

Alba Pedrola Navarro

**El dret a la intimitat a les investigacions corporals i, en especial, als
escorcolls**

TREBALL DE FI DE GRAU

Dirigit pel Sr. Jaume Vernet Llobet

Grau de Dret



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2016

Resum: En aquest treball de final de Grau hem analitzat els aspectes més rellevants i controvertits sobre l'afectació o no del dret a la intimitat a les investigacions corporals, aprofundint en una de les seves modalitats; els escorcolls. Mitjançant la Jurisprudència del TC, del TEDH i l'anàlisi del CEDH, la CE i la LO 4/2015; hem pogut realitzar aquesta investigació de dret Constitucional.

Resumen: En este trabajo de final de Grado hemos analizado los aspectos más relevantes y controvertidos sobre la afectación o no del derecho a la intimidad en las investigaciones corporales, profundizaremos en una de sus modalidades; el cacheo. Mediante la Jurisprudencia del TC, del TEDH i el análisis del CEDH, la CE i la LO 4/2015; hemos podido realizar esta investigación des de una perspectiva Constitucional.

Abstract: In this project for my final degree we have analyzed the most relevant and controversial aspects of the affect or not of personal law in bodily investigations, profounded in one modulus; bodily frisks. By means of Judisprudence of TC, The TEDH and analysis of CEDH, the CE and the LO4/2015; we were able to realize this investigation from a Constitutional aspect.

Paraules clau / palabras clave/ keywords

Escorcoll - investigacions corporals - intervencions corporals - DDFF
vulneració - dret a la intimitat - intromissió

ABREVIATURES I SIGLES DE CODIS I LLEIS BÀSIQUES:

Op. Cit:	Obra ja citada del mateix autor en altres pàgines
Vs.	Versus
Ed.	Editorial
<i>Ibidem</i>	La mateixa obra que l'anterior
p. o pàg	pàgina
FJ	Fonament Jurídic
Art	Article
CE	Constitució Espanyola
CEDH	Conveni Europeu de drets Humans
DFFF	Dret Fonamental, Drets Fonamentals
CP	Codi Penal
LECrim	Llei d'enjudiciament criminal
LO	Llei orgànica
CC	Codi Civil
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Suprem
TEDH	Tribunal Europeu de Drets Humans
STS	Sentencia del Tribunal Superior
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeu de Drets Humans
LOPJ	Llei orgànica del Poder Judicial
CGE	Consell de Garanties Estatutàries
LOPSC	Llei Orgànica de Protecció Ciutadana
CFS	Cossos i Forces de Seguretat

I. INTRODUCCIÓ:	8
II. CAPÍTOL 1: RÈGIM JURÍDIC I CONSTITUCIONAL DEL DRET A LA INTIMITAT:	10
1. ELS DRETS DE LA PERSONALITAT	10
1.1. Règim jurídic	10
1.1-1 En la CE:	10
1.1-2 En la Declaració Universal de Drets Humans:	11
1.1-3 En el Conveni Europeu de Drets Humans:	11
1.1-4 El Pacte Internacional de Drets Civils i polítics:	12
1.2 La relació dels drets de la personalitat:	13
1.2-1 Diferències en l'article 18CE:	13
1.2-1.1 Les diferències entre els drets regulats en l'article 18.1CE:	13
1.2-1.2 Diferències en els apartats 2 i 3 respecte el 1er de l'article 18 CE:	14
2. DRET A LA INTIMITAT:	15
2.1 Concepte:	15
2.2 El principi de proporcionalitat:	19
2.3 Límits als DDFF, en especial, el Dret a la intimitat:	22
2.4 Protecció:	23
2.5 Vulneració:	24
2.6 Característiques:	25
2.6-1 Obtenció de proves mitjançant la violació de DDFF:	25
2.6-2 Conseqüències processals de la prova il·lícita:	26
III. CAPÍTOL II: LA VIDA PERSONAL I FAMILIAR AL CEDH:	29
1. L'ARTICLE 8 DEL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS:	29
2. EL CONCEPTE DE VIDA PRIVADA:	32
3. CONCEPTE DE VIDA FAMILIAR:	43
IV. CAPÍTOL III: INTERVENCIIONS CORPORALS, EN ESPECIAL ELS ESCORCOLLS:	48
1. INTERVENCIIONS CORPORALS:	48
1.1. Concepte:	48
1.2 Afectació del dret a la intimitat en les intervencions corporals:	51
1.3 Limitacions al dret a la intimitat:	51
2. ELS ESCORCOLLS:	55
2.1. Concepte:	55
2.2. Diferències entre els escorcolls i les intervencions corporals:	56

2.3. Diferències entre les intervencions corporals pròpies i els registres corporals i les inspeccions:	57
2.4. Modalitat d'escorcoll: l'escorcoll preventiu:	59
2.4.1 Afectació als drets fonamentals:	60
2.4.1-1 Dret a la llibertat:	60
2.4.1-2 El dret a la intimitat:	62
2.4.1-3 Dret a la dignitat:	64
2.4.1-4 El dret a no declarar contra si mateix:	65
2.4.1-5 La presència d'un advocat en la execució de l'escorcoll:	65
2.5. Requisits de l'escorcoll:	66
2.6. Subjectes de la pràctica de l'escorcoll:	70
2.6.1 Subjectes actius:	70
2.6.2 Subjectes passius:	74
2.7. Els escorcolls en l'àmbit penitenciari:	75
2.8. Els escorcolls, la seva pràctica als visitants d'un establiment penitenciari:	81
V. CONCLUSIONS:	85
VI. BIBLIOGRAFIA:	88
VII. JURISPRUDÈNCIA:	90

I. INTRODUCCIÓ:

El treball de final de grau que he realitzat tracta sobre les investigacions corporals, concretament, tractarem en detall els escorcolls, des d'una perspectiva constitucional entrant a considerar si la pràctica d'aquesta mesura pot vulnerar el dret a la intimitat, considerat un Dret fonamental i d'especial rellevància pels individus.

He escollit aquest tema de treball de final de carrera perquè considero que en moltes situacions els individus estem exposats a què se'ns pugui aplicar tal mesura, des d'en un control policial, com en un aeroport, com en un espai públic on hi hagi una concentració important de gent. És una mesura que se'ns pot realitzar en una diversitat de situacions, i que possiblement en moltes d'elles desconexim que ens hi podem trobar exposats. Així doncs, també desconexim els requisits d'aquesta, els subjectes que la poden realitzar, i les circumstàncies que fan que es pugui aplicar, i que ens poden fer dubtar de la seva legalitat en certes situacions, i en el supòsit de què aquestes no compleixin amb les exigències legalment establertes poden suposar una intromissió al dret a la intimitat emparat pel nostre ordenament jurídic.

Per tant, com no es veu del tot clar quan aquesta pràctica ens pot causar una intromissió legítima, o en una intromissió il·legítima i que tingui com a conseqüència la vulneració d'un DDFF, ni tampoc quines són les seves conseqüències per a cada supòsit concret, això a fet que em creés a mi, com a estudiant de dret, i a conseqüència de la realització obligatòria d'un treball de final de grau per a poder superar el grau en dret, que sentís la curiositat d'investigar tots aquests supòsits i necessàriament suportant-los també amb casos reals, per poder formular una resposta a si la realització d'un registre corporal suposa una vulneració al dret a la intimitat, en quins casos, perquè i quines són les conseqüències.

A més a més de tot el que he exposat amb anterioritat, és a dir, de la falta de concreció i del desconeximent que tenia abans de començar a endinsar-me en tots els aspectes més profunds del tema escollit, una de les coses que també va fer que em decantés més per aquest tema i no pas per un altre, és l'actualitat d'aquest, observant l'aprovació de la LO 4/2015 que regula l'escorcoll i aprovada en modificació de l'anterior LO que ja regulava tals aspectes, i que per tant han estat modificats per l'actual. A més a més de l'observació d'aquesta necessitat de canvi per l'evolució de la societat i l'avenç de les tecnologies que fan que la normativa hagi d'estar constantment adaptant-se. Tot aquest seguit de motius han fet que escollís aquest tema perquè fos la investigació del meu treball de final de Grau.

L'estructura que segueix el treball consta de tres capítols que en formen el cos. El primer tracta del dret a la intimitat., el segon del dret a la vida personal i familiar, i el tercer tracta sobre els

registres corporals especificant l'escorcoll. En cadascun d'ells hi podem trobar la normativa específica que els regula a més a més de la definició del concepte i les concrecions, requisits i característiques de cada un d'ells. Tot això ho podem veure suportat per les sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans i del Tribunal Constitucional.

Al llarg del treball, analitzarem la possible intromissió al dret a la intimitat, la possible vulneració legislativa que pot realitzar la seva pràctica, i que pot crear la vulneració d'aquest DDFF.

I finalment, n'extraurem una conclusió final sobre quina és la seva regulació, quan es produeix aquesta vulneració, i la cobertura legal que la legislació li atorga a la pràctica de tal mesura, i d'aquesta manera poder saber, en quins supòsits la pràctica d'aquesta comporta la intromissió a tal DDFF, que pot ser considerada una intromissió legítima o il·legítima, segons les circumstàncies i requisits de cada cas.

Tanmateix, crearem una hipòtesi inicial, en la que ens qüestionarem: són regulats tots els supòsits en els quals es realitza la pràctica d'un escorcoll per poder dir amb certesa i mitjançant el corresponent suport legal, si és realitza una intromissió legítima o il·legítima al dret a la intimitat?

Doncs bé, aquesta es la resposta que ens agradaria donar al final del treball, després de tot l'anàlisi constitucional i legal d'aquesta mesura.

Per altra banda, convé també especificar, que el tractament d'aquesta pràctica al llarg del present treball, és realitzat des d'un punt de vista constitucional, el que suposa que no entrarem a analitzar els aspectes regulats en la LECrim, ni al CP. Únicament realitzarem de forma específica un enfocament constitucional del tema, i no entrarem a analitzar en detall l'àmbit penal ni processal, encara que se'n pugui realitzar alguna menció, no entrarem en aquests aspectes.

