportable y de mayor gravedad si cabe que en los supuestos de declaración del estado de excepción o de sitio.

Esta postura es demasiado rígida en sus planteamientos y debe ser objeto de alguna matización. La jurisprudencia, por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de noviembre de 1992, señala la necesidad de acudir a un justo equilibrio, existiendo situaciones mínimas de retención que quedarán al margen del ámbito penal. No cabe poner en duda que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tienen la facultad de solicitar de cualquier persona que acredite su identidad, como consecuencia de los deberes constitucionales de protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y garantía de la seguridad ciudadana -art. 104-1 de la Constitución Española- y este sometimiento a las normas de policía no puede reputarse ilegítimo. Del mismo modo que tampoco podrá calificarse así el sometimiento del conductor de un vehículo a una prueba de alcoholemia, así la sentencia del Tribunal Constitucional español dice que: *«la comprobación por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores no requiere de las garantías inscritas en el art. 17-3 de la Constitución Española, dispuestas específicamente en la protección del detenido y no de cualquiera que se halle sujeto a las norma de policía de tráfico»*, y del mismo tribunal de 18 de febrero de 1988 que recuerda: *«que no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el art. 17-3 de la Constitución Española con la presencia física de una persona en las Dependencias Policiales para la práctica de cualquier diligencia como identificación, alcoholemia, etc., por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto».*

Igualmente las resoluciones de la sección 4.^a de la sala 2^a del Tribunal Constitucional español de 26 de noviembre de 1990 y 28 de enero de 1991, inadmiten las demandas de amparo por estimar que no entrañan una privación de libertad, ni atentan contra el derecho a la libre circulación, prácticas policiales de cacheo e identificación, pues: *«aún cuando estas diligencias comportan inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica supone para*

el afectado su sometimiento no ilegítimo desde las perspectivas constitucionales a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona en el curso de actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad incumbe».

En realidad, dice Juan José LOPEZ ORTEGA, el problema de la detención del indocumentado hay que situarlo en un marco muy preciso, la legislación excepcional o de emergencia que se ha ido extendiendo en el derecho comparado. En Alemania se regula la detención con la finalidad de lograr la identificación del sospechoso; en Italia se ha institucionalizado la figura del "acompañamiento judicial"; y en Francia se admite la detención por la policía administrativa por un plazo máximo de diez horas con la exclusiva finalidad de proceder a la identificación personal.

En España la adecuación constitucional de la detención del indocumentado se plantea en relación con el alcance de las limitaciones al principio de la inviolabilidad personal consagrado en el art. 17-1 de la Constitución Española, La detención realizada con la exclusiva finalidad de investigar la identidad de un ciudadano presenta la particularidad de que no impone necesariamente la presencia de indicios de criminalidad en el detenido -como exige el art. 492-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- sino la existencia de una simple sospecha, basada en la presencia del sospechoso en un determinado lugar o en sus circunstancias personales (edad, raza, sexo, apariencia, etc.). El problema radicará en decidir si nuestra Constitución admite la inclusión de este último supuesto.

Por otro lado, el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que contiene una enumeración detallada de los supuestos con valor limitativo, en cuanto que solamente admite la privación de libertad en seis casos expresamente detallados:

Cumplimiento de una pena o medida de seguridad impuesta por una Autoridad Judicial competente.

Aseguramiento de comparecencia ante una Autoridad Judicial competente o cumplimiento de una obligación establecida por la ley.

Exigencias derivadas de la educación de un menor.

Prevención de contagios y enfermedades.

Medidas para evitar la entrada ilegal en el territorio español o para asegurar la efectividad de las extradicciones y expulsiones del territorio español que se acuerden en la forma establecida legalmente.

Corrección de faltas militares.

