

CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES E INVESTIGACIÓN POLICIAL: EL CASO DEL CACHEO

CONFLICT BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS AND POLICE INVESTIGATION: THE CASE OF FRISKING

LUIS MANUEL LOMBARDEO EXPÓSITO¹

Sumario: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. CONCEPTO. III. MODALIDADES DEL CACHEO POLICIAL. IV. NATURALEZA. V. OBJETO MATERIAL DE LA DILIGENCIA. VI. HABILITACIÓN LEGAL. VII. SUJETO ACTIVO. VIII. SUJETO PASIVO. IX. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS. X. REQUISITOS PARA LA PRÁCTICA DEL CACHEO. XI. REQUISITOS DE LA PRÁCTICA DEL CACHEO. XII. CASUÍSTICA. XIII. DERECHO COMPARADO. XIV. EL CACHEO CON DESNUDO INTEGRAL. XV. CONCLUSIONES.

Summary: I. EXPOSITION OF THE PROBLEM. II. CONCEPT. III. MODALITIES OF POLICE FRISKING. IV. NATURE. V. MATERIAL OBJECT OF DILIGENCE. VI. LEGAL AUTHORIZATION. VII. ACTIVE SUBJECT. VIII. PASSIVE SUBJECT. IX. FUNDAMENTAL RIGHTS AFFECTED. X. REQUERIMENTS FOR THE PRACTICE OF FRISKING. XI. REQUERIMENTS OF THE PRACTICE OF FRISKING. XII. CASES. XIII. COMPARATIVE LAW. XIV. FRISKING WITH NUDDITY. XV. CONCLUSIONS.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Constitución vigente encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, FCS) la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana². No nos interesa aquí dilucidar si alguno de los dos términos de ese mandato (la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, en primer término y, en segundo, el garantizar la seguridad ciudadana) predomina sobre el otro o si ambos se encuentran al mismo nivel.

No es ese nuestro objetivo. No obstante constatamos que, en ocasiones, ambos términos pueden parecer antinómicos. Efectivamente, ciertas actuaciones policiales (cacheos, identificaciones, retenciones y privaciones transitorias de la libertad deambulatoria) han planteado un problema, que en palabras del Tribunal Supremo (en adelante, TS), “ha sido de siempre seriamente controvertido, porque se enfrentan el derecho fundamental a la libertad, de un lado, y el derecho a la seguridad, a la

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Jaén. Profesor de la Academia de Oficiales de la Guardia Civil (Sección de San Lorenzo de El Escorial). Capitán de la Guardia Civil (ESO). E-mail: lmlombarderoexposito@guardiacivil.es

² Artículo 104.1.- Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

investigación criminal y a la detención de los presuntos autores de hechos delictivos, de otro”³.

Debe tenerse en cuenta que la defensa de la seguridad y el orden no es un derecho, sino una obligación de los integrantes de las FCS, estando sus miembros obligados a perseguir el delito. Por ello, deben acudir a cualquier lugar en que el delito se manifieste y actuar en consecuencia, dando cumplimiento a la ley. Necesariamente han de actuar con racional cautela y racional espíritu investigador y, en consecuencia, en ocasiones actuarán por simples sospechas, siempre que no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias⁴. En ocasiones, incluso, el cacheo deviene obligatorio: la STS (Sala II), de 27 de abril de 1994 llega a declarar que "si existe un sospechoso y no se comprueban las causas de esta sospecha, quienes faltarían a su obligación investigadora, por omisión, serían los agentes de la autoridad". Recordemos, en este sentido, el contenido del artículo 408 del Código penal⁵.

A lo largo del presente estudio tomaremos como norte las resoluciones de los Tribunales Constitucional y Supremo que, en esta materia, a nuestro juicio, se ocupan esencialmente de esos “puntos de fricción”, de esas aparentes antinomias que, en ocasiones, pueden surgir al conectar las dos misiones constitucionalmente encomendadas a las FCS.

Abundando en todo ello, los cacheos sobre las personas constituyen uno de los más importantes medios de indagación que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la Policía Judicial, siendo en la práctica muy utilizados. Vamos pues a tratar de analizar los límites que la Constitución y la ley establecen para que la policía lleve a cabo este tipo de diligencias de investigación “de propia autoridad”, así como a establecer si la regulación legal es o no suficiente.

En todo caso, el criterio rector en el uso de estas diligencias, será, como ha expresado en una reciente sentencia nuestro TS, “(...) la justeza de la proporcionalidad la que clarificará en cada supuesto concreto la exacta medida, para evitar la impunidad descarada, para evitar el atropello de la persona humana”⁶.

II. CONCEPTO

¿Qué es un cacheo? Semánticamente, cacheo es la “acción y efecto de cachear”⁷ y cachear es “registrar a alguien para saber si oculta objetos prohibidos, como armas, drogas, etc.”⁸

³ STS (Sala II), núm. 1397/11, de 14 de septiembre.

⁴ En este sentido, la STS (Sala II), núm. 2449/93, de 15 de abril.

⁵ Artículo 408.- La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

⁶ STS (Sala II), núm. 1397/11, de 14 de septiembre.

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 22ª edición.

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 22ª edición.

Etimológicamente, la palabra cacheo es un galleguismo, un préstamo tomado del gallego. Esta lengua lo adquirió, a su vez, del francés “*acher*”, esconder⁹.

El TS considera que la llamada diligencia de cacheo consiste en el registro de una persona para averiguar si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito¹⁰.

Si examinamos la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), no encontramos referencia alguna al cacheo. Es más, por lo que se refiere a la ley, hemos de subir un peldaño más y referirnos a las inspecciones corporales (categoría en la que la jurisprudencia ha incluido, entre otras actividades investigativas, al cacheo) para encontrar una referencia (una solo, eso sí) a estas actividades de inspección¹¹.

La escasez de regulación e incluso de referencias al cacheo en la ley obedece, básicamente, a que se trata de una figura nacida en la *praxis* policial, que sólo tras la entrada en vigor de la Constitución y la proclamación de los derechos fundamentales que recoge, ha sido objeto de atención por parte de la jurisdicción, ya que es desde la vigencia de la norma fundamental desde la que los actos de la Administración son medidos en función de su afección a los derechos fundamentales de los administrados. En todo caso y a nuestro juicio, el cacheo es la diligencia de investigación que, de propia autoridad pueden y deben llevar a cabo los miembros de la Policía Judicial, para averiguar si entre sus ropas o sobre su cuerpo las personas objeto de la medida portan elementos relacionados con un hecho delictivo, así como en el caso de personas sometidas a custodia policial, portan elementos peligrosos para sí mismos o para terceras personas.

En función de este concepto que proponemos y que no deja de reflejar la realidad empírica, extraemos una serie de consecuencias que desarrollaremos a lo largo del presente trabajo.

III. MODALIDADES DEL CACHEO POLICIAL

El análisis de estas actividades de investigación nos lleva a poder establecer diversas modalidades del mismo, en función del criterio empleado.

Si tomamos en consideración la finalidad del cacheo, podemos distinguir entre aquel que persigue la búsqueda de elementos que pudieran servir como prueba de un

⁹ Si deseamos remontarnos algo más, el francés “*acher*” parece provenir del latín “*coactare*” (apretar). El vocablo cacheo puede traducirse a otras lenguas. Así, en francés, “*fouille*”; en portugués, “*revista*”; en inglés hemos encontrado, por *cachear*, “*to frisk*”; en italiano, cacheo sería “*perquisizione personale*”; en holandés, “*fouillering*” y en alemán “*leibesvisitation*”.

¹⁰ SSTS (Sala II), núm. 560/99, de 9 de abril y otra de 7 de julio de 1995.

¹¹ Párrafo segundo del artículo 363 “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”, referido exclusivamente a la determinación del perfil del ADN del sospechoso, lo que no tiene nada que ver, en todo caso con un cacheo.

delito y el que busca objetos o elementos que pudieran constituir, según las circunstancias del caso, un peligro bien para la propia persona cacheada, bien para terceros. Este último es un cacheo que se practica normalmente sobre detenidos o personas a quienes se va a detener inmediatamente, sin solución de continuidad. Junto a estas dos modalidades, podríamos configurar una tercera categoría, de tipo mixto, cuando lo que se persigue es tanto la búsqueda de aquellos elementos, potencialmente objeto de prueba, cuanto de objetos peligrosos para la integridad física tanto de la persona cacheada como la de terceros, normalmente los miembros de la Policía Judicial que ejecutan la medida.

Si el criterio que tenemos en cuenta es la persona sobre la que recae, podemos distinguir el cacheo del sospechoso (aquella persona que sobre la que recaen sospechas¹² de participación en un hecho delictivo), del de aquellas otras personas que no son sospechosas de haber participado en el hecho delictivo, pero sí de portar sobre su cuerpo o en sus ropas objetos relacionados con el mismo. Dentro del cacheo del sospechoso, podríamos diferenciar la subespecie del cacheo del detenido, que es aquel sospechoso que se encuentra a disposición de la autoridad judicial, bajo custodia policial, por haberse transformado las sospechas en indicios racionales de criminalidad. Un tercer criterio de clasificación sería el de su intensidad. Así, en primer lugar, tenemos el palpado superficial del cuerpo, por encima de las ropas en aquellas partes del mismo en que esté vestido. En segundo lugar, nos encontraríamos ante el cacheo con desnudo integral. En tercer y último lugar nos encontramos ante la inspección de las cavidades naturales del cuerpo humano (boca, ano y vagina).