Per tant, no analitzarem les sentències dels tribunals jurisdiccionals ordinaris que realitzen una anàlisi des d'una perspectiva penal i que per tant, no ens interessa, sinó que restringim la recerca a la jurisprudència del TC i la del TEDH, que són els necessaris suportar tota la regulació del tema des d'un punt de vista constitucional. Així doncs, el present treball es tracta d'un estudi constitucional de la pràctica d'aquesta mesura i no entrarem en els aspectes de la regulació processal penal.

II. CAPÍTOL 1: RÈGIM JURÍDIC I CONSTITUCIONAL **DEL DRET A LA INTIMITAT**

1. ELS DRETS DE LA PERSONALITAT

1.1. Règim jurídic

A Espanya, en l'àmbit estatal, els drets de la personalitat els trobem recollits en l'article 18 de la CE i desenvolupats posteriorment per la LO 1/1982 de 5 de maig de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la imatge pròpia. En àmbit internacional els trobem reconeguts a la Declaració Universal de Drets Humans, en el seu article 12, al conveni Europeu de Drets Humans en el seu article 8 i també reconeguts en l'article 17 del Pacte Internacional de Drets Civils i polítics.

1.1-1 En la CE:

En la Constitució espanyola, concretament en l'article 18.1, és on podem trobar regulat el dret a la intimitat personal i familiar, recollit en el seu títol primer i per tant obtenint la protecció de dret fonamental.

En el seu article 10 estableix que els drets reconeguts com a drets fonamentals, i per tant, on inclourem els drets de la personalitat, s'interpretaran de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i els tractats i acords internacionals ratificats per Espanya que passaran a formar part de l'ordenament jurídic intern¹.

Posteriorment a la Constitució Espanyola, la llei orgànica 1/1982 de 5 de maig de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la imatge pròpia, desenvolupa l'article 18 de la CE, la qual no crea criteris de diferenciació entre els tres drets que integren els drets de la personalitat tot i així a diferència de la Constitució que sols l'hi atorga la protecció de dret fonamental i garanteix el dret a l'honor i a la intimitat personal i familiar, la LO 1/1982 aprofundeix més en aquest primer apartat de l'article 18 CE, que tal com ens diu l'article primer d'aquesta LO, a més de ser garantit

¹ Fernández Acebo, M^a Dolores. *La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad Física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano*. Dra. Sonia García Vázquez. Tesis doctoral inédita. Universidad de A Coruña, Facultad de Derecho. La Coruña, 2013.pàg 59.

constitucionalment se l'hi atorga una protecció civil front a les intromissions il·legítimes que es trobin regulades.

1.1-2 En la Declaració Universal de Drets Humans.

En la declaració Universal de Drets Humans, elaborada per l'assemblea de les Nacions Unides el 10 de desembre de 1948, és on podem trobar reconeguts els drets humans considerats bàsics i que han de ser objecte de protecció. La Declaració Universal dels Drets Humans s'aplica sense excepció, a tots els éssers humans, aquesta declaració és un manifest de caràcter polític i programàtic, que va deixar per més endavant l'elaboració d'un instrument amb un major grau de vinculació pels estats i l'adopció de mesures més concretes dels drets humans reconeguts en la Declaració.

Per tal de vigilar el compliment es va crear en el si de les Nacions Unides un organisme especial anomenat Consell de Drets Humans de les Nacions Unides.

En la declaració és on podem trobar el dret a la vida privada, regulat en l'article 12, que ens diu que ningú podrà ser objecte d'ingerències arbitràries en la seva vida privada, la seva família, el seu domicili o la seva correspondència. Dota d'una protecció legal a tals ingerències o atacs a l'esfera privada de l'individu, que també s'estén als altres drets de la personalitat com són el dret a l'honor o a la seva reputació.

1.1-3 En el Conveni Europeu de Drets Humans.

El conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Fonamentals, en aplicació el 3 de setembre de 1953, tot i així no és firmat per Espanya fins al 24 de novembre de 1977 i ratificat el dia 4 d'octubre de 1979. Aquest conveni defineix els drets i les llibertats inalterables de tota persona i obliga als Estats part a garantir el seu exercici i respecte a les persones que visquin en el seu àmbit jurisdiccional. Fixa mecanismes internacionals per a la seva aplicació que permeten que les persones físiques dels Estats que en formen part, un cop hagin esgotat els seus recursos interns, puguin plantejar casos de violació del conveni al Tribunal Europeu de Drets Humans d'Estrasburg.²

² Fernández Acebo, M^a Dolores. Op. Cit. *La tutela de los derechos fundamentales...* p.62.

Aquest mateix Tribunal ha concebut el respecte a la vida privada com un dret a la defensa amb l'objectiu de protegir a l'individu enfront de les ingerències d'arbitràries dels poders públics en la vida privada i familiar.³

Concretament en l'article 8 del CEDH, és on es reconeix en el seu apartat primer el dret de tota persona respecte de la seva vida privada i familiar, i a continuació, en el seu apartat segon, s'estableix que no podrà haver-hi ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, llevat que aquesta ingerència estigui prevista per llei i constitueixi una mesura que sigui necessària per a la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i llibertats dels altres.

El primer dels dubtes que planteja la interpretació de l'article 8 del CEDH és el referent a sí el dret a la vida privada previst en la norma és aplicable tan sols en les relacions entre el particular i l'autoritat pública o si la seva garantia s'amplia també a les relacions entre particulars. La doctrina al respecte apareix dividida, de tal manera que mentre alguns autors mostren el seu escepticisme, d'altres en canvi, han pres ja consciència sobre l'aplicabilitat del CEDH a les relacions entre particulars⁴.

1.1-4 El Pacte Internacional de Drets Civils i polítics.

A conseqüència del fet que la Declaració Universal dels Drets Humans no fou concebuda per a imposar obligacions vinculants, l'assemblea general de les Nacions Unides proposa dos tractats multilaterals sobre els drets humans destinats a imposar obligacions concretes als estats parts. Aquests dos pactes són: El pacte internacional sobre drets econòmics socials i culturals i el Pacte Internacional sobre drets civils i polítics, per a referir-nos a ells de forma conjunta els anomenem pacte internacional dels drets Humans o pacte de Nova York.

Centrant-nos en el Pacte Internacional de drets civils i polítics que va entrar en vigor el 23 de març de 1976. En aquest pacte, concretament en el seu article 17, és on trobem regulat l'aspecte de la vida personal i familiar i, com podem veure, ens diu el mateix que hem pogut observar en l'article 12 de la Declaració de Drets Humans.

³ *Ibidem.* P.59

⁴ *Ibidem*,p. 65.

L'article 17 del Pacte internacional de drets civils i polítics ens estableix:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques⁵

1.2 La relació dels drets de la personalitat:

1.2-1 Diferències en l'article 18CE:

La redacció de l'article 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” podria portar-nos a pensar que estem davant d'un sol dret amb diferents manifestacions, tot i així la doctrina majoritària ⁶considera que ens trobem davant de béns jurídics diferents, encara que siguin drets que tinguin un denominador comú i en moltes ocasions es trobin entrelaçats.⁷

1.2-1.1 Les diferències entre els drets regulats en l'article 18.1CE:

En primer lloc, el dret a l'honor, pot ser definit com l'apreciï, l'estima i la consideració social que té una persona. És el dret a què un tercer no condicioni negativament l'opinió que poden tenir els altres sobre nosaltres, el dret a tenir bona reputació. Aquesta reputació no està regulada, el que comporta que el jutge haurà de valorar si es viola aquesta reputació en cada cas concret. ⁸En poques paraules, podem considerar que el jutge pot actuar amb un marge de discrecionalitat molt alt per ponderar la vulneració del dret a l'honor.

Altrament, per a què la imputació d'un fet es pugui considerar intromissió il·legítima a l'honor, tal imputació ha de ser falsa. Atès que si la imputació, és verdadera, deixaria d'atemptar al dret a l'honor i parlariem d'una lesió al dret a la intimitat. De manera que

⁵ Naciones Unidas. Derechos Humanos, oficina del alto comisionado. El derecho a la intimidad[En línea]. 2004 [data de consulta: [20-02-16] [Accés gratuït] <http://www.ohchr.org/>

⁶ Segons Fernández Acebo, Mª Dolores. Op.cit. *La tutela...*p. 65.

⁷ *Ibidem*, p. 66.

⁸ Iglesias Báez. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la constitución española de 1978*. 1ª Edició. Salamanca (Espanya) : Ediciones Universidad de Salamanca, 2010. pàg 183. Col·lecció, #*. ISBN:978-84-7800-288-7.

com hem pogut puntualitzar anteriorment, es pot veure clarament que aquests drets queden entrelaçats entre ells.⁹

En darrer lloc entrarem a diferenciar el dret a la intimitat personal i familiar de la resta de drets de la personalitat. Vist que tal dret protegeix l'esfera més privada de la vida d'una persona que abasta les qüestions més personals de la seva existència i de la seva pròpia vida, en el que s'engloba també la seva família. Parlariem d'aquell àmbit propi i reservat de la persona imprescindible per obtenir una "qualitat mínima de vida".¹⁰

La regulació d'aquest dret sobre la consideració de les intromissions com a legítimes o il·legítimes tampoc és molt extensa, el que comporta que hàgim de recórrer a la doctrina i a la jurisprudència que ens explicita que per a què no sigui considerada il·legítima una intromissió al dret a la intimitat aquesta ha d'estar regulada per una llei Orgànica i complir amb els principis de prohibició a l'arbitrarietat i el principi de proporcionalitat que impliquen un marge de discrecionalitat al jutge o a l'autoritat.