Por tanto, una de las modalidades de privación de libertad se contrae "a la ejecución de una obligación establecida por la ley", en cuyo ámbito la Comisión Europea de Derechos Humanos ha residenciado la justificación de las detenciones producidas con ocasión de la realización de los llamados "controles de identidad", si bien con una serie de requisitos como que la obligación prescrita por la ley sea suficientemente precisa, específica y concreta, que esta obligación resulte inejecutada por una voluntad deliberada o por una negligencia; que el interesado haya tenido la posibilidad de cumplir la obligación; que las circunstancias sean tales que no exista independientemente de la detención ningún otro medio que garantice la ejecución de la obligación.

Esta postura que busca establecer un equilibrio entre la necesidad en una sociedad democrática de garantizar la ejecución inmediata de la obligación de que se trate y la

importancia del derecho a la libertad y que considere decisivo la duración de la detención, sin embargo no nos resuelve la verdadera esencia de la cuestión debatida.

En efecto, la posibilidad de que se proceda a la detención de una persona indocumentada a efectos de su identificación en el ejercicio de las funciones de protección de seguridad encomendadas a las fuerzas del orden público, no resuelve los problemas de cómo, en qué condiciones y con qué requisitos ha de verificarse, ni por supuesto la privación de la persona así "retenida" de los derechos que la Constitución reconoce al detenido.

II. PRUEBAS QUE COMPORTAN COACCIÓN FÍSICA SOBRE LA PERSONA

1. ALCOHOLEMIA Y EXTRACCIÓN DE SANGRE EN LOS DELITOS DE CIRCULACIÓN

Es interesante analizar qué presentan aquellas pruebas que suponen una coacción física sobre la persona, pero que no pueden calificarse de delictivas.

El Tribunal Supremo español en su conocida resolución de 18 de junio de 1992, tiene declarado que uno de los presupuestos fundamentales de nuestro Estado de Derecho, Democrático y Social, establecido en la Constitución Española, es el del respeto a la dignidad e intimidad como base de la convivencia; por ello debe existir un obligado correlato, una proporcionalidad, entre el reconocimiento de la plenitud de estos derechos y las intromisiones en la vida privada de la persona que, en principio, son ilegítimas.

No obstante las intromisiones en la vida privada de las personas pueden ser, en ocasiones, conformes a derecho, pero para ello han de tener una inequívoca legitimidad de origen, de desarrollo, y, en su caso, de presencia efectiva y real en el juicio oral.

Con este planteamiento inicial la primera cuestión que se suscita es la relativa a las pruebas de alcoholemia y de extracción de sangre para verificar dicho índice en los delitos contra la seguridad del tráfico.

Un dictamen de la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que el análisis de sangre no constituye una injerencia contra la integridad física de las personas, que en nuestra legislación están protegidas en el art. 15 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional alemán, sentencia 103/1985, de 4 de octubre, precisa que el deber de someterse a un control de alcoholemia no puede considerarse contrario a derecho a no declarar, declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución germana.

La razón se puede encontrar, como dice Víctor MORENO CATENA, en que con la práctica de tales pruebas clínicas -sobre todo en caso de accidente de tráfico o cuando el conductor presente señales evidentes de embriaguez- se produce en realidad una insignificante intervención corporal, que se realiza precisamente para garantizar el derecho a la vida e integridad física de los demás usuarios de las vías públicas.

Ahora bien no podemos olvidar que para el Tribunal Constitucional español, la admisibilidad de la relevancia procesal de la prueba de alcoholemia practicada por la Policía Judicial, desde el punto de vista de la presunción de inocencia y del derecho a un juicio con todas las garantías, no depende sólo de su incorporación al proceso propiamente dicho, mediante su ratificación y en su caso, complementación en el acto del juicio oral, sino que

implica, para que pueda ser tomada en consideración, el respeto en el propio acto de la investigación alcohólica -a pesar de su naturaleza pre procesal- de las garantías esenciales de la defensa.

Así la sentencia 145/1985 aprecia la imposibilidad de que la prueba alcohométrica se produzca en el acto de la vista y puede cuestionarse directamente la fiabilidad de sus resultados, hace necesario, en garantía del derecho de defensa, que el interesado tenga conocimiento de cuanto puede contribuir a que dicha prueba se verifique con las máximas garantías, y por ello debe informársele de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece respecto a la repetición de la prueba y a la realización de un análisis clínico en centro sanitario.