Esta última modalidad, si bien es objetivamente un cacheo, rebasa los límites de lo que puede considerarse un cacheo policial, puesto que no puede ser realizado por la Policía Judicial de propia autoridad, requiriendo intervención judicial en ausencia de consentimiento. Tampoco puede ser ejecutada físicamente por un miembro de la Policía Judicial, debiendo ser verificada por personal facultativo, equiparándose a otras medidas de investigación más gravosas. Sin embargo, hemos de hacer una serie de aclaraciones sobre el registro o cacheo de la boca, antes de proseguir.

El cacheo o registro de la boca ha sido equiparado, en ocasiones, por la jurisprudencia al de las otras cavidades corporales, la vaginal y la anal. A todas ellas protege y restringe el acceso el derecho a la intimidad personal. Ahora bien, a nadie se le escapa que el sentido del pudor, al que en alguna ocasión se ha referido el TS (y que aparecerá más adelante en este estudio), afecta más a las cavidades anal y vaginal que a la bucal.

El registro de la cavidad bucal, cuando los agentes de la Policía Judicial hayan observado que se introduce en la misma algún objeto que pueda ser prueba del delito o constituir un riesgo para la persona que lleva a cabo esta acción, es equiparable a un cacheo normal, sin que alcance la trascendencia de un registro anal o vaginal.

¹² La sospecha es definida como la acción y efecto de sospechar. Este término, a su vez, viene definido como aprehender o imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o visos de realidad (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 22ª edición).

El TS tiene declarado el registro de la cavidad bucal no afecta ni a la dignidad de la persona, ni la integridad física o moral, ni implica tratos inhumanos o degradantes, ni al derecho a la intimidad¹³.

Por otro lado, no hemos de dejar de tener en cuenta que si la persona en cuestión ha introducido en su cavidad bucal algún elemento peligroso para su salud (v.gr., bolsitas conteniendo droga), es obligación de los funcionarios de la Policía Judicial, ex artículo 5.3.b) de la LO 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el velar por la vida e integridad de las personas que se encuentren bajo su custodia, por lo que se estaría dando una situación de necesidad urgente que habilitaría (también) para la intervención sobre la tan citada cavidad bucal.

De todo lo expuesto, se desprende que la inspección de la cavidad bucal, con carácter general, no es más que un simple cacheo. Así pues, aunque algunas sentencias tratan conjuntamente las tres cavidades naturales del cuerpo humano (anal, vaginal y bucal), lo cierto es que la inspección de la cavidad bucal carece de las implicaciones en relación con los derechos fundamentales que tiene siempre la inspección de las otras dos.

IV. NATURALEZA

Definidas ya las distintas modalidades del cacheo policial, indagaremos sobre la verdadera naturaleza de esta medida. Tanto para el TS como para el TC, las diligencias de cacheo no suponen para el afectado sino un sometimiento normal (y legítimo) a las normas de policía¹⁴, siempre que su realización y consecuente inmovilización del ciudadano lo sea durante el tiempo imprescindible para su práctica.

La llamada diligencia de "cacheo" no es equivalente a una detención en el sentido del art. 490 y ss. de la LECrim.¹⁵ Si bien se considera que constituye una breve medida coactiva, se diferencia esencialmente de la detención en que tiene un efecto cuantitativamente reducido.

Así pues, no se trata de una detención. Ello tendrá innegables consecuencias en el ámbito de la aplicación a las personas sujetas a esta medida de las garantías y derechos que rodean a la detención.

Desde una perspectiva objetiva se puede distinguir entre investigación corporal del imputado y registro corporal. La primera consiste en la investigación del cuerpo mismo –estado mental o contenido de alcohol en sangre–, mientras que por la segunda se trataría de encontrar objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo, boca, ano y vagina¹⁶. Así pues, para el TS el cacheo en cualquiera de sus

¹³ Vid. en este sentido, STS (Sala II), núm. 16/93, de 15 de enero.

¹⁴ SSTs (Sala II), de 7 de julio de 1995, de 23 de diciembre de 1996, núm. 1605/99, de 14 de febrero de 2000 y núm. 1393/02, de 24 de julio.

¹⁵ STS (Sala II), núm. 3997/95, de 7 de julio.

¹⁶ SSTs (Sala II) núms. 2830/96, de 11 de mayo y 874/98, de 26 de junio.

modalidades constituye una medida de registro corporal, lo que por otro lado, parece obvio.

Sin embargo, en otras resoluciones incluye al cacheo dentro de las intervenciones corporales. Efectivamente, dicho Tribunal considera intervenciones corporales susceptibles de ser acordadas en el seno del proceso penal, a actos de muy distinto carácter: la toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, cacheo externo, extracción de orina o examen radiológico. El listado no es exhaustivo y es preciso, según el TS, dar respuesta individualizada a cada una de ellas¹⁷.

El TC, por su parte, en su Sentencia núm. 35/96, estableció que las intervenciones corporales consisten en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos...) distinguiendo entre intervenciones graves o leves en función de la peligrosidad de la extracción¹⁸.

De acuerdo con lo expuesto nos parece excesivo considerar que el cacheo sea una intervención corporal. En ninguna de sus modalidades el cacheo consiste en extraer algún elemento del cuerpo (sangre, pelo, etc.) del propio cuerpo. Así pues, no estamos ante una intervención corporal, sino ante una medida de registro corporal, no equivalente a la detención.

V. OBJETO MATERIAL DE LA DILIGENCIA

Aunque nos parece que la dignidad consustancial al ser humano impide hacer de este un objeto, tenemos que considerar, desde un punto de vista jurídico, que el objeto sobre el que recae esta diligencia es el propio cuerpo humano, la realidad física que sirve de soporte a la vida y a todos los derechos que dimanar de la misma. A ello deben unirse las prendas de ropa y efectos que porte encima la persona de quien es parte indisoluble dicho cuerpo.

Es en este sentido en el que cabe decir que el cuerpo humano es el escenario donde se desarrolla la libertad del individuo, por lo que cualquier intervención sobre el mismo en el curso de una investigación sobre hechos delictivos tiene que realizarse respetando su derecho a la integridad física y moral y a su intimidad personal¹⁹.

VI. HABILITACIÓN LEGAL

La norma legal que ampara la realización del cacheo es el artículo 19.2 de la LO 1/92, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Hemos de tener en cuenta en relación con los controles tendentes a la indagación y a la prevención de

¹⁷ En este sentido, STS (Sala II), núm. 277/09, 13 de abril.

¹⁸ STS (Sala II), núm. 1393/02, de 24 de julio.

¹⁹ STS (Sala II), núm. 874/98, de 26 de junio.

actividades delictivas que se recogen en los artículos 19²⁰ y 20²¹ de la citada ley, en el curso de los cuales se realizan las diligencias de identificación, que dichos controles son perfectamente acordes con la Constitución, como declaró el TC en Sentencia de 18 de noviembre de 1993²². Además el artículo 11.1, apartados f) y g) de la LO 2/86, de FCS²³, faculta a la policía, según el TS, para llevar a cabo los cacheos con inmovilizaciones transitorias de personas²⁴.

No podemos concluir el presente epígrafe sin hacer mención a aquellos cacheos a los que ya nos hemos referido con antelación, practicados sobre la persona del detenido, normalmente con carácter previo a su ingreso en calabozos, en búsqueda de objetos que pudieran suponer un peligro para él mismo o para terceros (compañeros de calabozo o funcionarios).

Así pues, en lo referido a esos elementos que puedan poner en riesgo su integridad física o su propia vida, existe un deber de la Administración de velar por la conservación tanto de una como de otra. Además de la vigilancia que debe ejercerse sobre los detenidos una vez ingresados en los calabozos para su custodia, parece obvio que el cacheo exhaustivo sería un sistema obligado para evitar que el detenido porte dichos objetos, antes de su ingreso en las citadas instalaciones de custodia. El hecho de

²⁰ Artículo 19.1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir, por el tiempo imprescindible, la circulación o permanencia en vías o lugares públicos en supuestos de alteración del orden, la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia, cuando fuere necesario para su restablecimiento.

Asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.

2. Para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado, al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos (...)

²¹ Artículo 20.1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible. (...)

²² En este sentido, STS (Sala II), núm. 560/99, de 9 de abril.

²³ Artículo 11.1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones:

f) Prevenir la comisión de actos delictivos.

g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.

²⁴ En este sentido, STS (Sala II), núm. 1052/10, de 9 de diciembre.

no adoptar dichas medidas podría motivar (de hecho, lo hace) la declaración de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, en este caso, el de custodia de los detenidos. Así ha sido declarado, en alguna ocasión, por el TS y la Audiencia Nacional (en adelante, AN):

“En el tema de suicidio de detenidos o internos en calabozos policiales o establecimientos penitenciarios, hemos de tener en cuenta la jurisprudencia sobre esta materia que viene a establecer que la intervención de la propia víctima causándose la muerte no es suficiente por sí sola para excluir la responsabilidad de la Administración cuando junto con esa conducta existe también una deficiencia o un cierto elemento de anormalidad en la actuación administrativa por irregularidades en la custodia y deber de vigilancia de los detenidos o presos, concurriendo en este caso la culpa de la víctima y la responsabilidad de la Administración. Ahora bien también la jurisprudencia ha puesto de relieve que queda excluida esa responsabilidad administrativa en los casos en que no se advierta anomalía en la prestación del servicio, por la existencia de una vigilancia adecuada o la inexistencia de omisión de los servicios públicos penitenciarios”²⁵.