Respecte a la titularitat dels drets regulats en l'article 18.1 CE cal puntualitzar que la seva concepció com a drets de la personalitat comporta que la seva titularitat correspongui a totes les persones físiques amb independència de la seva nacionalitat. En canvi, mostra una important diferència pel que fa a la titularitat de les persones jurídiques, considerat pel mateix TC que el dret a la intimitat no pot ser objecte de titularitat per les persones jurídiques atès que les persones jurídiques els manca aquest aspecte de vida personal i familiar. D'altra banda, sí que pot ser objecte de titularitat per a les persones jurídiques el dret a l'honor, on es reconeix la protecció del bon professional encara que el grau de protecció sigui inferior en les persones jurídiques que en les persones físiques. Altrament les persones jurídiques també queden excloses de la titularitat del dret a la pròpia imatge.¹¹

1.2-1.2 Diferències en els apartats 2 i 3 respecte el 1er de l'article 18 CE:

També és necessari diferenciar que l'article 18.1 CE no estableix la possibilitat d'una limitació del dret per via judicial a diferència de l'apartat 2 i 3 del mateix article 18 CE que sí que preveu aquesta limitació.

⁹ Iglesias Báez. Op.cit. *Estructura orgànica* ... p 184.

¹⁰ *Ibidem*. P.184.

¹¹ *Ibidem*, p. 185.

En aquests apartats podem veure la següent regulació:

- 2 *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*
- 3 *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

El que ens porta a la deducció de què en el dret a la intimitat no hi ha limitació. D'aquesta manera podem comprovar que hi ha un error de plantejament per part del legislador, ja que en el cas de l'article 18.1 CE podem veure que la Constitució es directament aplicable per a la defensa dels drets fonamentals, però no podem afirmar el mateix en el cas d'una vulneració o limitació. Els autors¹² que defensen aquesta perspectiva defensen que és necessari que per a què hi pugui haver una vulneració d'un dret fonamental existeixi una llei orgànica que ho reguli, i per tant es recullin les seves limitacions i les seves garanties. De manera que en aquest cas, no és la constitució qui estableix els límits dels drets fonamentals, com en canvi si que fa en els apartats 2 i 3 de l'article 18 de la Constitució, sinó que tals limitacions vindran imposades per la necessitat de protegir altres drets o béns constitucionals.¹³

2. DRET A LA INTIMITAT:

2.1 Concepte:

El dret a la intimitat és un dels drets més rellevants del conjunt de drets que afecten a l'esfera privada de l'individu reconegut en la Constitució Espanyola. Els drets que afecten a l'esfera privada de l'individu els podem trobar regulats en l'article 18 de la Constitució Espanyola, i són: El dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar, a la pròpia imatge, a la inviolabilitat del domicili, al secret de les comunicacions i a la protecció de dades. Concretament, analitzarem els drets que regula l'article 18.1 CE, anomenats drets de la personalitat¹⁴, entre els quals podem trobar: El dret a l'honor, el

¹² Gil Hernández, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. 1ª Edició. Madrid (Espanya) : Editorial COLEX, 1995. pàg 47. ISBN:84-7879-233-1995. Segons Gil Hernández, Ángel.

¹³ Gil Hernández, Ángel. op.cit. *Intervenciones...*p. 47.

¹⁴ Fernández Acebo, Mª Dolores. Op.cit. *La tutela de los derechos fundamentales...*p.49.

dret a la intimitat personal i familiar, i el dret a la imatge. Així entès pel nostre Tribunal Constitucional en el fonament jurídic 3r de la Sentència 170/1987, de 30 d'octubre que ens diu: “los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada”¹⁵

El reconeixement de tals drets en la Constitució espanyola és realment recent, atès que no van ser reconeguts fins a l'establiment d'aquesta l'any 1978, mitjançant la qual es van introduir els drets de la personalitat en el nostre ordenament jurídic amb un caràcter especial. Sent de les primeres a recollir tals drets i a més a més, donant-los-hi la màxima protecció, atorgant-los-hi el caràcter de drets fonamentals.¹⁶ Encara que anteriorment aquests drets ja els podíem trobar regulats en el CC espanyol, no se'ls hi atorgava aquest caràcter de DDFF, i per tant no gaudien d'aquesta màxima protecció que actualment sí que reben.

Partim de la idea que l'individu ha de gaudir d'una protecció el més completa possible de la seva persona, que és la finalitat del dret a la intimitat, la protecció de l'esfera privada de l'individu. Per poder entendre el concepte de dret a la intimitat, hem de ser conscients que tal dret, juntament amb la resta de drets fonamentals, ha de ser adaptat als canvis polítics, socials i econòmics que comporta, per aquesta manera, poder ampliar-se i satisfer les necessitats socials i el nivell de protecció que se l'hi atribueix com a dret fonamental. És per això que ens trobem davant d'una gran complexitat per definir i delimitar aquest dret que de manera habitual va unit a la contraposició entre l'esfera privada enfront de la pública.¹⁷

Anteriorment, els drets anomenats de la personalitat sols eren regulats en les relacions jurídic-privades i no en l'àmbit jurídic-públic. Aquests van passar a ser reconeguts en l'esfera de dret públic quan es van començar a reconèixer drets que els corresponen a les persones pel simple fet de ser-ho, dotant-los d'un grau de protecció superior i d'unes garanties màximes de defensa al incloure'ls en la secció primera del Capítol II del títol I de la Constitució Espanyola.¹⁸

¹⁵ STC 170/1987, de 30 d'octubre FJ. 3.

¹⁶ *Ibidem*, p. 66.

¹⁷ *Ibidem*, p. 51.

¹⁸ *Ibidem*.P .67.

Els drets de la personalitat, on trobem inclòs el dret a la intimitat, pel simple fet de ser considerats DDFF, tenen un caràcter irrenunciable, inalienable e imprescriptible, tot i així, ens podem trobar en certes intromissions que poden afectar aquests drets i no ser considerades il·legítimes: Quan ens trobem davant del cas que estiguin expressament autoritzades per llei, o quan el titular hagi presentat el seu consentiment de forma expressa, tot i la seva possible revocabilitat entre d'altres. Aquests mateixos drets fonamentals són per tan veritables drets subjectius desenvolupats constitucionalment que creen, enfront dels poders públics i entre els particulars, una protecció amb una eficàcia vinculant que té caràcter immediat i directe.

Per tant, podem afirmar, que amb el reconeixement constitucional d'aquests drets s'està garantint aquest àmbit de privacitat davant dels poders públics i a tots els ciutadans que hauran de respectar aquesta reserva individual que correspon a cada persona.¹⁹

Tal dret és definit com el dret a no ser molestat, a no patir intromissions il·legítimes. És el dret a mantenir una vida privada sense interferències il·legítimes de l'estat ni de tercers. Però principalment, el dret a la intimitat és reconegut com un dret front l'estat, que haurà de ser garantit pels poders públics a través de la constitució.

Com he pogut fer referència anteriorment, parlem d'un dret que presenta certes dificultats per a poder ser delimitat amb exactitud, així com també resulta difícil concretar els criteris de prevalença quan es troba davant d'altres pretensions jurídiques. Per tant, és necessari per poder entendre millor de què tracta, la distinció entre el concepte "intimitat" i el de "vida privada". Aquesta última abasta un concepte més general, quan parlem de què no volem que es tingui un coneixement general sobre alguna cosa en particular, dins d'aquest concepte trobem el dret a la intimitat, que constitueix la part més reservada de l'ésser humà, el seu nucli més personal i que protegeix amb més força perquè és essencial per a la configuració de la nostra personalitat. És un dret també difícil de catalogar, el seu caràcter subjectiu que es desprèn del seu contingut depèn de la llibertat individual de cada persona i de l'ús que

¹⁹ Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar, María Luisa Balaguer Callejón y José Antonio Montilla Martos. *Manual de Derecho Constitucional, volumen II, Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores, Instituciones y órganos constitucionales*. 10ª ed. TECNOS 2015. P. 215 ISBN: 978-84-309-6656-1.

en faci, per tant, és l'individu el que modula el seu propi contingut, els graus i els límits de la seva intimitat, mitjançant criteris subjectius. Tanmateix el que és considerat per a uns que ha de ser absolutament reservat per a d'altres no els hi importa que es conegui²⁰.

Fent referència a la dificultat d'atribuir-li al dret a la intimitat un contingut precís i concret, és necessari recórrer a la jurisprudència del Tribunal Constitucional i a la doctrina per tal d'aclarir aquest problema:

Malgrat aquesta imprecisió que presenta el propi concepte de dret a la intimitat, han estat molts els que han tractat de definir-lo. Un dels primers va ser el jutge Nord-Americà Cooley mitjançant l'expressió "*the right to be alone*" que traduïda significa "el dret a ser deixat en pau", en el sentit de no patir molèsties realitzades per altres persones envers el subjecte que les pateix.²¹

El Diccionari de la Reial Acadèmia Espanyola de la Llengua li atorga al dret a la intimitat el significat de "*zona espiritual íntima i reservada d'una persona o d'un grup, especialment d'una família*". No obstant això, no resulta fàcil precisar aquest concepte.

Per a poder entendre el contingut del dret a la intimitat és necessari recórrer a la jurisprudència; "la esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la ley misma por las cuales queda encomendada al Juzgador la prudente determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas"²².

La STC 231/1988²³ de 2 de desembre, va expandir l'àmbit de protecció del dret a la intimitat a l'esfera familiar. També ho podem veure en la STC 186/2013 "Su extensión no abarca únicamente aspectos de la vida propia personal, sino también determinados aspectos de otras personas con las que guarda una personal y estrecha vinculación

²⁰Fernández Acebo, M^a Dolores. Op.cit.. *La tutela*....p.51

²¹*Ibídem*, p. 50.

²² STS de 28 d'octubre de 1968 FJ 6è.

²³ STC 231/1988 de 2 de desembre. FJ 4rt.

familiar, aspectos que, por esta relación o vínculo familiar inciden en la esfera de la personalidad del individuo"²⁴. Definitivament pretén protegir aspectes de la vida privada d'una persona, expandint-ho inclús a les persones amb les qual el subjecte presenta un vincle més pròxim, de tal forma que no puguin interferir ni l'Estat ni tercers.

El TC també tracta en diverses sentències; l'obligació que tenen els poders públics de sotmetre's a la CE i per tant no tan sols de no lesionar l'esfera individual, sinó també de garantir l'efectivitat de tals drets.