En los mismos términos la sentencia 148/1985 considera que la incorporación de la prueba de alcoholemia al proceso de forma que se satisfaga el derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías, respetando en la medida de lo posible los principios de inmediación, oralidad y contradicción: *«implica, en primer término, que en salvaguardia del mencionado derecho de defensa, el interesado tenga conocimiento de que con las máximas garantías, por lo que debe ser informado de las posibilidades de la reglamentación vigente le ofrece al respecto de la petición de la misma y la realización de un análisis clínico en un Centro Sanitario».*

Por su parte, la sentencia 100/1985 de 3 de octubre, había ya formulado estas exigencias de información al interesado en términos categóricos hasta el punto de entender que la prueba de alcoholemia realizada en aquel caso infringió el derecho a la defensa del interesado: *«desde el momento en que ni siquiera fue informado por los agentes judiciales de la posibilidad que la reglamentación vigente le ofrecía de solicitar la práctica de un análisis de sangre, deber que ha de entenderse derivado del art. 24.2 de la Constitución en supuestos como el presente, en que los agentes policiales realizan actos de investigación que pueden alcanzar valor probatorio en el proceso penal mediante su aportación al mismo por los medios legales adecuados».*

2. INSPECCIONES Y RECONOCIMIENTOS SOBRE EL PROPIO CUERPO.

Es doctrina del Tribunal Constitucional español, sentencia 37/1989, la que precisa que la Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte intimidad corporal, de principio inmune a las relaciones jurídico-públicas que ahora importan frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, pero la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido, de modo expreso, la reserva de intervención judicial.

Ese Tribunal Constitucional, ha puesto de relieve que: *«el tema de la inspección corporal se presenta en una serie de supuestos que se dan con cierta frecuencia: registros aduaneros, toma de huellas dactilares, inspecciones anales o vaginales, etc., como principio general establece que el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es co extenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre recato personal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan, o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según el sano criterio, violación del pudor o recato de la persona».*

Por ello el derecho fundamental aquí comprometido -intimidad personal- no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del inculpado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito, ello sin perjuicio del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante.

Según, pues, esta doctrina constitucional hay habilitación legal para realizar exámenes parciales sobre la persona y sobre todo cuando es la única prueba decisiva para identificar al culpable de un hecho delictivo, siendo ello en todo caso preciso que se motive la resolución judicial que restrinja el derecho fundamental.

La regla que debe seguirse es la de la proporcionalidad de los sacrificios. Así es preciso que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonablemente, por una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporte, y de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés del ius puniendi, siendo por ello, necesario, antes de proceder al examen o inspección del cuerpo de una persona, agotar todos aquellos medios alternativos que eviten una intromisión directa y sólo ante la negativa a someterse a estas pruebas se puede valorar la conveniencia de proceder al examen corporal del sospechoso que conlleva siempre una intromisión en la esfera íntima y personal del ser humano.

Y en este campo de la ponderación no se puede ignorar la palmaria diferencia que existe entre una actuación dirigida, por ejemplo, a identificar al presunto culpable de un delito cuya existencia es cierta y otra, que persiga simplemente obtener una prueba adicional que se suma a las que, de carácter indiciario, ya se cree poseer sobre la comisión real de un delito cuya existencia se sospecha, es decir que no se justificaría tal intromisión si el órgano judicial tuviere ya en su poder otras pruebas sobre la comisión del hecho delictivo, pues en estos casos la medida sería desproporcionada y no estaría amparada por legitimidad alguna.

Víctor MORENO CATENA en su artículo "Garantía de los Derechos Fundamentales en la investigación penal" (Poder Judicial, número especial II) entiende que deben valorarse los intereses en conflicto: el interés social en la persecución de los delitos y el interés individual en mantener en toda su amplitud y extensión los derechos y libertades que la Constitución reconoce; del resultado de dicha confrontación aparecerá la legitimidad de la medida o diligencia que se pretenda realizar o, por el contrario, su falta de ajuste al texto constitucional.