“(…) la conclusión a que llegamos es la de que ha existido un elemento de anormalidad en el servicio público prestado, (...) Es decir, que por no haberle requisado el cordón de su prenda interna que utilizó para ahorcarse y además no vigilarlo más estrecha y periódicamente, podría haberse evitado que el detenido arrancase el cordón de la prenda a cuya tela estaba cosido y lo utilizara para quitarse la vida. OCTAVO: De todo ello llegamos a la conclusión de que existió anormalidad por parte de la Administración en la obligación de velar por la vida e integridad física del detenido obligación que es de actividad y no de resultado, de ahí que deba imputarse al funcionamiento del servicio de la Guardia Civil el suicidio del hijo de la recurrente, y que debamos declarar la existencia de responsabilidad patrimonial imputable a la administración penitenciaria del Estado”²⁶.

Debe tenerse en cuenta, como fundamento legal de esta actuación, el artículo 5.3.b) de la LO 2/86, de FCS, que establece como uno de los principios básicos de actuación de la policía, en relación con los detenidos, el de velar por la vida e integridad física de los mismos, mientras estén bajo su custodia.

VII. SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del cacheo policial ha de ser, obviamente, un policía. El término “policía” ha de ser interpretado como miembro de la Policía Judicial, entendiendo este servicio no sólo en sentido estricto (el que desempeñan los integrantes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial), sino también en sentido amplio (todos los miembros de las FCS – Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Policías autonómicas y locales, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias -, en cuanto presten funciones de averiguación del delito y del delincuente).

En cuanto a los vigilantes de seguridad y, en general, los particulares, como ya sabemos, el artículo 490 LECrim, permite la detención, entre otros supuestos, del que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo, o al delincuente “*in*

²⁵ SAN (Sala de lo c.a. – Sección 5ª), de 7 de marzo de 2007, ratificada por STS núm. 2785/11, de 13 de mayo.

²⁶ SAN (Sala de lo c.a. – Sección 5ª), de 11 de julio de 2007.

fraganti”²⁷. La pregunta que surge, con carácter inmediato y en relación con el objeto de este estudio es si el particular puede llevar a cabo alguna actuación sobre la persona detenida o debe limitarse a ponerla a disposición de la autoridad judicial (directamente o a través de los funcionarios de la Policía Judicial) en el plazo más breve posible²⁸.

Desde luego y tras analizar sumariamente los supuestos habilitantes de la detención, ninguno de ellos requiere actuaciones posteriores urgentes previas a la entrega del detenido²⁹. Así pues, no procede que el particular lleve a cabo medida alguna de investigación.

Se nos plantean dos problemas en relación con el cacheo por particulares. ¿Puede el particular, en tanto no comparece la policía, cachear al detenido para asegurarse de que no porta armas u otros objetos peligrosos para sí mismo o para terceras personas? Y, además, en el caso de que el delito flagrante, si el detenido porta encima las pruebas o el objeto del delito ¿está el particular facultado para proceder al cacheo del detenido en búsqueda de los elementos citados, si existe riesgo de que dichos objetos desaparezcan antes de que llegue la Policía Judicial para hacerse cargo del detenido?

Trataremos de dar respuesta a estas dos cuestiones no solventadas por los textos legales, como tantas otras en esta materia. La STS (Sala II), núm. 613/02, de 8 de abril, nos da una respuesta a una de las dos. Si bien en la misma se hace referencia a la actuación de un vigilante de seguridad, recordemos que en nuestro ordenamiento procesal los vigilantes de seguridad son considerados particulares, no agentes de la autoridad ni mucho menos miembros de la Policía Judicial. Por tanto no pueden efectuar detenciones más que en los supuestos del artículo 490 LECrim. Ciertamente, sí tienen la obligación ex artículo 11.1.d) de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, de “Poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquellos”.

Pero esta obligación de los vigilantes de seguridad de poner a disposición de los miembros de las FCS (en adelante, FCS) es la misma que la que tiene un particular que

²⁷ Artículo 490.- Cualquier persona puede detener: 1/ Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo. 2/ Al delincuente *in fraganti*. 3/ Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4/ Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5/ Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6/ Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7/ Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

²⁸ Artículo 496.- El particular, Autoridad o agente de Policía Judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes arts., deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma.

²⁹ Salvo la justificación de haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos legalmente establecidos, ex artículo 491 LECrim.

hubiese practicado una detención. No va a ser (normalmente) el Juez de instrucción quien va a recibir al detenido por el particular, sino que dicho particular lo va a entregar a los miembros de las FCS. Y esa entrega va a ser inmediata. Mientras que la detención es una facultad del particular, la entrega y la inmediatez en la misma ya no lo es, tornándose obligatoria.

¿Qué ocurre con los instrumentos, efectos y pruebas del delito que ha habilitado al particular para efectuar la detención? Evidentemente, ha de entregarlos junto con el detenido. Eso no plantea mayor problema cuando no estén sobre el cuerpo o en las ropas del detenido. Pero, ¿qué puede hacer el particular en el caso de que sí lo estén? La respuesta nos la da el TS, en la sentencia citada, al decir de estas detenciones que “(...) Se trata desde luego de actuaciones a prevención pero que sin duda alcanzan las medidas necesarias y proporcionadas para asegurar la puesta a disposición de la autoridad o de sus agentes del delincuente, así como de los efectos, instrumentos y pruebas de los hechos presuntamente delictivos (...)” Estas “medidas necesarias y proporcionadas” a las que se refiere el Tribunal no fueron otras que un registro superficial en el que un vigilante de seguridad halló nueve pastillas de éxtasis en un bolsillo del pantalón de la persona a la que detuvo. Estamos hablando de un cacheo superficial llevado a cabo por un particular, vigilante de seguridad. A nuestro juicio nada obsta para que cualquier particular, ajustándose a esa necesidad y proporcionalidad, lleve a cabo un cacheo de la persona detenida.

Nos queda, en esta cuestión, determinar si puede el particular proceder a un cacheo superficial del detenido y de sus ropas con la finalidad de buscar armas u otros objetos peligrosos. No hace falta entrar en mayores disquisiciones, ya que es la mera lógica la que nos da la respuesta. El particular que ha efectuado una detención debe intentar que la persona detenida no tenga en su poder armas u objetos peligrosos para sí mismo, ya que desde que el particular detiene adquiere una posición de garante sobre el detenido. Además, debe evitar que el detenido pueda usar cualquier objeto que tenga oculto para acometerle con el mismo. Se trata de garantizar la indemnidad propia y el ordenamiento no puede actuar contra una premisa tan obvia, siempre, por supuesto que el particular se ajuste a los tan repetidos criterios de necesidad y proporcionalidad, así como no vulnere ninguno de los derechos fundamentales a los que nos referiremos seguidamente en este trabajo.

VIII. SUJETO PASIVO

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, en principio, y con carácter general, el sujeto pasivo de esta medida es el sospechoso de haber cometido un delito. Sin embargo, en tanto esta actuación policial tiene la finalidad de permitir la obtención de pruebas, la autorización que concede la LO 1/92, artículo 19.2, se extiende también a quienes no sean necesariamente sospechosos de haber cometido un delito. En el Derecho comparado, v. gr, en Alemania, esta facultad está expresamente establecida, pues mientras el parágrafo 102 se refiere exclusivamente al sospechoso, el 103 prevé

expresamente el caso de "registro de otras personas" (parágrafos 102 y 103 StPO alemana)³⁰.

Nos gustaría hacer aquí mención a las consecuencias penológicas resultantes del hecho de que el sujeto pasivo se sometiese sin oposición a la diligencia. Las defensas de algunos imputados han pretendido obtener beneficios penales para sus patrocinados del hecho de someterse a esta diligencia, pretendiendo equiparar dicho sometimiento a una confesión. La jurisdicción ha sido, en este asunto, tajante, no admitiendo dicho sometimiento como una atenuante analógica a la confesión. El oponerse a un cacheo puede constituir otra infracción, o determinar una gravedad mayor de los hechos, pero no hacerlo no es motivo de atenuación: es el comportamiento esperable también de quien ha cometido un delito. Sí que se admite, sin embargo, que el sometimiento a un examen que además deviene obligatorio puede ser valorable, pero agota su eficacia en la imposición, vía art. 66, de la pena en sus tramos inferiores³¹.

IX. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

En las resoluciones del TS que hemos estudiado, ha sido analizada la afección por los cacheos de determinados derechos fundamentales, previstos en la Constitución. Veámoslos, a continuación, con cierto detalle.

1. La dignidad de la persona (artículo 10)

La dignidad de la persona no constituye un derecho fundamental (que están enunciados en los artículos 14 a 29 de la Constitución), sino un "fundamento del orden político y de la paz social". Lo traemos a colación porque es sistemáticamente alegado por los letrados que atacan la realización de un cacheo en el que se han obtenido elementos incriminatorios para sus patrocinados. No obstante, debe entenderse siempre en relación con algún otro derecho fundamental, usualmente el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes o el derecho a la intimidad.

Centrándonos en la dignidad de la persona, su contenido esencial consiste en la prohibición de ocasionar padecimientos físicos o psíquicos ilícitos, infligidos de modo vejatorio y que tienen el propósito, precisamente, de vejar y doblegar la voluntad de quien los sufre. Así ha sido definido el contenido esencial de este derecho por el TS³².

2. Derecho a la integridad física (artículo 15)

Reiteradamente el TS ha declarado que el derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo³³, ya que la mínima intervención corporal que el cacheo supone excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado³⁴. Su integridad física

³⁰ En este sentido, STS (Sala II), núm. 3997/95, de 7 de julio.

³¹ En este sentido, STS (Sala II), núm. 422/11, de 18 de mayo.

³² Por todas, las SSTs (Sala II), núm. 1393/02, 24 de julio y del TC núm. 120/90.

³³ Entre otras, la STS (Sala II), núm. 525/00, de 31 de marzo.