Així mateix, a la consideració del dret a la intimitat com un dret de caràcter subjectiu, que posseeixen els individus enfront de l'estat com un mitjà de defensa i com a nucli de garanties institucionals, l'hi sumem que: "También es considerado un derecho positivo y esencial en la organización social, una garantía institucional de pluralismo y democracia, de tal manera que si el público está protegido por la pretensión de igualdad, el privado es el origen de la singularidad; y precisamente este respecto en la diferencia implica originariamente respeto a la vida privada y por lo tanto puede considerarse una expresión o manifestación de libertad fundamentada en la condición de orden público y paz social."²⁵. Tanmateix aquest dret també implica deures positius per part del mateix Estat, de tal manera que quan ens trobem davant d'una vulneració de l'esmentat dret; els ciutadans podran recórrer als tribunals, així com també és necessari que els poders públics adoptin les mesures necessàries per a garantir-ne l'exercici de manera real i efectiva.²⁶

2.2 El principi de proporcionalitat

La jurisprudència espanyola ha incorporat al control de constitucionalitat el principi de proporcionalitat. El Tribunal constitucional atorga rang constitucional al principi de proporcionalitat derivat de la clàusula de l'Estat i del valor de justícia proclamat a l'article 1.1 de la pròpia Constitució.²⁷

El TC afirma que el principi de proporcionalitat, com a principi general, deriva de diferents preceptes constitucionals. La STC 49/1999²⁸, realitza una agrupació de tots els

²⁴ STC 186/2013 de 4 de novembre. FJ. 3er.

²⁵ Fernández Acebo, M^a Dolores. op.cit. *La tutela...*p. 62.

²⁶ *Ibidem*,p 62.

²⁷ Arzoz Santiesteban, Javier. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*.Ed. 2014. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2014.pàg 84. ISBN: 978-84-259-1588-8.

²⁸ STC 49/1999 FJ 7è

preceptes constitucionals dels quals la jurisprudència constitucional ha derivat el principi de proporcionalitat:

- En especial del art. 1.1 CE i dels articles 10.2 i 18 del conveni europeu de Drets Humans.

En aquest àmbit el principi de proporcionalitat constitueix una regla d'interpretació que estableix el límit de tota ingerència estatal en la vulneració d'un Dret fonamental.

En el principi de proporcionalitat podem distingir tres components:

1. El criteri d'adequació o idoneïtat.
2. El criteri de necessitat o indispensabilitat.
3. El criteri de proporcionalitat en el sentit estricte.²⁹

1. El criteri d'adequació o idoneïtat:

Tracta de l'adequació entre la mesura i la finalitat perseguida. La mesura prevista ha de ser adequada, idònia i útil per a la consecució de la finalitat perseguida.³⁰

2. El criteri de necessitat o indispensabilitat:

Exigeix que la mesura sigui necessària e indispensable, en el sentit de què no existeixin o no es disposin d'altres mesures que siguin capaces d'aconseguir la mateixa finalitat de manera que no s'afecti o que s'afectin de forma més lleu, els drets individuals.³¹

3. El criteri de proporcionalitat en el sentit estricte:

Comporta una ponderació entre les finalitats perseguides i les restriccions previstes, de tal forma que hi hagi proporcionalitat entre el sacrifici del dret fonamental i el benefici resultant pel conjunt dels ciutadans.³²

El principi de proporcionalitat ha estat utilitzat en moltes ocasions pel nostre Tribunal Constitucional, tot i així, no va ser fins a la STC 66/1995³³, en la que es realitzà aquesta distinció dels tres criteris de proporcionalitat. Aquesta sentència marca un punt

²⁹ Arzoz Santiesteban, Javier. *op.cit.* La concretización...p.85.

³⁰ *Ibidem*,p. 85

³¹ *Ibidem*,p.85.

³² *Ibidem*,p.86.

³³ STC 66/1995 de 8 de maig de 1995, FJ 5è.

d'inflexió entre la sistemàtica que s'utilitzava prèviament i dóna pas a les sentència 55/1996 ³⁴del TC en la que podem trobar un estudi complet del principi de proporcionalitat.³⁵

En la STC 66/1995 el Tribunal Constitucional atorga els requisits que ha de complir el principi de proporcionalitat: “si tal medida era susceptible de conseguir el fin propuesto , si además era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia , y finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. ”.³⁶

El principi de proporcionalitat ha estat un instrument molt útil per reduir el marge de discrecionalitat que posseeixen els poders públics. Aplicant el principi de proporcionalitat, el marge de discrecionalitat d'una matèria pot veure's reduït per l'aplicació del principi fins al punt de què possiblement ens quedem en una sola opció lícita. Aplicant l'element d'indispensabilitat aquesta obliga a adoptar la mesura que comporti la menor ingerència en els drets dels interessats.³⁷

Per tant, podem parlar d'un marge de discrecionalitat administrativa, en el que apliquem el principi de proporcionalitat, i que amb la seva aplicació, aconseguim realitzar una menor ingerència als drets que poden ser afectats. Però cal distingir aquesta discrecionalitat administrativa de la discrecionalitat de la qual disposa el legislador i per tant, el principi de proporcionalitat no desplega la mateixa eficàcia en el supòsit del legislador que en la discrecionalitat administrativa.³⁸

La aplicació estricta del principi de proporcionalitat comporta que:

- a) Pot existir sols una opció constitucionalment conforme.
- b) Que aquesta opció és determinable, és a dir, que és factible i que determina aquella o aquelles mesures necessàries.
- c) Conseqüentment aquesta opció hauria de ser imposada a l'òrgan legislatiu.

³⁴ STC 55/1996 de 28 de març de 1996, FJ 3r.

³⁵ *Ibidem*.p.86.

³⁶ *Ibidem*.p.87.

³⁷ *Ibidem*.p.88

³⁸ *Ibidem*.p.89.

L'aplicació del principi de proporcionalitat consisteix en la ponderació entre una pluralitat de béns i interessos constitucionalment rellevants que es poden veure contraposats en certes ocasions. La demostració de què no existeix una mesura que sigui menys restrictiva suposa un estudi de viabilitat, un estudi d'impacte de totes les mesures possibles.³⁹

2.3 Límits als DDFF, en especial, el Dret a la intimitat:

El TC sempre ha afirmat que els DDFF no són drets absoluts e il·limitats (SSTC 11/1981).⁴⁰ Entre altres sentències. Així com també aquest mateix tribunal, ha establert diversos requisits per a la seva limitació (SSTC 62/2982)⁴¹ entre d'altres.

Pel que fa als límits, podem trobar límits directes, reconeguts a la CE, o indirectes o mediats, que són necessaris per protegir altres drets constitucionals, valors o d'altres béns constitucionalment protegits.

Una observació interessant sobre aquests límits és que si els mateixos drets que trobem reconeguts en la CE no són absoluts, per molt que tinguin el caràcter de DDFF, encara menys, tindran aquest caràcter d'absoluts els seus límits, per tant, aquests últims també estaran limitats, aquí és on entra en joc la teoria dels "límits dels límits" dels DDFF.⁴²

D'aquests límits que tot seguit en parlarem, podem veure, tal com ha dit el propi TC en repetides ocasions, que com aquests actuen de manera restrictiva sobre els mateixos DDFF, han de ser interpretats a la vegada restrictivament i amb el sentit més favorable a l'eficàcia i a l'essència de tals drets, respectant el seu contingut essencial, d'aquesta manera poder evitar les intromissions il·legítimes que es puguin generar a tals drets considerats d'especial rellevància i que gaudeixen de la màxima protecció.

De conformitat amb la doctrina del TC, la constitucionalitat de qualsevol mesura restrictiva dels DDFF ve determinada per l'estricta observança del principi de proporcionalitat (STC 37/1889)⁴³. El qual no es troba expressament recollit en el nostre ordenament jurídic, sinó que és construït de manera dogmàtica pel nostre TC. És necessari explicitar, que quan la doctrina i la jurisprudència fan referència al principi de

³⁹ *Ibidem*.p.90.

⁴⁰ STC 11/1981, de 8 d'abril, FJ. 5.

⁴¹ STC 62/2982 de 15 d'octubre.FJ 5.

⁴² Iglesias Báñez. Op.cit, Estructura orgànica...p. 81.

⁴³ STC 37/1889 de 17 de febrer. FJ8.

proporcionalitat tracten els seus requisits intrínsecs, dels que en formen part: idoneïtat, necessitat i proporcionalitat en sentit estricte⁴⁴.

També cal fer referència a què per molt que els principis de proporcionalitat i el de raonabilitat siguin principis diferents, i que no sigui necessària la seva vinculació per a què s'estigui incorrent en una intromissió il·legítima, considerant, que pot ser que no estingui en compte el principi de proporcionalitat, però en canvi si el de raonabilitat i a conseqüència la ponderació de tal mesura sigui raonable però no proporcional i a la inversa. Tanmateix aquests dos principis no són dependents l'un de l'altre.

Tot i així, per altra banda, el criteri de raonabilitat és utilitzat per la jurisprudència com a criteri de ponderació en l'aplicació del principi de proporcionalitat en sentit estricte al assegurar la relació de medis i fins en temes de raonabilitat i evidència, per concloure que el medi i la finalitat escollits han de guardar una "proporció raonable".

El principi de proporcionalitat segons BARNÉS VÁZQUEZ,⁴⁵ ens diu que és un dels principis que formen el conjunt de garanties dels drets i llibertats i que una de les seves funcions bàsiques és salvaguardar el seu contingut essencial.

2.4 Protecció:

Els avanços científics, tècnics i policials realitzats en aquest segle han permès que augmentés considerablement el nombre d'interferències realitzades al dret a la intimitat, el que ens porta a una necessària protecció de l'individu enfront de les actuacions de les autoritats públiques per a la defensa dels interessos generals⁴⁶. La protecció a aquest dret ha estat explicada en l'apartat anterior, dret que queda protegit en l'àmbit internacional pels convenis en què Espanya en forma part i també rep una especial protecció en l'àmbit intern per la CE i per totes les lleis que s'han aprovat per augmentar aquest nivell de protecció cap a un dret de tanta rellevància com és el dret a la intimitat.⁴⁷

⁴⁴ Iglesias Bárez. Op.cit, Estructura orgànica...p. 82.

