

## INSTRUCCION NUM. 6/1988

### SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE EXISTA UN DELITO DE DESOBEDIENCIA EN RELACION CON LA NEGATIVA DE LAS PERSONAS POSIBLES PORTADORAS DE DROGAS, A SER OBJETO DE RECONOCIMIENTO

#### I. INTRODUCCION

En los últimos años los Juzgados de Algeciras y Ceuta han condenado, como autoras de un delito de desobediencia, a las personas que se negaron a un reconocimiento radiológico y/o médico, cuando en la Aduana y, en alguna ocasión, en el propio Juzgado, fueron requeridas para ello por suponerseles portadoras de hachís en su propio cuerpo, generalmente en los genitales (mujeres), o en el recto (hombres).

Al conocer la apelación la Audiencia de Cádiz ha rectificado por completo ese criterio, absolviendo a las así condenadas (todas eran mujeres en los seis casos que conocemos) basándose, por un parte, en los artículos 15, 18 y 43 de la Constitución y, por otra, en la ausencia de normativa específica sobre esta materia a diferencia de lo que ocurre —dice la Audiencia— con la Ley Orgánica 7/84, de 15 de octubre, sobre comunicaciones telefónicas.

Así resulta de seis sentencias, dictadas entre abril y junio de este año, que han sido remitidas a esta Fiscalía por el Fiscal Jefe de Cádiz —dos de ellas, también, por la Guardia

Civil, tanto por conducto del Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas como directamente por el Coronel Jefe del Servicio Fiscal—, expresando todos su preocupación por los negativos efectos que dichas sentencias, por razones obvias, podrían producir en la diaria lucha contra el tráfico ilegal de drogas, no sólo en la provincia de Cádiz, sino en todo el Estado, principalmente en los grandes aeropuertos como los de Madrid y Barcelona.

Obligado resulta, por todo ello, un análisis de las sentencias desde el punto de vista constitucional y aconsejable una breve reflexión sobre la estrategia procesal a seguir con criterio unificado por el Ministerio Fiscal y, en su caso, sobre las instrucciones a impartir a la policía judicial.

## II. ANALISIS DE LAS SENTENCIAS DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

### 1. *Un reconocimiento médico y/o radiológico no vulnera el derecho a la salud de la persona proclamado en el artículo 43 de la Constitución*

El derecho a la salud reconocido en el artículo 43.1 de la Constitución no es un derecho fundamental (artículo 53.2 de la misma). En todo caso y por lo que ahora importa, el Tribunal Constitucional ha precisado que para que pueda invocarse un hipotético peligro para la salud hay que probar adecuadamente su existencia, evidenciando la relación entre las medidas a adoptar —el «reconocimiento» en este caso— y las consecuencias de ellas derivadas que, por supuestamente nocivas, habría que evitar (en este sentido, aunque en asunto distinto, Fundamento jurídico 2 del auto del Tribunal Constitucional 868/86, de 29 de octubre, aplicando «mutatis mutandis» al caso cuestionado).

Nada más lógico que la relación causa a efecto se acredite suficientemente. La Audiencia de Cádiz, sin embargo, nada aduce en concreto, ni siquiera en la sentencia de 29 de

abril de 1988 —Rollo 164/87 de la Sección 2.<sup>a</sup>— en la que, de modo expreso, se invoca como fundamento el citado artículo 43 de la Norma Suprema, seguramente por reconocer, en el fondo, que en el estado actual de la ciencia médica y practicado de acuerdo con la *lex artis* el «reconocimiento» será inocuo por regla general, aunque no se deba practicar, obviamente, en el caso concreto que resulte contraindicado o desaconsejable por cualquier circunstancia (enfermedad previa, embarazo, etc.). Muy significativo es, a este respecto, que la Sección 2.<sup>a</sup>, que es la que utiliza el argumento, lo abandona después en sus otras tres sentencias sobre el tema, en las que ya no menciona para nada el artículo 43 de la Constitución.

Para concluir este punto no parece ocioso añadir que si no se realiza el «reconocimiento» cuando proceda y la droga que se sospecha oculta en el cuerpo puede destinarse, finalmente, al tráfico ilícito, al impedirse su descubrimiento, se produciría el riesgo para la salud pública y el bien común en que la misma consiste «que se refleja en definitiva —por decirlo con palabras de la sentencia constitucional 62/83, de 11 de julio, Fundamento jurídico 2 b)— en la salud personal de los ciudadanos...».

El derecho a la salud individual del que se somete a un reconocimiento no es, por tanto, el que está en juego en el caso examinado sino el de la salud de todos. La preocupación de que aquella resulte afectada no se verifica en absoluto ni, en modo alguno, la violación del artículo 43.1 de la Constitución.

2. *Un reconocimiento médico y/o radiológico no es inhumano ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución*

Es doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asumida por nuestro Tribunal Constitucional en la sen-

tencia 65/86, de 22 de mayo, que lo «inhumano» implica un nivel de especial intensidad y que sólo puede calificarse de «degradante» lo que produce una singular humillación y envilecimiento.