³⁴ SSTs (Sala II) núms. 352/06, de 15 de marzo y 1133/10, de 21 de diciembre.

sólo podría verse comprometida en el caso de alguna intervención corporal (extracción de elementos corporales: pelos, sangre, etc.) y ya razonamos más arriba que el cacheo no es, en modo alguno, una intervención corporal.

3. Derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes (artículo 15)

El TS, recogiendo la jurisprudencia del TC y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, define tanto el trato inhumano como el degradante: el trato inhumano como aquel trato que acarree sufrimientos de especial intensidad; y el trato degradante como el trato que provoca una humillación o sensación de envilecimiento que alcanza un nivel determinado³⁵.

Hemos de hacer constar, en este momento, que el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes presenta una íntima conexión con la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 de la Constitución. En relación con la citada conexión, una Sentencia del TS, de 5 de octubre de 1989, reputa vejatoria la situación de dos detenidos que fueron obligados por la policía a desnudarse y efectuar flexiones de piernas en un portal, con el fin de comprobar un supuesto transporte de drogas en el recto.

Abundando en lo anterior, “(...) en la STS 19.2.1999 se contemplaba la intervención de una pequeña cantidad de droga obtenida mediante el procedimiento de ordenar a la acusada, detenida en una dependencia judicial, que se desnudara y efectuase flexiones, abriendo y cerrando las piernas, hasta que cayó al suelo el pequeño envoltorio que guardaba en su vagina. Para ese supuesto declaramos, con cita de las STS de 11.5.1996 y 26.6.1998, la inconstitucionalidad de dicho proceder policial por constituir un trato degradante, constitucionalmente prohibido (art. 15.1º de la Constitución Española)”³⁶.

El hecho de desnudar a una persona implica un ataque a su intimidad y si además se le obliga a realizar flexiones supone someterle a un trato humillante y degradante que vulnera los artículos 18.1 y 15 de la Constitución e invalida la prueba así obtenida. Estas consideraciones no ceden por el hecho de que las actuaciones descritas se llevaron a cabo en el aseo de la Comisaría y en presencia de los dos policías que tenían a su cargo la custodia del detenido³⁷. Esta afirmación respecto al desnudo es matizada y restringida en otras resoluciones. Efectivamente se afirma que lo que comporta una intromisión en la intimidad de la persona y puede según el método empleado afectar al derecho a un trato no degradante es la actuación sobre las cavidades corporales (boca, ano y vagina)³⁸. De ello, forzosamente hemos de deducir que cuando no se actúe sobre dichas cavidades corporales, no estamos ante un trato degradante, sin perjuicio de que pudieran afectarse otros derechos fundamentales. Recordemos que en el presente trabajo, partimos de la base que la actuación sobre dichas cavidades excede

³⁵ STS (Sala II), núm. 874/98, de 26 de junio.

³⁶ STS (Sala II), núm. 473/05, de 14 de abril.

³⁷ STS (Sala II), núm. 2830/96, de 11 de mayo.

³⁸ SSTs (Sala II), núms. 2830/96, de 11 de mayo y 874/98, de 26 de junio.

lo que puede considerarse un cacheo policial, salvo lo que ya hemos expuesto sobre la cavidad bucal.

Nos reafirmamos en esta interpretación tras examinar la jurisprudencia del TC sobre esta cuestión. En su Sentencia núm. 57, de fecha 28 de febrero de 1994, resuelve un recurso de amparo interpuesto por un recluso al que en un centro penitenciario se le ordenó desnudarse y practicar varias flexiones. Pues bien, el TC deniega el amparo, argumentando que el contenido de la orden no entrañaba que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de otra persona, sino sólo que el recluso, contra su voluntad, se desnudara y, una vez desnudo, practicara varias flexiones. La orden impartida, ni por su finalidad, ni por su contenido, ni por los medios utilizados, acarreó un sufrimiento de especial intensidad o provocó una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo que pudiese constituir un trato vejatorio y degradante, prohibido por el artº 15 CE. Sí hace mención el Tribunal a algunos elementos que hipotéticamente hubiesen podido hacer pensar otra cosa, tales como la duración o el número de las flexiones o si el local donde habría de practicarse la medida era o no un espacio abierto del establecimiento penitenciario al que pudieran tener acceso terceras personas.

4. Derecho a la libertad, en su manifestación de libertad de circulación por el territorio nacional o libertad deambulatoria (artículo 17)

La libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico español, al igual que en cualquier país democrático. Sin embargo, no es un valor absoluto, ya que la ley puede establecer determinados límites a la misma. Así lo prevé nuestra Constitución, en el propio artículo 17³⁹.

El cacheo policial no afecta al derecho a la libertad deambulatoria. La detención a la que se refiere el artículo 17 de la Constitución no es en modo alguno equiparable a las simples retenciones o restricciones de libertad provisionales que precisan la práctica de diligencias no dirigidas contra la libertad ambulatoria en sentido estricto. Entre estas retenciones o restricciones de libertad provisionales incluye el Tribunal las pruebas de alcoholemia, la identificación o los cacheos⁴⁰. En esa línea, no es lo mismo la privación de libertad, que la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto⁴¹.

En definitiva, tanto el TS como el TC han establecido reiteradamente que lo mismo el derecho a la libertad que el derecho a no ser privado de la misma sino en los casos y en la forma establecida por la Ley, junto con el derecho de los españoles a circular libremente por el territorio nacional, no se ven afectados por las diligencias policiales de cacheo e identificación. Obviamente, el cacheo conlleva unas molestias y

³⁹ Artículo 17. 1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.

⁴⁰ En este sentido, entre otras, la STS (Sala II), núm. 560/99, 9 de abril.

⁴¹ Entre otras, SSTS (Sala II), núm. 560/99, 9 de abril y otra de 15 de abril de 1993.

además, para llevarlo a cabo es necesaria una inmovilización de la persona que se somete al mismo, por el tiempo imprescindible para su práctica. Dicha inmovilización y las referidas molestias no constituyen más que un sometimiento legítimo de la persona cacheada, desde la perspectiva constitucional, a las normas de la Policía⁴².

5. Derecho a la intimidad (artículo 18.1) y en especial, la intimidad corporal

El derecho a la intimidad ha sido analizado con relativa frecuencia por el TC, habiendo establecido un corpus doctrinal sobre el mismo que nos permite establecer con claridad qué es la intimidad corporal y qué es lo que se protege con la misma. La intimidad personal constituye un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona humana, consagrada en el artículo 10 de la Constitución, a la que ya nos hemos referido con antelación⁴³. El derecho fundamental a la intimidad personal permite garantizar la existencia de un ámbito propio y reservado de la persona excluido de la acción y el conocimiento de los demás. Dicho ámbito es necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana⁴⁴.

Dentro de este ámbito (intimidad personal), podemos distinguir la que el TC denomina “intimidad corporal” que no puede afectarse por las investigaciones que sobre el cuerpo de la persona quieran imponerse contra su voluntad. Se protege de este modo el sentimiento de pudor personal. Este sentimiento debe interpretarse en relación con estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad⁴⁵. Insistimos en que la intimidad corporal no hace referencia a una entidad física, sino como puede colegirse de lo dicho anteriormente, cultural.

De todo esto se extraen dos conclusiones. En primer lugar, no son intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que no constituyen violación del pudor o del recato, bien por las partes del cuerpo sobre las que actúan o por los instrumentos mediante los que se realizan. En segundo término, incluso las actuaciones que afecten al ámbito protegido por el derecho a la intimidad pueden estar legitimadas ya que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto y puede ceder ante exigencias públicas⁴⁶. En este sentido ya declaró en su día el TC, en relación con los ciudadanos en situación de libertad, que “(...) tal afectación del ámbito de intimidad es sólo posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 C.E.)”⁴⁷.

⁴² Tribunal Constitucional (Providencia de 26 de noviembre de 1990, recurso de amparo 2252/90, ratificadas por las dos de 28 de enero de 1991, recurso de amparo 2260/91 y 2262/91) y STS (Sala II) núm. 2449/93, de 15 de abril.

⁴³ Por todas, la STC 57/94, de 28 de febrero.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ En relación con este sentimiento del pudor o del recato, se ha estimado que un cacheo que no implique la retirada de la ropa de los detenidos, no implica actos que pudieran atentar al pudor o el recato de la persona detenida (vid. STS, Sala II, núm. 1393/02, 24 de julio).

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ STC núm. 37/1987.

Así pues, queda ya claramente establecido que el cacheo tendría (hipotéticamente) incidencia en la denominada “intimidad corporal”, una de las manifestaciones, como hemos dicho, del derecho a la intimidad personal. ¿Cuándo incide un cacheo sobre el derecho a la intimidad? La respuesta nos la facilita el TS: Cuando recae sobre partes íntimas o cuando incide en la privacidad⁴⁸. De este modo, desde un punto de vista negativo, cabe afirmar que en los que el TS denomina “cacheos externos” no operan las garantías constitucionales del art. 18 C.E.⁴⁹ Respecto a qué cacheo es el cacheo externo, el Tribunal en el caso concreto parece referirse al cacheo superficial, sobre la ropa. Surge el problema de si en un cacheo no externo operan esas garantías o tampoco lo hacen, es decir, si es necesario interpretar esa exclusión de las garantías del artículo 18 a sensu contrario en lo que se refiere a los cacheos no externos.

Sobre este problema volveremos más adelante cuando nos refiramos al denominado cacheo con desnudo integral y desde luego podría hablarse en lo que se refiere a la exploración de las cavidades corporales (boca, ano y vagina), si no hubiésemos descartado dichas exploraciones del ámbito del cacheo policial. No obstante, consideramos que a estas alturas queda claro que cualquier actuación sobre las cavidades mencionadas comporta una intromisión (habría que dilucidar si lícita o no) en la intimidad de la persona⁵⁰.