⁴⁵ Segons Iglesias Bárez, *Ibidem*, p. 83.

⁴⁶ Gil Hernández, Ángel. Op.cit.Intervenciones...p.46.

⁴⁷ *Ibidem*. P.46.

2.5 Vulneració:

Prenent com a referència el contingut de la intimitat, aquest es defineix tal com hem dit anteriorment com:

“aquel derecho que le permite al ser humano tener un espacio de su existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando las interferencias de la autoridad o terceras personas, así como la divulgación de hechos reservados para sí, permitiendo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad”⁴⁸

D'aquest concepte s'evidencia que el dret a la intimitat pot vulnerar-se en tres situacions clarament diferenciades. En efecte, es lesiona el dret a la intimitat individual o familiar d'una persona quan un tercer, de qualsevol manera o utilitzant qualsevol medi, simplement pertorbi l'esfera íntima d'un individu; quan un tercer indegudament sostreu informació sobre fets que corresponen a l'àmbit privat d'una de l'afectat; o finalment, quan el tercer divulgui o posi en manifest il·legalment aspectes de la vida privada, personal o familiar.

En els supòsits de vulneració del dret a l'honor i a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge l'ordenament jurídic espanyol articula els seus propis mecanismes de protecció:

- La protecció civil indemnitzatòria: empara els drets de la personalitat i té un doble contingut; per una banda implica el cessament de la intromissió il·legítima a tals drets si encara s'està produint, i per altra banda intenta reparar una part del dany produït amb la imposició d'una indemnització econòmica al subjecte que ha produït tal vulneració. En altres paraules, és una protecció del dret que es basa en superar el dany produït, considerant, que és el subjecte que ha realitzat aquesta intromissió il·legítima, el que està obligat a aportar una indemnització per intentar reparar part del dany causat a un altre subjecte a conseqüència de la vulneració d'un dret fonamental. La seva regulació la podem trobar en la Llei Orgànica 1/1982 de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i a la pròpia imatge. En aquesta llei també hi podem trobar regulats supòsits en els quals no és considerada il·legal la intromissió per part de tercers. Un dels

⁴⁸ *Ibídem*. P.47.

supòsits és, per exemple, en el cas que s'atorgués el consentiment per part del titular del dret, consentiment que pot ser revocat amb posterioritat, però que comportaria renunciar temporalment i per actes concrets la protecció que atorguen els drets anomenats anteriorment. Si es revoqués amb posterioritat aquest consentiment, durant aquest espai temporal, es pot haver ocasionat un perjudici pel qual el subjecte que l'ha ocasionat ha de respondre no únicament a una indemnització econòmica per al dany efectiu ocasionat sinó també per les expectatives justificades que s'hagin vist defraudades. En l'article 9 de la mateixa llei, podem veure regulades les mesures provisionals i definitives per posar fi a la intromissió i restablir la protecció dels drets.⁴⁹

- Com a mesura més estricta, ja que garanteix els atacs més greus a l'honor i a la intimitat podem trobar la protecció penal, a la qual ens remet l'article 1.2 de la LO1/1982⁵⁰. Per tant, podem trobar que les intromissions il·legítimes al dret a la intimitat són regulades al Codi penal als articles del 197 al 201 i tipificades com a delictes de descobriment i revelació de secrets.

2.6 Característiques:

2.6-1 Obtenció de proves mitjançant la violació de DDFF:

La vulneració dels DDFF comporta la inadmissió de les proves obtingudes conforme l'art. 11.1 LOPJ, que després d'explicitar-nos la necessitat del respecte a la bona fe, afegeix "que no tindran efectes les proves obtingudes, directament o indirectament, vulnerant els drets o llibertats fonamentals".⁵¹

L'exclusió de les proves obtingudes mitjançant una vulneració dels DDFF deriva directament de la CE, donada a posició preferent des de DDFF en el nostre ordenament jurídic i la seva condició d'inviolables. En definitiva, l'exclusió de les proves il·lícites es configura com una garantia objectiva i implícita dels DDFF.⁵²

Per tant, constitueix una prohibició absoluta de poder valorar les proves si aquestes han estat obtingudes mitjançant la vulneració d'algun DDFF, pel que aquestes proves no es

⁴⁹ Iglesias Báñez .op.cit. *Estructura orgánica...* P. 187.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 187.

⁵¹ Duart Albiol, Juan José. *Inspecciones, registros e intervenciones corporales, en el ámbito del proceso penal.* (Manuel Jesús Cachón Cadenas). Tesis doctoral, Universitat Autònoma, setembre de 2013, p.323

⁵² Duart Albiol, Juan José. *op.cit. Inspecciones, registros...*, p.319

poden fer valer, ni poden ser admeses per a qualsevol procediment si han estat obtingudes mitjançant la vulneració dels DDFF.⁵³

El TC considera que la valoració de les proves obtingudes mitjançant la vulneració dels DDFF, o d'altres que siguin conseqüència d'aquesta mateixa vulneració poden causar una lesió no simplement al dret a un procés amb totes les garanties, sinó també d'altres drets; com el dret a la presumpció d'innocència, el dret a no ser condemnat sense proves que tinguin la consideració de càrregues vàlides si la condemna es basa exclusivament en aquestes proves aportades. Entre d'altres, però podríem considerar que aquests són els drets principalment vulnerats quan ens trobem davant de proves obtingudes de manera il·lícita, mitjançant la vulneració de tals drets.⁵⁴

Com podem veure, l'exigència de què aquestes proves hagin de ser practicades respectant totes les garanties constitucionals i processals forma part del contingut del dret a la presumpció d'innocència, pel que podem afirmar que la prohibició de valoració de les proves il·lícites deriva en definitiva d'aquest altre DDFF.⁵⁵

2.6-2 Conseqüències processals de la prova il·lícita:

En principi, en l'àmbit d'aplicació de l'art. 11.1 LOPJ es limita als DDFF i llibertats públiques contingudes en la secció primera del capítol II del títol I de la CE, entre els quals es troben els drets principalment afectats per les investigacions corporals, com és el dret a la intimitat.⁵⁶

La regla d'exclusió implica no sols una prohibició d'admissió de la prova il·lícita, sinó també una prohibició de valoració d'aquestes.⁵⁷

Tot i haver-hi una prohibició absoluta d'admissió de la prova, podem trobar-nos en algun supòsit on aquesta rebi una eficàcia limitada, és a dir, que produeixi una certa eficàcia en el supòsit de què la prova obtinguda de manera il·lícita causi resultats favorables a l'investigat.⁵⁸

⁵³ *Ibidem*. P.320

⁵⁴ *Ibidem*. P.321.

⁵⁵ *Ibidem*. P.322.

⁵⁶ *Ibidem*. P.324

⁵⁷ *Ibidem*. P.325.

⁵⁸ *Ibidem*. P.326.

En conclusió, la vulneració dels DDFF en la recollida de material probatori comporta processalment la inadmissibilitat de qualsevol medi de prova que tracti d'incorporar al procés les fons de prova així obtingudes. Aplicada aquesta doctrina a les intervencions corporals, resultarà que tota la mesura que s'hagi obtingut vulnerant un DDFF serà nul·la de ple dret i inadmissible el medi de prova que es pretengui introduir en el procés.⁵⁹

Seguidament en la **STC 173/2011** examinem els fets transcorreguts entre els mesos de novembre i de desembre del 2007, l'acusat posseïa en el seu ordinador portàtil personal nombrosos fitxers de fotografies i vídeos mostrant a menors d'edat, fotografies de contingut pedòfil i fotografies de pornografia infantil.

Els fitxers dels quals disposava l'acusat van ser obtinguts mitjançant un sistema d'intercanvi d'arxius per internet en el que es comparteixen imatges realitzant la seva descàrrega i distribució simultània. A través d'aquest sistema, l'acusat, distribuïa material pornogràfic de menors.

El testimoni(l'informàtic) va especificar que va rebre l'encàrrec i l'hi va preguntar a l'acusat si l'ordinador contenia contrasenya, i el client va respondre que no, sense establir-li cap limitació en l'ús de l'ordinador i l'accés als fitxers que emmagatzemava. En conseqüència, tot i saber que el tècnic accediria al disc dur de l'ordinador aquest no va realitzar cap objecció ni previsió.

El perit també va corroborar que l'acusat tenia configurat el programa de manera que tots els arxius del disc estiguessin a disposició de qualsevol altre usuari de l'aplicació. En definitiva, que resulta molt difícil poder invocar el dret a la intimitat quan els propis actes de l'acusat indiquen que no tenia intenció ni voluntat alguna de preservar les seva esfera més íntima, exclusiva i personal, ja que als fitxers del seu ordinador tenia accés qualsevol persona que es connectés a internet a la mateixa xarxa d'intercanvi.

⁵⁹ *Ibídem*. P.328.

La demanda formulada pel recurrent es fonamenta en la vulneració del dret a la intimitat (art.18.1 CE) i d'altres tot i que ens centrarem en aquest dret fonamental. El recurrent considera vulnerat el seu dret a la intimitat perquè tant el propietari de la tenda on va portar el seu ordinador, com els policies nacionals que van accedir a l'ordinador, van actuar sense prèvia autorització judicial. Al·lega que la policia en rebre la denuncia hauria d'haver sol·licitat autorització del jutge. Per altra banda, tampoc existien motius d'urgència que legitimessin una actuació policial immediata. D'igual forma que per accedir al contingut de la correspondència, és necessària autorització judicial per accedir al contingut d'un ordinador personal. A més a més discrepa de l'argumentació dels òrgans jurisdiccional, ja que no es pot afirmar un consentiment ni tan sols tàcit a la divulgació de la informació continguda a l'ordinador. Encara que hagués manifestat que l'ordinador no tenia contrasenya, l'ordinador va ser entregat a la tenda únicament per la reparació de la gravadora i no per l'accés als documents. I tampoc pot justificar-se el consentiment del fet de què compartia els arxius a través del programa, ja que aquesta informació s'obté a posteriori un cop ja s'ha accedit al contingut de l'equip.