«Tales consideraciones —dice la sentencia constitucional citada en el Fundamento jurídico 4— fueron claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer) al interpretar el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del artículo 15 de la Constitución, que coincide literalmente con aquél...»

El supuesto cuestionado en el caso Tyrer —luego reiterado en el caso «Campbell y Consans», sentencia 25 de febrero de 1982— era el de los castigos corporales a escolares, resolviendo el Tribunal Europeo que violaban el artículo 3 del Convenio no por inhumanos, pero sí por degradantes pues se trataba a la persona así castigada como si fuera un objeto en manos del poder público, lo que afectaba a su dignidad.

Muy distinto es nuestro caso. La inocuidad —ya subrayada—, la naturalidad y generalidad con que este tipo de reconocimiento se realizan a diario en la sociedad actual aleja, absolutamente, cualquier posibilidad razonable de poderles atribuir el desvalor normativo-cultural de lo que envilece o humilla siempre por supuesto, innecesario es decirlo, que se extreme al máximo el respeto debido a la persona reconocida, y que el reconocimiento se realice en circunstancias que siempre dejen a salvo su dignidad que es, en el sentido del artículo 10 de la Constitución, el fundamento de los llamados «derechos de la personalidad», a los que pertenece el que ahora analizamos.

Así lo entendió en su día la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado al sostener que el examen radiológico era un reconocimiento pericial previsto en el artículo 478.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no atentaba a la dignidad de la persona. Su dictamen —a petición

de la Comisaría General de Policía Judicial— es de 30 de abril de 1981 y versaba sobre el mismo problema que ahora se estudia. Por su interés se reproduce literalmente. Dice así:

«Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado, el escrito de esa Comisaría General de 20 de febrero del corriente año, en el que consulta sobre la posibilidad legal de que, ante la frecuencia con que personas portadoras de drogas estupefacientes, ocultan las mismas en cavidades naturales del cuerpo, sean examinadas radiológicamente.»

«No hay disposición legal alguna en nuestro ordenamiento que prohíba el mencionado examen radiológico siempre que el mismo sea realizado por facultativos con titulación suficiente, ya que dicho examen no atenta a la dignidad de la persona y es una de las operaciones que forman parte del reconocimiento pericial a que pueden ser sometidas las personas, como autoriza el artículo 478.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reconocimiento pericial éste que puede ordenarse, según el artículo 339 del mencionado cuerpo legal, en caso de desaparición del cuerpo del delito; siendo por otra parte obligación de la Policía Judicial practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobar los delitos, descubrir a los delincuentes y recoger los instrumentos y efectos del delito, según establece el artículo 282 de dicha Ley.»

Lo que se dice en el dictamen sobre la naturaleza pericial del examen radiológico —y por extensión del reconocimiento médico— ha sido ratificado posteriormente por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre intervención tan parecida, aunque no sea igual, como la del control de alcoholemia, al que ha calificado de «una modalidad especial de pericia» o «la verificación de una pericia técnica de resultado incierto», no equiparable a una «declaración» comprendida en el ámbito de los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución que no requiere, por ello, las garantías establecidas en el primero de dichos preceptos (entre otras, las

sentencias 103 y 107 de 1985, en ambas Fundamento jurídico 3).

También ha declarado el Tribunal Constitucional que el análisis de sangre, en la alcoholemia, no constituye una injerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución (Sentencia 103/85, de 3 de octubre, Fundamento jurídico 3, que recuerda decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos), lo que conduce con naturalidad a la conclusión de que tampoco es una injerencia prohibida por dicho artículo 15 el examen radiológico y/o médico de nuestro caso, porque la *ratio* es la misma.

La cuestión sería diferente si en vez de un simple reconocimiento se tratara de «experimentos médicos o científicos», interdictados por el artículo 7 del Pacto de Nueva York (equivalente al artículo 3 del Convenio de Roma y al artículo 15 de nuestra Superley) a no ser que medie el libre consentimiento del interesado.

3. *Un reconocimiento médico y/o radiológico realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública no vulnera el derecho de intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución*

El contenido de la intimidad, como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, no siempre es fácil de acotar con nitidez. La doctrina más moderna lo suele reconducir al ámbito del artículo 15 de la Constitución, ya examinado, cuando se trata de intromisiones de carácter corporal, como sucede en el supuesto contemplado.

Aun admitiendo, con la Audiencia de Cádiz, que un reconocimiento corporal pudiera constituir una intromisión del derecho a la intimidad personal, no sería arbitraria, sino justificada, para preservar otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Ningún derecho fundamental es ilimitado, como tempranamente declaró la sentencia consti-



tucional 11/81, de 8 de abril. Entre muchos, se han referido a los límites del artículo 18.1 de la Constitución, pese al silencio de éste, los Autos constitucionales 466, 642 y 982 de 1986: en el 257/85, de 17 de julio, se señaló específicamente, como límite al derecho a la intimidad, las exigencias derivadas de la acción de la justicia.