En definitiva, son reiteradas las declaraciones del TS en las que se interpreta que no se afecta con el cacheo al derecho a la intimidad, en el supuesto de que la actuación policial esté justificada y se mantenga dentro del respeto al principio de proporcionalidad⁵¹.

Por lo que se refiere a la práctica material del cacheo, deben cumplirse tres condiciones para que dicha práctica preserve el derecho a la intimidad⁵²: a) que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo⁵³; b) que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado; y c) que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes.

6. Derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2)

El cacheo puede incidir indirectamente en el derecho a la presunción de inocencia que consagra el artículo 24 de la Constitución Española, dado que una condena debe basarse necesariamente en pruebas de cargo de contenido incriminatorio válidamente practicadas. Si esas pruebas, o mejor dicho, los elementos constitutivos del objeto de prueba, se hubieran obtenido vulnerando derechos fundamentales, no serían

⁴⁸ STS (Sala II), núm. 1393/02, 24 de julio.

⁴⁹ STS (Sala II), núm. 2148/10, de 11 de noviembre.

⁵⁰ En este sentido las SSTs (Sala II), de 11 de mayo de 1996 y 874/98, de 26 de mayo. Mantenemos, en esta cuestión, lo dicho para la cavidad bucal.

⁵¹ Por todas, las SSTs de 7 de julio de 1995, de 23 de diciembre de 1996, núm. 1605/99, de 14 de febrero de 2000 y núm. 1393/02, de 24 de julio.

⁵² STS (Sala II), núm. 352/06, de 15 de marzo.

⁵³ STS (Sala II), de 23 de febrero de 1994.

válidas⁵⁴. La consecuencia es obvia: Si las pruebas han sido obtenidas mediante un cacheo en el que se hayan vulnerado los derechos fundamentales del imputado (derechos a los que se refieren los últimos epígrafes), son inválidas y no pueden desvirtuar la presunción de inocencia.

En aras de mantener estos principios podemos afirmar, con carácter general, que el derecho a la presunción de inocencia sólo puede ceder ante la existencia de pruebas de cargo, lícitamente obtenidas y suficientemente contrastadas a través del debate contradictorio, en juicio oral y público⁵⁵, y que la ilicitud en el empleo de los medios para obtener aquellas, las convierte en inválidas, no desvirtuando la presunción de inocencia. Recordemos que el artículo 11.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en tal sentido, establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales. Así pues, la hipotética ilicitud del cacheo implicaría que cualquier objeto de prueba obtenido en el mismo, en virtud de la teoría refleja, devendría ilícito y por tanto, inválido. En ese hipotético supuesto habría existido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

7. Derecho a la asistencia letrada (artículo 24.2)

La jurisprudencia ha establecido, de modo reiterado, que no es preceptiva la presencia de letrado en la práctica del cacheo, así como tampoco las demás garantías inherentes a la detención.

Es más, aunque estuviéramos en presencia de un detenido al que se le efectúa un cacheo, el cacheo es una actuación inmediata sobre este que no exige la asistencia letrada, por las siguientes razones: a) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia; b) porque la presencia de Letrado no supone un "plus" de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia, sobre el que existe abundante jurisprudencia; y c) el derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo⁵⁶.

Abundando más en lo anterior habría que preguntarse cuál es la finalidad básica que intenta llenar la asistencia letrada, tal y como viene establecida por el artículo 24.2 de la Constitución. Dicha finalidad es la de evitar la indefensión material, cuando el

⁵⁴ En este sentido, STS (Sala II), núm. 874/98, de 26 de junio.

⁵⁵ STS (Sala II), de 28 de diciembre de 1995.

⁵⁶ STS (Sala II), núm. 525/00, de 31 de marzo.

acusado, por dicha causa, sufriera una manifiesta merma en sus garantías jurídicas⁵⁷, protegiendo y apoyando moralmente o ayudando profesionalmente al acusado⁵⁸.

Como en su día expresó el TC⁵⁹, aunque la Constitución garantiza la asistencia de Abogado (artículo 17.3 y 24 de la Constitución) en todas las diligencias judiciales y policiales, es cierto que de dicha exigencia no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos introductorios. En los demás actos procesales, en los que no es necesario garantizar la contradicción, la intervención del defensor no deviene obligatoria⁶⁰. El cacheo no es un acto procesal en el que sea preciso garantizar la contradicción, sino una actividad de investigación, de tipo objetivo, similar a una prueba de verificación de alcohol en aire espirado.

En definitiva, no es exigible informar de sus derechos como detenido y la subsiguiente asistencia letrada a alguien que carece de esa situación de privación de libertad⁶¹, como es el caso del cacheado, previa a su hipotética detención. Una vez detenida una persona, gozará de las garantías que el ordenamiento establece para tal situación, pero en concreto la asistencia letrada no afectaría a esta actividad de investigación o de protección de la propia persona detenida y/o de terceros.

X. REQUISITOS PARA LA PRÁCTICA DEL CACHEO

La jurisprudencia viene estableciendo una serie de requisitos que han de ser cumplidos para que la inmediata práctica del cacheo no devenga ilegítima. Es decir, aquí no trataremos los requisitos que deben concurrir en la propia práctica material del cacheo, sino los que han de concurrir para que el mismo pueda ejecutarse lícitamente, esto es, sus presupuestos habilitadores.

El criterio interpretativo básico, del que derivan todos los demás, es el de que la actuación policial ha de estar justificada. Esta justificación implica que la elección de la persona cacheada por el agente de policía no sea arbitraria ni indiscriminada, ni fruto del desafuero y además, que sea proporcional⁶². Es decir, no arbitrariedad y proporcionalidad.

Profundizando un poco más en estos conceptos, no siempre excesivamente bien definidos, el que la medida de investigación no sea arbitraria ni indiscriminada ni fruto del desafuero, implica que el agente debe tener motivos racionalmente bastantes para estimar que una persona oculta entre sus ropas elementos que pueden servir como prueba de un delito. Además, por su lado, la proporcionalidad impone que se trate de un delito que en la consideración del legislador revista una cierta gravedad⁶³. La

⁵⁷ En el mismo sentido, las SSTS (Sala II), núms. 352/06, de 15 de marzo y 168/01, de 9 de febrero.

⁵⁸ STC de 7 de octubre de 1985.

⁵⁹ STC 206/91.

⁶⁰ STS 352/06, de 15 de marzo.

⁶¹ En este sentido, la STS (Sala II), núm. 1393/02, de 24 de julio.

⁶² Sobre la justificación del cacheo, por todas, vid. STS (Sala II), núm. 560/99, 9 de abril.

⁶³ Entre otras, vid., SSTS (Sala II), núm. 1066/96, de 23 de diciembre, y de 7 de julio y 28 de diciembre de 1995 y de 2 de febrero de 1996.

sospecha no será arbitraria cuando exista algún dato objetivo que permita mantener la misma⁶⁴.

Veamos estos elementos en un caso concreto: la intervención policial no fue arbitraria ni discriminatoria ya que: a) conocían con anterioridad al recurrente y a su acompañante, b) la actuación policial se integraba en un servicio especial destinado a la "evitación del tráfico y consumo de drogas en la demarcación", c) su actuación de control se centró sobre uno de los lugares donde más incidía dicho problema, precisamente en los alrededores de una determinada Discoteca, d) que observaron al recurrente dentro de un vehículo en el aparcamiento de la referida Discoteca, siendo las 4,30 horas de la madrugada, y e) que disponían de informaciones que les permitieron reconocer al recurrente y a su acompañante como personas relacionadas con el referido mercado de las drogas⁶⁵.

Por lo que se refiere al criterio de la proporcionalidad, cabe decir que dentro de estos delitos "graves", se incluyen también a los causantes de alarma social⁶⁶. Dentro de éstos, la jurisprudencia incluye reiteradamente el tráfico de drogas.

El TS ha diferenciado en alguna ocasión⁶⁷ dos tipos de cacheos, en función de la actuación policial en que se desarrollan. Así, nos dice que las identificaciones y cacheos pueden deberse a controles, que deben estar justificados en su consideración como medida general en cada caso, y solo en relación al control superficial de los efectos personales, salvo que su resultado aconseje otra cosa. Es decir, que en el seno de un operativo policial de controles generales, el cacheo ha de limitarse al citado control superficial de efectos personales y el requisito para proceder a lo que el TS denomina "otra cosa", que no puede, en principio, ser más que un cacheo más exhaustivo, es que el resultado de la primera actuación lo aconseje. Poca precisión es esta. Sin embargo, serán los objetos o sustancias detectados en ese control los que llevarán, aplicando las "máximas de experiencia policial" a profundizar en la búsqueda, cuando pudieran constituir algún tipo de indicio de la perpetración de un hecho punible.

También, siguiendo el razonamiento del Tribunal, cuando estas actuaciones se refieran a personas concretas fuera de los controles a que hemos hecho referencia y vayan más allá de lo imprescindible para la identificación, su justificación es una sospecha razonable de la comisión de un delito. Estas sospechas no pueden ser ilógicas, irracionales o arbitrarias.

XI. REQUISITOS DE LA PRÁCTICA DEL CACHEO

El TS no diferencia de modo claro entre los requisitos que han de darse para practicar un cacheo de aquellos que han de concurrir en la práctica del mismo. Por ello,

⁶⁴ STS (Sala II), núm. 677/09, de 16 de junio.

⁶⁵ STS (Sala II), núm. 1066/96, de 23 de diciembre.