El Tribunal descarta la nul·litat de l'expressada diligència al no apreciar-se lesió alguna del dret reconegut en l'art. 18.1 CE, tal com hem desenvolupat àmpliament, no hi és possible apreciar tampoc la nul·litat de les subsegüents proves practicades. En aquest supòsit i concorre prova de càrrec suficient i practicada amb totes les garanties per enervar el dret a la presumpció d'innocència de l'acusat, havent consistit aquesta, no sols en la trobada d'arxius de contingut pedòfil susceptibles de ser distribuïdes a tercers, sinó també els testimonis del propietari de l'establiment d'informàtica que va presentar una denúncia i el funcionari policial instructor de l'atestat. Així com en el contingut de l'informe pericial elaborat pel grup de perícies informàtiques de la policia judicial .

En definitiva ha de concloure's que la condemna al demandant com a autor d'un delictes de distribució de material pornogràfic infantil es sustenta en proves de càrrec vàlidament practicades, en haver-se acomodat a les exigències constitucionals i per tant es desestima la demanda del recurrent.

III. CAPÍTOL II: LA VIDA PERSONAL I FAMILIAR AL CEDH

1. L'ARTICLE 8 DEL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS:

L'article 8 del conveni Europeu de Drets Humans diu:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”⁶⁰

El primer paràgraf ens anomena els drets que garanteix el CEDH. Aquests drets són el respecte a la vida privada i familiar, al domicili i a la correspondència.

El segon paràgraf en canvi conté certes restriccions que permeten realitzar ingerències legítimes a les autoritats públiques en circumstàncies concretes i en limiten el lliure exercici.

Per tant, ara veurem quan es permetran tals intromissions, posant en relació el dret garantit (presumptament vulnerat) amb les condicions i els objectius que permeten tals ingerències per part dels poders públics

En primer lloc, cal que el demandant estableixi tal vulneració en un dels seus drets garantits pel conveni perquè aquest se l'hi pugui ser aplicat.

⁶⁰ http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

En segon lloc, si aquesta existeix, s'ha d'analitzar si aquesta estava prevista per llei i si persegueix un objectiu legítim.

En darrer lloc, si era necessària en una societat democràtica, i per últim si aquesta era proporcionada amb l'objectiu legítim que es pretén aconseguir, considerant el marge d'apreciació que es preveu per les autoritats nacionals.⁶¹

Els valors que protegeix aquest article formen un tot, per molt que parlem de drets diferents aquests són englobats tots dins el mateix article 8 els quals constitueixen el marc que inclou la vida privada, el desenvolupament de la persona i la seva llibertat individual. Així que per molt que trobem dins el mateix article regulats quatre drets diferenciats: vida privada, vida familiar, domicili i secret de correspondència aquests a conseqüència de què es troben entrellaçats resulten de difícil distinció en moltes ocasions, el que produeix que inclús el mateix TEDH en moltes de les seves sentències en faci referència de manera indistinta⁶².

El contingut d'aquest article 8 del Conveni Europeu de Drets Humans té un contingut similar a la CE pel que fa a la regulació, ja que tant al conveni com la constitució no regulen cap aspecte sobre el dret a la intimitat, sinó que només el nomenen.

Seguidament entrarem a analitzar les diferències que podem trobar entre la CE i el DUDH i els pactes nombrosos anteriorment; la primera de les diferències que podem trobar és: que la declaració universal i el pacte internacional inclouen en el mateix precepte, a més a més de la vida privada, la família, el domicili i la correspondència, altres béns jurídics que l'article 8 del CEDH no inclou, com és el dret a l'honor. Tot i així, encara que aquests béns jurídics no es trobin regulats de manera expressa en l'article 8, la doctrina dels òrgans de supervisió del Conveni admet que un atac a la reputació d'una persona pot ser un fet constitutiu que pot generar una violació a l'art. 8.1 del CEDH. El reconeixement exprés de la inviolabilitat del domicili i del secret de les comunicacions fa que tinguem un reconeixement ple d'aquests, a més a més de concretar la protecció de vida privada. No obstant des del punt de vista juridicoformal no és necessària una nítida delimitació entre la vida privada, per una part i la vida familiar, el domicili la correspondència per una altra, ja que davant de qualsevol

⁶¹ Casadevall Medrano, Josep. *El conveni Europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*. Ed: Bosch editor, 2007. pàg 288. ISBN 978-84-7698-776-6.

⁶² Casadevall Medrano, Josep. *El conveni Europeu...*, op.cit., p. 288.

ingerència en l'esfera personal pot invocar-se sense major precisió l'article 8.1 del CEDH en el seu conjunt, sense necessitat de delimitar el seu àmbit respectiu.⁶³

Un altra diferència que podem veure és que mentre els citats textos internacionals protegeixen únicament en front a les interferències arbitràries o il·legals, l'article 8.2 CEDH protegeix contra tot tipus d'interferències⁶⁴.

Una consideració a tenir en compte és que l'art. 8 no reconeix el dret a la vida privada i familiar com a tal, a diferència de l'article 18.1 CE. De tal manera, que molts autors han interpretat que s'ha realitzat de tal manera perquè els estats gaudeixin d'una certa llibertat per la regulació de la vida privada i familiar, que com a conseqüència poden existir interferències a la vida privada i familiar que no constitueixen una ingerència en el dret a la vida privada i familiar garantit per l'article 8 CEDH.⁶⁵

És interessant per analitzar amb exactitud el conveni, la important diferenciació pràctica i teòrica. En primer lloc, s'examina l'aplicabilitat del conveni, en particular d'algun dels drets allí reconeguts i que es tracta en aquell supòsit de fet en concret. L'examen parteix de l'àmbit de protecció del dret corresponent, més o menys delimitat per la norma respectiva. Es contrasta la mesura en qüestió amb l'àmbit de protecció prèviament establert i d'aquesta manera es comprova si hi ha una ingerència en aquest àmbit protegit. Una vegada veiem que si que encaixa amb l'àmbit d'aplicació del conveni, i per tant dins de la protecció que garanteix el mateix. Però un cop tenim identificat dins l'àmbit d'aplicació del conveni el supòsit de fet en el qual ens trobem, hem d'analitzar si la ingerència constatada compleix les exigències fonamentals del conveni, els requisits són:

El primer és la que coincidència amb el principi de juridicitat, és a dir, las ingerències han de tenir un fonament jurídic en el dret intern que equival al fet que estiguin previstes legalment i que sigui una previsió de qualitat, ja que protegeix els drets dels ciutadans davant de les ingerències arbitràries de les autoritats contra els drets garantits pel conveni. Així com també és necessari que aquesta previsió legal compleixi amb els requisits d'accessibilitat i de previsibilitat, el d'accessibilitat garanteix que tots els ciutadans han de poder disposar de la informació suficient per saber de les normes

⁶³ *Ibidem*. P.289.

⁶⁴ *Ibidem*.p.290.

⁶⁵ *Ibidem*.p.291.

jurídiques aplicables en cada cas, i pel que fa a la previsibilitat podem dir que una norma perquè sigui considerada com a tal, és necessari que sigui formulada amb la precisió suficient perquè qualsevol ciutadà sigui capaç de relacionar, d'acord amb les circumstàncies del cas, les conseqüències que una determinada conducta il·legal l'hi pot comportar.

En segon lloc, la ingerència prevista pel dret intern, ha d'obeir una de les finalitats legítimes previstes en el paràgraf 2 de l'article 8: "la Seguridad nacional y la Seguridad publica mí el bienestar económico del país, la defensa del orden y de la prevención del delito, a protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".⁶⁶

El paràgraf 2n ha de ser objecte d'una interpretació estricta en la mesura que conté una excepció a un dret garantit pel conveni.⁶⁷

2. EL CONCEPTE DE VIDA PRIVADA:

El mateix TEDH ha reconegut que no resulta fàcil definir el concepte de vida privada, el que comporta que hi hagi una dificultat per concretar els seus àmbits de protecció. Inicialment podem observar que els òrgans jurisdiccionals disposen d'un cert grau d'apreciació a l'hora d'enjudiciar si s'ha produït una lesió del dret. La impossibilitat d'una definició exacta d'aquest concepte fa necessari que hi hagi un suport jurisprudencial per a concretar els aspectes del dret garantit, ja que resulta impossible que l'art.8 del CEDH reguli totes les situacions i circumstàncies imaginables que poden ser objecte de protecció pel mateix article. Pel que el TEDH expressa; que degut a la falta de determinació d'aquest article que produeix una manca de precisió en la seva protecció hem de recórrer a la jurisprudència per poder determinar quines són les situacions emparades per l'article. Així doncs, podem observar l'enorme expansió de l'article i l'adaptació d'aquest al context social actual.⁶⁸

Podem veure, que l'art. 8.1 CEDH és l'expressió del malestar del ciutadà, que sent cada vegada més limitat el seu àmbit de llibertat personal.

⁶⁶ *Ibidem*.p.292.

⁶⁷ *Ibidem*.p.294.

⁶⁸ Lasagabaster herrarte, Iñaki.El convenio Europeo de derechos humanos. Ed.Thomson civitas. 2004. 1ª edición. Ed. Aranzadi S.A. Madrid, España.p.254

La inexistència d'una definició exhaustiva del dret al respecte a la vida privada fa que la interpretació de vida privada vagi evolucionant a mesura que evoluciona la societat.⁶⁹

El concepte de vida privada s'identificarà com una faceta més o menys íntima i domèstica reservada de cada persona, de manera que espai públic i vida privada serien conceptes automàticament excloents. Sens dubte, aquesta interpretació es basa en el significat sociològic i psicològic del terme “vida privada”, però el TEDH, juntament amb el TC, ha desmentit que hi hagués una separació entre vida privada i vida pública. El dret a la vida privada no abasta únicament l'àmbit privat, sinó també, l'àmbit públic⁷⁰. En la sentència *Niemietz c. Alemanya* ho va precisar dient que no estimava possible ni necessari provar de definir de manera exhaustiva la noció de “vida privada” perquè: “ *sería demasiado restrictivo de limitar-la a un “círculo íntimo” en el cual el sujeto puede ordenar a su manera la vida personal con toda exclusión del mundo exterior. El respeto a la vida privada tiene que influir también, en cierta medida, el derecho del individuo a tener y desarrollar relaciones con otras personas*”.⁷¹

La protecció que garanteix l'art. 8 CEDH no es restringeix a l'àmbit domèstic ni íntim, sinó que certs comportaments realitzats públicament, o en espais públics també poden estar emparats per l'art. 8 del CEDH. La vida protegida pel conveni es pot desenvolupar també a l'exterior del domicili o de les dependències privades d'una persona. Tot i no tenir una definició exhaustiva sobre el concepte de vida privada, considera que un element a tenir en compte, tot i que no és un requisit indispensable, per saber quan existeixen ocasions de vida privada protegibles enfront de les intromissions il·legítimes, consisteix en les expectatives raonables del mateix individu, ja que existeixen ocasions en les quals les persones participen conscientment o intencionalment en activitats en les quals són o poden ser registrades o informades de forma pública.