Estos límites, por lo demás, están previstos en tratados internacionales suscritos por España. El artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —como muy pertinentemente recuerda una de las sentencias comentadas—, no sólo han de tenerse en cuenta para la interpretación de los derechos fundamentales, sino que forman parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución. Ambos son equivalentes a nuestro artículo 18.1 al que completan e integran.

El primero de ellos (artículo 8 del Convenio de Roma) permite en su párrafo segundo la injerencia legítima de la autoridad pública en el derecho a la intimidad cuando «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para... (entre otros fines) la prevención del delito (y) la protección de la salud...».

El segundo (artículo 17 del Pacto de Nueva York) sólo prohíbe en su párrafo primero las injerencias en el derecho a la intimidad que sean «arbitrarias o ilegales».

En esa línea se inscribe la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que expresamente reconoce en su Exposición de Motivos «que los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse ilimitados», pues los imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen determinadas entradas en el ámbito de la intimidad.

Promulgada esta Ley Orgánica no puede admitirse, como sostiene la Audiencia de Cádiz, que exista en la materia una laguna normativa, pues inequívocamente dice en el Preámbulo que su finalidad es el desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución y así se sigue, con evidente claridad y

coherencia, de todo su articulado y especialmente, por lo que ahora importa, del artículo 8.1 que establece «que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley». En este sentido, por todas, la sentencia constitucional 110/84, de 26 de noviembre, que puntualiza, en el Fundamento jurídico 8, que sólo podrán autorizarse dichas intromisiones «por imperativos de interés público» como indudablemente lo es, en el caso planteado, la prevención de un delito grave (artículo 344 y concordantes del Código Penal) para preservar, defender y tutelar la salud pública, en cumplimiento de un mandato constitucional (artículo 43.2 de la Constitución).

Cuestión distinta, que no puede tener el alcance que le atribuye la Audiencia de Cádiz, es que la Ley Orgánica 1/82 excluya de su marco aquellas intromisiones que constituyan delito, pues su sede natural, como es lógico y establece el artículo 1.º 2, de la ley, es el Código Penal, cualesquiera que sean, en este momento, las imperfecciones o insuficiencias de éste. Por ello es superflua, a nuestro juicio, la referencia de las sentencias que glosamos a la Ley Orgánica 7/84 que tipifica penalmente, como es sabido, las «escuchas telefónicas», incluyendo determinados artículos en el Código Penal, puesto que la Ley Orgánica 1/82, aunque regula específicamente la protección civil del derecho a la intimidad, es de aplicación analógica a otras actuaciones, como el Tribunal Constitucional ha reconocido en el auto 257/85, de 17 de julio, antes citado.

### III. CONCLUSIONES

*Primera.*—La resolución de un Juez de Instrucción que ordene motivadamente un reconocimiento, como el que es objeto de este informe, con la finalidad de prevenir un delito grave y proteger la salud pública es constitucionalmente inobjetable, pues reúne, para serlo, los dos requisitos exigidos.



bles de legalidad y necesidad. Desde un punto de vista formal goza de suficiente cobertura habilitante al estar prevista en la Ley (artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/82 y artículos 339 y 478.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y haber sido acordada por autoridad competente (artículos 117.3 de la Constitución, 2.1 de la Orgánica del Poder Judicial y 10 —y concordantes— de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Materialmente es necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, como exigencia derivada de la acción de la justicia, encaminada a la obtención de las pruebas necesarias para la averiguación del delito y sus circunstancias.

*Segunda.*—Es inaceptable la tesis de la Sección Tercera de la Audiencia de Cádiz de que nadie, ni siquiera el Juez, puede ordenar dicho reconocimiento en ningún caso.

*Tercera.*—Una orden judicial, como la descrita en la conclusión primera, contiene un mandato que debe ser acatado (artículo 118 de la Constitución). La negativa injustificada de la persona así requerida a ese mandato constituye, en línea de principio (como parece admitir la Sección Segunda de la Audiencia de Cádiz), el núcleo de un delito de desobediencia, lo que aconseja, a nuestro juicio —si hay apelaciones pendientes o en las que, todavía, pudieran eventualmente sustanciarse—, que por la Fiscalía de Cádiz se mantega la misma postura que hasta ahora, coincidente con la de los Juzgados cuyas sentencias han sido revocadas, siendo muy conveniente que la cuestión controvertida se replanteara en proceso que permita el recurso de casación, para que el Tribunal Supremo estableciera doctrina sobre la misma, lo que es más aconsejable, si cabe, por la evidente discrepancia entre dos Secciones de la misma Audiencia.

#### IV. ACTUACION DE LA POLICIA JUDICIAL

De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta en el cuerpo de este informe y con las conclusiones que preceden

esta Fiscalía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 bis 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, impartirá instrucciones concretas a la Policía Judicial sobre criterios de actuación a seguir en supuestos como el planteado.