⁶⁶ Entre otras, las SSTS (Sala II), núms. 3997/95, de 7 de julio y 2830/96, de 11 de mayo.

⁶⁷ STS (Sala II), núm. 677/09, de 16 de junio. Se mantuvo la condena a dos guardias civiles por sendos delitos de detención ilegal y contra la integridad moral.

en este epígrafe seguiremos tratando de desentrañar los requisitos que la jurisprudencia mayor liga el cacheo, en lo que se refiere a su práctica material.

El cacheo del detenido está amparado por la ley en los supuestos en ella establecidos, siempre que esté sujeto a las exigencias de proporcionalidad, razonabilidad y respeto a la dignidad y decoro del detenido⁶⁸.

De un primer análisis de lo expresado por el Tribunal y de lo visto en el anterior epígrafe, parecería que la proporcionalidad y la razonabilidad pertenecen al primer grupo, mientras que el respeto a la dignidad y decoro del detenido conciernen al segundo. Sin embargo, dentro de la práctica de esta diligencia de investigación, junto al respeto a la dignidad y al decoro del detenido, cada una de las actuaciones a que se concreta el cacheo ha de responder en su ejecución a los principios de proporcionalidad, pero sobre todo, de razonabilidad.

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad, la preservación del mismo implica necesariamente hacerlo en lugar reservado, evitando siempre posturas o situaciones degradantes o humillantes⁶⁹.

No está de más traer aquí a colación el artículo 5.2 de la LO 2/86, de 13 de marzo, de FCS, en el que dentro de los principios básicos de actuación de sus miembros, en lo que referente a las “Relaciones con la comunidad”, se explicita que los integrantes de dichas Fuerzas y Cuerpos han de impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral, así como observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, (...) En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas.

De este mandato podemos deducir algunos requisitos que ha de cumplir la práctica del cacheo, ya que si estas personas han de impedir cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral⁷⁰, menos aun pueden ellas protagonizarlas. Así quedan vedados los abusos, arbitrariedades y discriminaciones. Respecto a la duración de la medida, debe emplearse en la misma el tiempo imprescindible⁷¹. Hemos de reiterar en este punto lo que ya establecimos supra al estudiar las posibles afecciones al derecho fundamental de la intimidad: El cacheo ha de realizarse por una persona del mismo sexo que la cacheada; ha de efectuarse en un sitio reservado, según su intensidad y alcance corporal y han de evitarse posturas o situaciones degradantes o humillantes. Por supuesto y para concluir, ha de proporcionar al cacheado información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre la causa y finalidad de esta medida.

⁶⁸ SSTS (Sala II), núms. 560/99, de 9 de abril y 473/05, de 14 de abril.

⁶⁹ SSTS (Sala II), núms. 1378/99, 6 de octubre, 3139/98, 31 de marzo y 1133/10, de 21 de diciembre.

⁷⁰ Fácil es comprender lo que es la violencia física, pero el concepto de violencia moral nos parece de difícil aprehensión.

⁷¹ STS (Sala II), núm. 677/09, de 16 de junio.

XII. CASUÍSTICA

Traemos aquí a colación, con meros efectos clarificadores, algunos supuestos de cacheos policiales tomados en consideración por la jurisprudencia mayor:

En el caso presente, la sospecha policial que motivó el registro corporal superficial del acusado no fue únicamente el "extremo nerviosismo" que presentaba aquel, "impropio" de una simple diligencia de identificación, sino, además, de la presencia de aquel en un lugar donde se traficaba habitualmente con droga por algunas personas de color como el acusado. Estas circunstancias, conjuntadas, justifican cumplidamente el registro efectuado en la persona del acusado y el resultado del mismo lo ratifica⁷².

.....

En consecuencia, la conducta de la Policía al cachear a un sospechoso, en lugar también sospechoso, y encontrarle una cantidad relativamente importante de heroína, supone una actuación lícita y legítima⁷³.

.....

En las circunstancias del lugar: estación de autobuses con trasiego constante de personas y confusión muy propicia para las transacciones y tráfico de drogas, con fama y notoriedad de que allí se hacían, y en la conducta y actitud de la mujer que, al ser sometida a identificación, no dio explicación satisfactoria de su presencia en la ciudad, reaccionando con patente nerviosismo, reside la racionalidad apreciada⁷⁴.

.....

Debe concluirse, por lo tanto, que en el caso, la obligación impuesta a los denunciados de permanecer a disposición de los acusados recurrentes en las inmediaciones de la gasolinera durante más de una hora, cuando no existían razones previas y, además el registro superficial de sus efectos no había arrojado resultado alguno y no existían otras razones para sospechar la comisión de un delito que pudiera justificar la prolongación de la investigación en aquellas circunstancias, integra un delito de detención ilegal por cada persona detenida, del que son autores los acusados⁷⁵.

XIII. DERECHO COMPARADO

Como muy bien ha dicho ya el TS, "(...) lo cierto es que reglas de intervención coactiva directa como estas se encuentran en el derecho vigente de los Estados de la Unión Europea y no han sido considerados como opuestos a la tradición constitucional de los mismos"⁷⁶. Veamos cómo se regula esta diligencia en los países occidentales de nuestro entorno próximo.

⁷² STS (Sala II), núm. 560/99, de 9 de abril.

⁷³ STS (Sala II), núm. 2449/93, de 15 de abril.

⁷⁴ STS (Sala II), núm. 1164/94, de 23 de febrero.

⁷⁵ STS (Sala II), núm. 677/09, de 16 de junio.

⁷⁶ STS (Sala II), núm. 3997/95, de 7 de julio.

En Italia, el artículo 352 del Código Procesal (italiano), de 22 de septiembre de 1988, en sus números 1⁷⁷ y 2⁷⁸, autoriza el registro (cacheo) cuando se tengan razones fundadas para creer que sobre la persona existan objetos o vestigios del delito que puedan desaparecer. Además, el artículo cuarto de la Ley núm. 152, de 22 de mayo de 1975, de tutela del orden público parece haber sido la referencia para el artículo 19.2 de la LO 1/92, de protección de la seguridad ciudadana⁷⁹. Recordemos que esta Ley (la conocida como *Legge Reale*), si bien excepcional por las circunstancias de su gestación, fue ratificada por el pueblo italiano en referéndum consultivo.

En Alemania, el párrafo 102 de la Ordenanza Procesal (StPO) permite la obtención de pruebas, mediante el registro personal, del sospechoso de haber cometido un delito, mientras que el párrafo 103 permite esta actuación respecto de otras personas no sospechosas⁸⁰.

En Francia⁸¹, por lo que respecta a las actuaciones de la Policía Judicial, se diferencian dos tipos de cacheo, ambos regulados en el Código de Procedimiento Penal (CPP). El primero sería el cacheo de seguridad, que obedece al artículo 78-1, donde se definen los controles y verificaciones de identidad. El segundo, cacheo registro, responde a los artículos 56, 76 y 92. Por su lado, el Código de Transportes permite cacheos de seguridad en aeropuertos (art. 6342-2) y puertos (art. 5332-69). Por lo que se refiere al cacheo con desnudo integral de un detenido, desde el 1º de junio de 2011, un reglamento lo prohíbe para las detenciones policiales, permitiéndose desde entonces su ejecución material exclusivamente por un médico a requerimiento del Oficial de Policía Judicial. El cacheo por control de identidad puede ser practicado sobre cualquier persona que ha cometido o intentado cometer una infracción; que se prepara para cometer un delito; que puede dar información sobre un delito; que pueda ser objeto de una orden de detención por parte de la autoridad judicial y, por último, para prevenir cualquier alteración del orden público. Por lo que se refiere al cacheo registro puede practicarse sobre cualquier persona que puede tener algo en relación con un delito. Los requisitos de la ejecución del cacheo se limitan a respetar la dignidad de la persona y cumplimentar los correspondientes atestados.

⁷⁷ 1. En caso de flagrancia delictiva o en el caso de evasión, los oficiales de Policía Judicial procederán a un cacheo o a un registro domiciliario cuando tengan motivos fundados de creer que sobre una persona estén ocultas cosas o huellas relacionadas con el delito que puedan ser eliminadas o desaparecidas o bien que estas cosas o huellas estén en un lugar determinado o que en aquel lugar esté la persona encartada o el fugitivo.

⁷⁸ 2. Cuando haya que ejecutar un mandamiento de encarcelamiento con respecto a una persona imputada o condenada por uno de los delitos contemplados para el artículo 380 o bien encartado por un delito, los oficiales de Policía Judicial pueden también proceder a un cacheo o a un registro domiciliario si se cumplen las premisas señaladas en el párrafo 1 y hay singulares razones de urgencia que no permitan la emisión de un inmediato decreto de registro.

⁷⁹ En idéntico sentido, la STS (Sala II), núm. 3997/95, de 7 de julio.

⁸⁰ En el mismo sentido, ídem.

⁸¹ La información relativa al cacheo policial en Francia ha sido proporcionada gentilmente al autor por el Capitán de la *Gendarmerie Nationale*, Stéphane Caille, actualmente destinado como profesor en la Academia de Oficiales de la Guardia Civil (Sección de Aranjuez), en un programa de intercambio de docentes entre ambas instituciones.

XIV. EL CACHEO CON DESNUDO INTEGRAL

La jurisprudencia ha declarado⁸², en repetidas ocasiones, que la imposición del desnudo integral a un detenido constituye, por su propia naturaleza, un trato degradante. Es un trato degradante, porque se le obliga a exhibir ante terceros su intimidad física y se le impone una situación de inferioridad.