El fet de ser un personatge públic o la no participació en un esdeveniment públic en què raonablement es pot esperar que se't realitzi un registre per aquesta simple participació. Per exemple si una persona és suïcida en una via pública, l'afirmació del caràcter “privat” de l'intent de suïcidi, no significa que aquesta persona tingui dret a suïcidar-se,

⁶⁹ Lasagabaster herrarte, Iñaki. *El convenio Europeo...*, op.cit., p.254.

⁷⁰ Casadevall Medrano, Josep. *El convenio Europeo ...*, op.cit., p.288.

⁷¹ STEDH, cas *Niemietz c. Alemanya*, del 16 de diciembre de 1992, par.29.

sinó que la captació d'imatges o la seva gravació suposen una intromissió al seu dret al respecte de la vida privada.⁷²

Considerant que la definició d'intimitat té un caràcter més reservat que la noció de vida privada entesa en el sentit que, a més a més de cobrir el dret a la integritat física i moral, cobreix també el dret a la identitat i al desenvolupament de la persona en el camp de les seves activitats professionals i comercials.⁷³ El tribunal ha senyalat que “seria molt restrictiu limitar la noció de vida privada a un cercle íntim en el qual l'individu pot conduir la seva vida personal a la seva manera i excloure el món exterior no inclòs en aquest cercle, després de tot, és en la vida laboral on les persones desenvolupen un nombre elevat de vincles amb el món exterior, pel que comporta que no sempre sigui clarament diferenciable les relacions que una persona genera en la seva vida laboral i les que no.”⁷⁴

Per entendre millor aquest aspecte de vida privada és necessari explicar breument la STEDH de 16 d'octubre de 2007, Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria [74336/01]:

El primer demandant és un advocat que exerceix a Salzburg i és el propietari de l'empresa, també hi ha un segon demandant que és el director d'una empresa holding anomenada Novamet S.L. El 30 d'agost del 2000 el tribunal regional de Salzburg sota una sol·licitud d'assistència judicial de l'oficina del ministeri públic, va admetre un ordre de registre en la seu de l'empresa del primer sol·licitant, on totes dues empreses tenen la seva seu. El tribunal va assenyalar que en el curs d'un procediment criminal, s'havia trobat que s'estava realitzant comerç il·legal de medicaments a un nombre de persones i empreses a Itàlia. Les factures anaven dirigides a Novamet, per tant és va ordenar la confiscació de tots els documents de l'empresa que rebel·len contactes amb les persones i empreses sospitoses.

El registre i la confiscació de documents i dades en les oficines del sol·licitant:

El 10 d'octubre de l'any 2000 és va registrar l'empresa i l'oficina del primer sol·licitant, el registre va ser dut a terme per oficials del departament de crims

⁷² Lasagabaster herrarte, Iñaki. *El convenio Europeo...*, op.cit., p.255

⁷³ Casadevall Medrano, Josep. *El conveni Europeu ...*, op.cit., p.289.

⁷⁴ Lasagabaster herrarte, Iñaki. *El convenio Europeo ...*, op.cit., p.256.

econòmics de la policia de Salzburg i d'experts en seguretat de dades del ministeri federal de l'interior.

Un grup d'oficials van buscar a l'oficina documents lligats de Novamet o Bicos en presència del primer sol·licitant i el representant del col·legi d'advocats de Salzburg, documents que els hi van ser ensenyats abans de ser detinguts.

Quan el primer sol·licitant s'oposava a l'examen immediat d'un document, aquest és "sellava" i es dipositava al tribunal regional de Salzburg. Tots els documents es trobaven recollits en un informe que va ser firmat pel primer sol·licitant i els oficials que van realitzar la investigació.

Simultàniament un altre grup d'oficials van examinar el sistema de l'ordinador del sol·licitant i van copiar diferents documents en un disquet. El representant de l'associació d'advocats va ser informat i va marxar, quan els oficials van acabar van marxar sense fer un informe, i sense informar el sol·licitant sobre els resultats de la investigació.

Més tard els oficials de policia involucrats van realitzar un informe en el qual és confirma que no es va fer una còpia completa del servidor. La investigació va ser realitzada utilitzant els noms de les companyies i empreses involucrades i dels sospitosos. Tota aquesta informació va ser copiada en disquets.

La queixa del sol·licitant:

Els sol·licitants són el propietari i el director general de la companyia. El propietari és també l'advocat d'unes quantes empreses en les quals també posseïa accions, aquest es queixava que el registre realitzat en les seves oficines infringia els seus drets, ja que alguns dels oficials van agafar informació sense que ell la pogués veure, estem parlant de les dades electròniques en les quals no es va poder oposar perquè no l'hi van ser mostrades. Tampoc hi havia un llistat de tot el que li van agafar, ni dels noms dels experts que van recollir la informació de les dades electròniques.

Conformitat amb l'article 8 CEDH:

Durant la cerca dels documents en paper, tots aquests van ser immediatament “sellats” o retornats al sol·licitant pel jutge d'investigació, perquè estaven subjectes al secret professional. En contrast, les dades electròniques havien estat adquirides sense les garanties procedimentals. Els sol·licitants mantenien que els drets de la companyia sol·licitant havien sigut infringits, ja que no hi havia cap control sobre les dades que van ser recollides.

Les garanties procedimentals establertes en el codi de procediments criminals no havien estat respectades, ja que a l'empresa del sol·licitant no se l'hi havia donat la possibilitat de “sellar” les dades electròniques davant seu.

Per tant, el sol·licitant només es queixava sobre l'adquisició il·legítima de les dades electròniques i la suposada falta de protecció del seu deure de secret professional.

El tribunal reitera que la intromissió no es pot considerar d'acord amb la llei. En relació a l'art 8.2 CEDH. Per consegüent el tribunal es pronuncia dient que hi ha una violació de l'article 8 del CEDH en relació amb el primer sol·licitant. En aquest cas ens trobem davant d'un desacord respecte a l'opinió del tribunal, ja que 3 dels jutges van votar que no estaven d'acord que es produís tal vulneració a l'article 8 CEDH.

La noció de vida privada no és incompatible amb l'existència d'aspectes de dret públic, és a dir amb aspectes que l'estat i la societat tinguin interès en regular⁷⁵. Per entendre millor aquest concepte de vida privada que coexisteix amb aspectes de dret públic, és necessari explicar un cas real com és el de la STEDH de 12 de gener de 2010 Gillan and Quinton v. The United Kingdom 4158/05:

El present cas tracta d'uns subjectes que és troben a l'àrea metropolitana de Londres on van ser sotmesos a un escorcoll quan anaven a una demostració pública. Tals subjectes, reclamen que se'ls hi ha violat el Dret a la vida privada

⁷⁵ Lasagabaster herrarte, Iñaki. El convenio Europeo ..., op.cit., p.257.

regulat a l'article 8 del CEDH. Davant d'aquesta possible violació el TEDH es pronuncia considerant:

El dret a la vida privada és un dret molt general i cobreix la integritat física i psíquica d'una persona. L'article 8 CEDH també protegeix el dret a la integritat i el desenvolupament personal, dret a establir relacions personals amb altres persones i amb el món exterior, també protegeix les activitats professionals i de negocis, per tant, hi ha una zona d'interacció d'una persona amb d'altres que s'estén fins i tot en una zona pública.

El tribunal apunta que la legislació permet que un policia pugui parar a qualsevol persona que es trobi dins d'una àrea geogràfica coberta per la seva autorització i pugui escorcollar-la per trobar-li qualsevol cosa que pugui portar damunt.

En el present cas, l'escorcoll passa en un lloc públic, i si et negues a sotmetre't a la pràctica d'aquest, pots ser castigat amb una pena de presó, una multa, o ambdós mètodes coercitius.

En els tribunals es dubtava l'aplicació de l'article 8 CEDH, ja que la intrusió no va arribar a un nivell d'intromissió suficient. El comissari de policia metropolitana va considerar que segons la legislació vigent resultava una interferència als drets de la privacitat regulats a l'article 8 CEDH, i el tribunal d'apel·lació ho va descriure com: "un poder extremadament ampli com per interposar-se en la privacitat dels membres en l'espai públic".

Es debatia sobre les circumstàncies que fan que una cerca intrusiva pugui generar una interferència als drets reconeguts a l'art 8 CEDH,(buscar en una llibreta de direccions, un diari, etc.) el tribunal no accepta aquest punt de vista. Tampoc està d'acord en l'aplicació analògica que afecta els passatgers que se sotmeten sense queixar-se en els aeroports o en els llocs públics, ja que en aquest cas no cal considerar si hi ha hagut una intromissió o no a l'article 8 CEDH.

Dins de l'article 8 CEDH, la seguretat està clarament justificada, i els sol·licitants diuen que les situacions no són compatibles, ja que una persona que viatja per aire es considera que és conscient que se l'hi pot practicar un registre, sap que ell i les seves coses poden ser escorcollades abans d'entrar en un avió, i té la llibertat d'escollir, ja que pot deixar les seves coses personals a casa, i per tant que no siguin objecte d'escorcoll.