Finalmente conviene destacar que el propio Tribunal Constitucional, sentencia de 15 de enero de 1989, advierte que la medida de reconocimiento o inspección anal o vaginal en ningún caso se puede llevar a efecto mediante el empleo de la fuerza física, porque ello sería degradante e incompatible con la prohibición del art. 15 de la Constitución, si bien ante la posible negativa a dicho reconocimiento puede el sospechoso ser compelido mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacen en relación con los indicios ya existentes.

Estas últimas consideraciones del Tribunal Constitucional son criticadas por algunos autores como Luis RODRIGUEZ RAMOS y Jacobo BARGA DE QUIROGA en su artículo "La intimidad corporal devaluada", Poder Judicial, número 14, entendiendo que si en el art. 24 de la Constitución se afirma el derecho "a no declarar contra sí mismos" y a "no declararse culpables" como un derecho fundamental, ha de admitirse que el acusado tiene el derecho "a no inculparse" y "a no colaborar", sin que el ejercicio de este derecho pueda ser considerado en su contra.

No comparto esta crítica. Ciertamente el sospechoso no puede ser obligado a someterse a un reconocimiento de estas características, pero nada debe impedir que el tribunal pueda valorar libremente los motivos de tal negativa, las posibles explicaciones ofrecidas y formar su convicción, junto al resto de las pruebas indiciarias.

3. PRUEBAS QUE LIMITAN LA LIBERTAD Y CAPACIDAD DE AUTODETERMINACIÓN (NARCO-ANÁLISIS, SUERO DE LA VERDAD).

Es generalmente admitida la imposibilidad de considerar como pruebas válidas aquéllas que limiten o condicionen de algún modo la libertad de autodeterminación de la persona que emite una declaración, y ello aun contando con su consentimiento. El Tribunal Supremo español, en sentencia de 26 de noviembre de 1991, analiza un supuesto de este tipo. Se trataba de inyectar a dos procesados el fármaco idóneo para llevar a cabo la prueba de narco-análisis conocida como "suero de la verdad", llegando a la conclusión de que se trata de una prueba prohibida.

Dice el Tribunal Supremo que: *«la confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el art. 15 de la Constitución Española, pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten. El ordenamiento jurídico y, con él, los tribunales, han de velar por estos valores explícitos en la Constitución. El imputado no puede invitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que le sitúen en posición de carencia de libertad. En este instante ha perdido su libertad, su dignidad a la propia grandeza del ser humano. Suponiendo, por vía de hipótesis, la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable al acusado no sería aceptable porque faltaría la libertad de la declaración y, siendo así, lo procedente es rechazarla de forma incondicionada».*

Por eso la doctrina científica, en general, entiende que el narco-análisis y todas sus manifestaciones, dentro de la criminalísticas significan un profundo ataque al conjunto psico-físico de la persona y por interrumpir precisamente la actuación del núcleo de la personalidad afecta a la libertad de la persona humana y su aplicación con fines de tomar declaraciones es absolutamente inadmisibles sin consentimiento del sujeto, pero que incluso con su consentimiento un interrogatorio en estado crepuscular no sería una declaración en sentido procesal, porque faltarían los presupuestos indispensables para ser tenida en cuenta, independientemente de que las respuestas dadas en dicho estado crepuscular ni siquiera se corresponden con la verdad objetiva, sino con representaciones de la capa profunda de la personalidad.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán. "TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS", Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1991.

MORENO CATENA, Víctor. "GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INVESTIGACIÓN PENAL". En: Rev. Poder Judicial, N° especial II, Madrid – España, 1995.

PECES BARBA, Gregorio. "CURSO DE DERECHOS FUNDAMENTALES. TEORÍA GENERAL", Universidad Carlos III, Madrid – España, 1999.

PRIETO SANCHIZ, Luis. "ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES", Debate, Madrid – España, 1990.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis. / BARGA DE QUIROGA. Jacobo. "LA INTIMIDAD CORPORAL DEVALUADA". En:
Rev. Poder Judicial, N°14, Madrid – España, 1994.