Sin embargo, esta actuación puede estar justificada en situaciones excepcionales, según las circunstancias. El TS describe dos ámbitos en los que puede justificarse esta inspección. Por un lado, en el ámbito penitenciario, en los supuestos y con las limitaciones previstas en la legislación aplicable (LO 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria⁸³ y RD 190/96, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario⁸⁴) y por otro, en el marco de una investigación penal, cuando datos objetivos permitan considerar fundada la sospecha de ocultar, bien objetos peligrosos o de objetos cuya tenencia sea delictiva, cuando no haya posibilidad de acudir a otros medios (suponemos que menos lesivos para la intimidad) por el peligro que esta situación pueda suponer para él o para terceros.

Este análisis efectuado por el TS en relación con el cacheo con desnudo integral en el marco de una investigación penal, sienta ciertas premisas con claridad meridiana, pero suscita algunos interrogantes. Entre las primeras, y aunque ya va de suyo en la categoría, ha de estarse en el seno de una investigación penal. Para que exista una investigación penal, debe haber habido previamente una infracción penal (delito o falta). Dicha investigación penal normalmente será conocida por los agentes ejecutantes,

⁸² Por todas, la STS (Sala II), núm. 677/09, de 16 de junio.

⁸³ LO 1/79. Art. 23.- Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona.

⁸⁴ RD 190/96. Art. 68 (Registros, cacheos y requisas).- 1. Se llevarán a cabo registros y cacheos de las personas, ropas y enseres de los internos y requisas de las puertas, ventanas, suelos, paredes y techos de las celdas o dormitorios, así como de los locales y dependencias de uso común.

2. Por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios.

3. El cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad.

4. Si el resultado del cacheo con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a la Autoridad judicial competente la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados.

5. De los registros, requisas, cacheos y controles citados se formulará parte escrito, que deberá especificar los cacheos con desnudo integral efectuados, firmado por los funcionarios que lo hayan efectuado y dirigido al Jefe de Servicios.

Art. 45.7: Los cacheos con desnudo integral de los visitantes únicamente podrán llevarse a cabo por las razones y en la forma establecidas en el artículo 68 debidamente motivadas. En caso de que el visitante se niegue a realizar el cacheo, la comunicación no se llevará a cabo, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito.

aunque no es preciso que conozcan todos sus pormenores, es decir, no es necesario que sean los instructores de las diligencias policiales. Cabe añadir que, incluso, no es necesario que conozcan nada de la investigación penal, más que la existencia de la infracción que la motiva. Es concebible que los actuantes hayan recibido órdenes de sus superiores jerárquicos para llevar a cabo determinadas actuaciones materiales derivadas de dicha investigación, conociendo genéricamente la existencia de una infracción, sin más detalles. Cualquier exigencia en otro sentido conduciría a una paralización de los servicios de policiales en general y de Policía Judicial en particular.

En segundo lugar, y esto queda también suficientemente claro, los objetos que se buscan mediante el cacheo con desnudo integral, han de estar ocultos. Quizás pudiera parecer una obviedad, pero un objeto peligroso o de tenencia prohibida no oculto, sólo puede motivar por parte de la Policía Judicial la orden al portador de su entrega, con las advertencias oportunas y caso de negativa a la misma, la detención del desobediente, caso de ser ello necesario y la incautación del objeto.

En tercer lugar esos objetos han de ser peligrosos o de tenencia delictiva. Los objetos peligrosos pueden serlo tanto para el interesado, como para terceros. Aquí podemos incluir tanto armas u objetos susceptibles de ser empleados como un arma (por ej., un cúter), como determinadas sustancias que pueden ser peligrosas para el interesado⁸⁵. Respecto a los objetos de tenencia delictiva, sobran ulteriores explicaciones. Decir nada más que se trata de los objetos o sustancias cuya simple tenencia es constitutiva de delito.

Por último y por lo que se refiere a la mención al peligro que estos objetos puedan suponer para el interesado o para terceros, ya ha quedado razonado en el anterior párrafo.

Los interrogantes que creemos que plantea el TS radican, en primer lugar, en la mención a los datos objetivos que permitan considerar fundada la sospecha. Todo pasa por definir lo que es una sospecha⁸⁶, que consideramos que es la representación mental por parte del agente que le lleva a creer que el sospechoso ha llevado a cabo la acción sospechosa, sea esta cual fuere. Si además, la sospecha debe ser fundada, se añade el requisito de que haya algún elemento (objetivo o subjetivo) que la sustente, que la haga nacer. Por último se le añade el requisito de que este fundamento radique en datos objetivos. Esto nos permitiría sostener un debate sobre “lo objetivo” que desbordaría ampliamente el contenido de este trabajo. Sin embargo, y a los únicos efectos de nuestra exposición, consideramos que lo objetivo es lo medible, lo contrastable con una referencia externa aceptada o consensuada, en oposición a lo subjetivo, que es aquello

⁸⁵ En la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la AN podemos encontrar alguna reclamación de personas que achacaban el fallecimiento de un detenido en un calabozo al consumo de drogas durante su estancia en el mismo. Si bien se rechazó por la Sala esta hipótesis, según los datos del caso concreto, el mero hecho de su alegación nos lleva a pensar que la búsqueda de drogas en estos supuestos podría llegar a fundamentar este cacheo, concurriendo los demás elementos (Vid. SAN -Sala de lo contencioso-administrativo-, núm. 1874/04, de 17 de marzo).

⁸⁶ Recordemos la definición que del vocablo “sospecha” figura en el Diccionario de la Real Academia Española, a la que ya hicimos referencia en la nota a pie de página núm. 11.

que coincide con la apreciación interna y diferente de cada individuo. Pero este criterio, así entendido, es de muy difícil o incluso imposible aplicación. Por ello, hemos de considerar que estos datos objetivos son datos externos al propio agente, constatables y contrastables. Podríamos pensar, creemos que con acierto, que estaríamos ante lo que el TS denomina, cuando es él quien lleva a cabo el análisis, indicios (potencialmente fundamentadores de la denominada prueba indiciaria).

La otra interrogante que nos surge se refiere al hecho de exigirse que no haya posibilidad de acudir a otros medios (suponemos que menos lesivos para la intimidad) por el peligro que esta situación pueda suponer para él (cacheado) o para terceros. El cacheo con desnudo integral se lleva a cabo, normalmente, en los centros de detención de las FCS, donde no se cuenta con medios alternativos, como aparatos de rayos X o ecografía. Si es necesario emplear esos medios debería desplazarse al detenido al lugar donde éstos se encontrasen. La consecuencia que podemos extraer es que la concurrencia del requisito de urgencia es necesaria para que se justifique la práctica de esta actuación. Veamos ahora si estos requisitos que exige el TS se cumplen en la normativa que regula el cacheo con desnudo integral.

Por lo que se refiere a las FCSE, la práctica del cacheo con desnudo integral está regulada por una norma con rango administrativo, en concreto una Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad⁸⁷. Tras un extenso preámbulo, irreprochable desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales y fundamentando su contenido en varias sentencias del TC en relación con el tema que nos ocupa, ciñe la posibilidad de efectuar este tipo de cacheos exclusivamente a los detenidos o presos. Por tanto, la detención se configura como requisito *sine qua non* para la realización de este tipo de cacheo. También describe dicha Instrucción cuál es la finalidad de este cacheo: averiguar si el sujeto porta en los pliegues u otras partes de su cuerpo o entre sus ropas algún objeto peligroso o prueba incriminatoria. El desnudo integral es, según esta norma, “(...) la diligencia policial consistente en poner al descubierto las partes pudendas o íntimas de una persona, así como el tipo de cacheo que suponga introducción directa de manos u otros objetos en contacto con las mismas”.

De esta definición nos sorprende la mención a la introducción directa de manos u otros objetos en contacto con las mismas. Parece que se está hablando de algo más que de un examen visual del cuerpo, e incluso que de un palpado con las manos u otros objetos. La mención a la “introducción” y a las “partes íntimas o pudendas” puede inducir a interpretaciones que consideramos que llevarían a otras medidas de inspección que, como ya anunciamos en otro lugar, no constituyen un cacheo en sentido estricto.

Se describen en esta norma los datos objetivos a que se refería el TS, mencionados *supra*. Efectivamente esta norma hace mención a las circunstancias de la detención, la actitud del detenido u otras (circunstancias) debidamente valoradas y justificadas. Esta valoración y justificación de circunstancias concretas impide el que se

⁸⁷ Instrucción núm. 19/05, de 13 de septiembre, del Secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

pueda realizar esta diligencia sistemáticamente, es decir, con carácter general a todo detenido. Será esa valoración y justificación la que permita adoptar esta medida.

Pero estas circunstancias no se valoran en abstracto sino en relación con una de las dos siguientes hipótesis: La primera es que “se aprecie fehacientemente la posibilidad de que guarde entre sus ropas o partes íntimas objetos o instrumentos que pudieran poner en peligro su propia vida, su integridad corporal, la de otras personas o la del propio funcionario o funcionarios que le custodian”. Como vemos hace referencia a una de las posibilidades que formulaba el TS, ya referidas. El término “fehacientemente” es obvio que no se refiere a los objetos o instrumentos, sino a la apreciación. Esto porque “fehacientemente” y “posibilidad” son términos que no llegan a la antinomia, pero que se excluyen mutuamente. Lo que es fehaciente no es posible, es cierto. Y lo que es posible no puede ser fehaciente, si no se convierte en cierto. Consideramos que es la apreciación la que debe ser cierta, en el sentido de que no sea una mera excusa o pretexto para la práctica de la diligencia.

La segunda hipótesis radica, según la mentada Instrucción en que “(...) se aprecien indicios suficientes de que oculta algún objeto que pueda ser medio probatorio que sirva de base para responsabilizarle de la comisión del delito y siempre que no sea posible el uso de otro tipo de fórmula, medio o instrumento que permita conseguir el mismo resultado y produzca una menor vulneración de sus derechos fundamentales”. Esta segunda hipótesis habilitadora de este tipo de cacheo hace referencia a la búsqueda de objetos de prueba del delito por el que ha sido detenido, que es el otro supuesto al que se refiere la jurisprudencia, unas veces de modo único y otras, las menos, combinado con el anteriormente citado de protección de la vida o integridad física del detenido o de terceros.

En la norma se establece también una importante limitación respecto al sujeto activo de esta diligencia. No todo miembro de la Policía Judicial puede ordenarla, sino sólo dos concretos funcionarios. El primero sería el instructor del correspondiente atestado. Recordemos que el resultado de este registro podría llegar a ser una prueba preconstituída por la Policía Judicial, no reproducible en el juicio oral y en el que deberá ser introducida mediante la lectura de la correspondiente acta en que se refleje su resultado. Dicha acta se incorporaría al atestado policial, instruido por el delito que motivó la detención de la persona a la que se somete al citado cacheo. Pues bien, sólo el Instructor del atestado tiene la facultad de disponer la práctica de esta diligencia. Para ello debe redactar una diligencia en la que expresará que se ha llevado a efecto, así como la justificación de los motivos o circunstancias que la aconsejan. Será anotada en el libro de custodia de detenidos que debe existir en cada acuartelamiento de la Guardia Civil o comisaría de Policía.

El otro funcionario facultado para ordenar la práctica de este tipo de cacheo es el responsable del ingreso y de la custodia del detenido en los calabozos, con dos limitaciones. En primer lugar que no la hubiese ordenado ya el instructor del atestado. En segundo, la obligación de documentar la inspección mediante su anotación en el

libro oficial de custodia de detenidos, con indicación en el apartado de observaciones, de las causas o motivos que justifiquen el haberla efectuado.

A continuación, la Instrucción recoge las limitaciones establecidas por la jurisprudencia en relación con la práctica material del cacheo. En concreto, exige: a) se llevará a efecto de forma individual; b) ante los funcionarios que asuman la custodia del detenido; c) si es posible, en presencia de los funcionarios que realizaron la detención, d) intervención de funcionarios del mismo sexo que el del detenido; e) en dependencias contiguas a los calabozos; y f) de la forma que menos perjudique a la intimidad del preso o detenido. Se trata, *mutatis mutandis*, de los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia del TC para los cacheos con desnudo integral a los internos en centros penitenciarios.

Finaliza la Instrucción con una exclusión en relación con las personas que pueden ser sometidas a esta diligencia. Aclara dicha norma que las personas que sean conducidas a dependencias policiales con el único objeto de proceder a su identificación, en virtud de la habilitación contemplada en el art. 20 de la LO 1/92, no se consideran detenidos y por tanto no puede practicárseles este tipo de cacheo. Solamente deben someterse a un control superficial sobre los objetos que portan, lo que podría comprender el cacheo superficial sobre sus ropas o su vestimenta externa.

La norma analizada es, en general, muy respetuosa con la doctrina generada por los Tribunales Constitucional y Supremo, con la excepción de algunas expresiones cuya ambigüedad hemos puesto de manifiesto (introducción de manos u objetos). Pocos reproches pueden formularse a su contenido. Este puede ser mejorable, pero es esencialmente ajustado a la normativa constitucional y legal. Sin embargo, consideramos que se ve afectada por una mácula: su rango normativo. La regulación de una actuación de la Policía Judicial que puede suponer una importante intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas obligadas a someterse a ella, requiere un superior rango normativo. *De lege ferenda*, nos satisfaría su regulación (no exhaustiva, pero sí a grandes rasgos) en la LECrim, o en su defecto, en la LO 1/92, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Sería preciso su posterior desarrollo mediante un instrumento tipo reglamento, que requiriese aprobación por medio de un Real Decreto, o al menos, una Orden Ministerial y no mediante una Instrucción de un órgano subordinado a un Ministro.

XV. CONCLUSIONES

Como ya establecimos al principio, las personas son titulares de un amplio abanico de derechos fundamentales, que nuestra Constitución reconoce y protege. El Estado social y democrático de Derecho en que organizamos nuestra convivencia vela por los mismos y por la propia organización social. En este sentido, los organismos policiales, bajo la dependencia que en cada se establezca (en el nuestro, orgánica del Gobierno de la Nación o, en su caso, de los Consejos de Gobierno de algunas Comunidades Autónomas, y funcional como Policía Judicial, de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal) son uno de los más importantes sistemas de control social. Dichos

organismos velan por el respeto a los derechos fundamentales de todos, y como muy bien sabemos, los derechos de cada individuo constituyen el límite de los derechos de los demás. En estas zonas de fricción, de conflicto, es donde despliega su eficacia la actuación de los organismos de seguridad. Para que la actuación de los mismos sea realmente eficaz, el ordenamiento jurídico les dota de un haz de poderes, que por su afección a los derechos fundamentales precisa de límites muy claros, para que no pasen de ser de garantes de los derechos de los administrados a invasores de los mismos.

Uno de los múltiples instrumentos que la ley otorga en España (como en los países de nuestro entorno), es la posibilidad de someter a los administrados a determinadas diligencias de registro personal, conocidas como cacheos. La práctica del cacheo policial se encuentra habilitada por normativa con rango legal y ha sido objeto de atención por nuestros tribunales (tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional), por su posible incidencia en los derechos fundamentales de las personas cacheadas.

En líneas generales, el cacheo superficial o palpado, siempre que los agentes de Policía Judicial cumplan con los principios de proporcionalidad, necesidad, razonabilidad y respeto a la dignidad y decoro de las personas, es una diligencia que no supone afección a los derechos fundamentales, suponiendo solamente el sometimiento lógico de los ciudadanos a las normas de policía. Por lo que se refiere al cacheo con desnudo integral, ya hemos visto que la normativa de aplicación a los Cuerpos estatales de policía cumple las exigencias establecidas por la jurisprudencia mayor, si bien sería deseable una disposición de rango normativo adecuado. Por último, las inspecciones de las cavidades anal y vaginal están sometidas, en defecto de consentimiento expreso del interesado, que creemos que debe formularse en presencia de Letrado, a la regla de la jurisdiccionalidad. Excluimos de estas apreciaciones al registro de la cavidad bucal, que consideramos sustancialmente similar a un simple cacheo.

De lege ferenda, consideramos necesario resolver alguna cuestión que contribuiría a clarificar “las reglas del juego” y la actuación de los distintos operadores jurídicos y, por supuesto, de los ciudadanos. En primer lugar, la regulación de las líneas maestras de estas diligencias en la LECrim, o en su caso, en la LO 1/92, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Esta regulación requeriría de un ulterior desarrollo reglamentario. Ambas, ley y reglamento, han de recoger estrictamente la doctrina nacida de las resoluciones de los Tribunales Supremo y Constitucional. En segundo término, deben eliminarse las expresiones ambiguas a que hemos hecho referencia en la regulación administrativa del cacheo con desnudo integral. Por último, dentro de la identidad sexual entre persona cacheada y agente de Policía Judicial, debe regularse claramente su obligatoriedad, posibles excepciones, así como el supuesto de cacheo a personas transexuales.

En definitiva, la combinación de la normativa legal y administrativa en vigor, debidamente matizada por la jurisprudencia, constituye un *corpus* que garantiza los límites de la actuación policial en esta materia, pero que creemos que ganaría en adecuación constitucional con la introducción de las mejoras propuestas.

CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES E INVESTIGACIÓN POLICIAL: EL CASO DEL CACHEO

Resumen: El trabajo se centra en una actividad policial de inspección corporal, conocida como cacheo. Se define y deslinda de otras actividades de inspección o intervención corporal. Se indaga acerca de su verdadera naturaleza y sus diferentes modalidades. Se analizan, uno por uno, los derechos fundamentales que pudieran verse afectados, así como los requisitos jurisprudencialmente exigidos, tanto para habilitar su práctica, como en relación con su ejecución material. Tras una breve casuística y una referencia al Derecho comparado, se estudia pormenorizadamente el denominado cacheo con desnudo integral, con referencia a la normativa administrativa que lo regula. Finaliza con unas conclusiones y unas propuestas de *lege ferenda*. Se estudia, buscando la practicidad y simplicidad, el estado actual de la cuestión, con abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional. Constituye una herramienta para la aplicación del Derecho por cualquier operador jurídico implicado o para su conocimiento por las personas interesadas en el tema.

Palabras clave: Cacheo. Derechos fundamentales. Cacheo con desnudo integral. Derecho comparado.

CONFLICT BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS AND POLICE INVESTIGATION: THE CASE OF FRISKING

Abstract: The article focuses on a police activity of corporal inspection, known as frisking. It is defined and delimited of other activities of inspection or corporal intervention. We inquire about its true nature and its different modalities. They are analyzed, one by one, the fundamental rights that might be affected, as well as the jurisprudentially demanded requirements, so much to enable his practice, as in relation with his material execution. After a brief reference to case studies and comparative law, is studied in detail the so-called frisking with nudity, by reference to the administrative regulation that regulates it. It finishes with conclusions and proposals of *lege ferenda*. It is studied, looking for convenience and simplicity, the current state of the question, with plenty jurisprudence of the Supreme and the Constitutional Court. It is a tool for the application of the law for any juridical implied operator or for knowledge for people interested in the topic.

Key words: Frisking. Fundamental rights. Frisking with nudity. Comparative law.

Artículo recibido: 30.6.2012

Artículo aceptado: 30.9.2012