En el present cas, els subjectes van ser parats i obligats a ser sotmesos a un escorcoll que el tribunal considera que comportar una ingerència al seu dret a la vida privada reconegut en l'art 8 CEDH, però aquesta interferència pot ser legítima o il·legítima, segons si compleix els requisits del paràgraf 2 de l'art 8 CEDH o no. En el cas que es realitzi d'acord amb la llei, perseguint una o més de les metes legítimes de les quals es refereix el paràgraf 2 i que es consideri una mesura necessària en una societat democràtica aquesta intromissió serà considerada legítima, en el cas contrari, aquesta presentaria una vulneració en l'art. 8 CEDH.

Els subjectes desconeixien que pel fet d'anar caminant pel carrer, la policia tenia la potestat com per poder-los escorcollar sense que fessin res, no sabien que pel simple fet d'estar en un espai públic, podien ser escorcollats. Tot i així, havia de ser ordenat per un superior, que pot autoritzar-ho sempre i quan hi hagi una sospita de què pugui ser constitutiu d'un acte de terrorisme.

Aquests subjectes; van ser escorcollats sense cap raó obvia, i d'això es queixaven, ja que depèn de l'honestetat de la policia que realitza l'escorcoll, ja que per molt que estigui regulat per llei, no podem saber segur si realment era necessari a conseqüència de la manca de precisió que hi ha en la regulació. Els poders per poder realitzar un escorcoll que se l'hi atorguen al cos policial poden ser mal utilitzats per regular una protesta o mantenir l'ordre públic, en lloc d'enfrontar realment el terrorisme, que és la seva finalitat.

La decisió final del tribunal va ser considerar que l'escorcoll no és realitzat en les circumstàncies suficientment adequades ni d'acord amb la llei i que per tant és considerat un abús que comporta la vulneració de l'article 8 del CEDH.

Per tal de diferenciar els conceptes “d’intimitat personal” que ofereix la mateixa Constitució i el concepte que regula l’article 8 del conveni de “vida privada”.⁷⁶ la jurisprudència ha ampliat el contingut de vida privada introduint-hi garanties “d’autonomia personal” que conseqüentment ofereixen una protecció més ampla que el “dret a la privacitat”.⁷⁷

Però aquest respecte a la vida privada, no acaba amb el dret a la privacitat, a viure protegit de l’exposició pública, sinó que també comprèn el dret a establir relacions amb altres éssers humans especialment en el pla emocional, pel desenvolupament i el compliment de la personalitat pròpia. Un cas molt interessant és el cas 1841/79, en el qual es discutia si es vulnerava l’article 8 del CEDH si se li denegava a una persona poder llençar les cendres del seu cos en el seu jardí quan fos difunta. La comissió va senyalar que encara que la persona en aquell moment ja fos difunta, sí que es produeix tal vulneració a l’anomenat article, ja que la persona que ho vol realitzar pot sentir la necessitat d’expressar la seva personalitat per la forma en què es realitza el seu enterrament.⁷⁸

També el tribunal contempla l’art.8 CEDH com un dret a la lliure expressió i al desenvolupament personal, com una garantia destinada principalment a assegurar el desenvolupament, sense ingerències exteriors, de la personalitat de cada individu amb les seves relacions amb altres individus.

Com es determina si una mesura afecta el contingut del dret al respecte de la vida privada?

No és fàcil determinar de manera precisa quan una mesura afecta el contingut del dret al respecte de la vida privada, ja que s’ha de determinar sempre d’acord amb les circumstàncies del supòsit concret. Els següents criteris generals ens poden ajudar a la delimitació del contingut de l’àmbit de protecció.

En primer lloc, és necessari que l’activitat que es pretén realitzar pugui ser considerada com expressió de la personalitat. En segon lloc, és necessari que les conseqüències de la mesura que es pretén realitzar arribin a un cert nivell de gravetat. Aquesta gravetat va

⁷⁶ García Roca , Javier. Santolaya, Pablo. *La Europa de los Derechos (el convenio Europeo de derechos Humanos)* . 3ra edició. Edit .Centro de estudios políticos y constitucionales. 2014.pàg.429. ISBN:978-84-259-1596-3.

⁷⁷ García Roca , Javier. Santolaya, Pablo. *La Europa de los Derechos...*,op.cit,pàg.430.

⁷⁸ Lasagabaster herrarte, Iñaki. *El convenio...*,op.cit.,p.257.

ser utilitzada per la Comissió per la determinació dels límits del dret al respecte de la vida privada, un exemple seria l'obligació en un centre escolar de portar l'uniforme del centre, en aquest supòsit la gravetat de les conseqüències de la mesura no és suficient perquè es consideri una ingerència al dret al respecte de la vida privada. Un altre exemple seria l'assistència d'un nen a l'escola, en aquest cas, implica inevitablement una ingerència a la seva vida privada, sense que suposi una vulneració a l'art 8 CEDH, ja que no produiria uns efectes suficientment adversos com per què pugui ser protegit per tal article. En canvi, el no reconeixement per les autoritats del canvi de sexe d'una persona sí que produeix efectes que són considerats suficientment greus com perquè actuïn sota l'àmbit de protecció de l'article 8 CEDH.

És necessari considerar també la protecció de l'article 8 del CEDH en el cas d'una persona que està complint una condemna de presó, com podem veure en el present cas *Milka v. Poland* [14322/12]:

El sol·licitant Stawomir Milka és nacional de Polònia i detingut a Dabrowa Gornicza, situat a Polònia, el cas tracta del càstig o la pena disciplinària que se l'hi aplica en negar-se a què se li practiqui un escorcoll amb nu. Aquest subjecte va ser detingut i castigat a presó preventiva i posteriorment condemnat, va complir la seva pena en diverses presons i centres de detenció de Polònia. El seu primer càstig disciplinari se l'hi va aplicar per negar-se a despullar-se perquè se li realitzés la pràctica de tal diligència quan era transportat de la presó. Com a conseqüència se li va prohibir rebre paquets amb menjar durant 2 mesos, posteriorment el subjecte es va tornar a negar a què se l'hi aplicés tal mesura i finalment va ser posat a règim d'aïllament en dues ocasions al juny i el juliol del 2012, per negar-se en altres 3 ocasions a ser sotmès a un escorcoll integral.

Els tribunals no van examinar les raons de les mesures disciplinàries, basant-se en el fet que ell va negar-se a què li realitzessin els escorcolls i que això constituïa una ofensa disciplinària. El Sr. Milka al·legava que els càstigs disciplinaris que se l'imposaven per rebutjar els escorcolls ascendien a un tractament degradant i inhumà. El cas és examinat sota l'article 3 (la prohibició de tractament inhumà i degradant) i el dret al respecte de la vida privada i familiar (8 CEDH).

Un altre cas que també té especial rellevància pel tema que estem analitzant és el cas de Szafranski v. Poland de 15 de desembre de [2015 17249/12]:

El sol·licitant està complint condemna a la presó de Wronki des de el 31 de març del 2010. El 19 de setembre de 2010 va realitzar una reclamació de compensació civil davant del tribunal del districte de Szamotuly, reclama que les condicions en moltes de les cel·les de la presó de Wronki eren tan dolentes que violaven l'art 3 i 8 del CEDH, ja que no estaven correctament aïllades i per tant a l'hivern i feia molt fred i a l'estiu molta calor, a conseqüència de la manca de ventilació. Les finestres eren velles i els marcs gotejaven, i a més a més els lavabos només estaven separats de les cel·les amb una separació molt baixa la qual proporcionava un nivell molt baix de privacitat.

El 21 de juny de 2011 el tribunal es negava a reunir proves mitjançant fotografies i a fer una inspecció a les cel·les mencionades.

El tribunal va trobar que la paret que separava el lavabo de les cel·les estava format per particions molt bàsiques. No donava plena privacitat però era suficient per assegurar-se que els presoners estaven fora de la vista dels altres quan es trobaven al lavabo. Hi havia un lavabo i una pica en cada instal·lació sanitària.

Pel que fa a les al·legacions del sol·licitant sobre la ventilació inadequada i l'insuficient escalfament de la cel·la, el tribunal va trobar que les cel·les estaven suficientment il·luminades, ventilades i escalfades, les finestres de les cel·les havien estat canviades i les estufes de les cel·les canviades i funcionaven correctament.

No es va actuar contra la llei ,i no hi havia cap intenció de causar cap mal al sol·licitant, i per tant amb absència de il·legalitat no existeix vulneració.

El sol·licitant va apel·lar amb l'argument que el tribunal havia fallat d'establir els fets del cas correctament, principalment perquè va negar de reunir proves en forma de fotografies, pel·lícula, o una inspecció de les cel·les. La STS per tant

estava basada en fets insuficients, és a dir es va enfocar tot en què hi havia menjar, assistència mèdica i accés en activitats esportives, però és que el sol·licitant no s'havia queixat d'això, sinó de les condicions sanitàries de les cel·les i la falta de previsió per utilitzar el lavabo. Reiterava la violació dels seus drets personals i del dret a la dignitat, perquè sí que hi havia algunes cel·les que estaven ben separades amb parets normals i una porta.

El tribunal recorda, que segons el tribunal europeu sobre la tortura i els tractes inhumans o degradants un annex sanitari que està separat només parcialment, no és acceptable en una cel·la ocupada per més d'una persona detinguda. Aquest tribunal ha recomanat després de visitar les presons a Polònia, que hi havien d'instal·lar parets altes i separacions plenes.

El tribunal assenyala que entre el 31 de març de 2010 i el 6 de desembre de 2011 el sol·licitant va ser col·locat en 10 cel·les, de les quals 7 tenien facilitats sanitàries no separades completament. En aquestes cel·les, ell havia d'utilitzar el lavabo en presència d'altres, pel que se'l priva d'un nivell bàsic de privacitat en la seva vida diària.

En consegüent, les autoritats van fallar en assegurar-se un nivell mínim de privacitat durant el temps que el sol·licitant va ser pres a la presó de Wornki. La conclusió a la qual arriba el tribunal és que es produeix una vulneració de l'article 8 del CEDH.

També és necessari tenir en compte els avenços tecnològics i l'evolució de les relacions interpersonals, el que ens porta que d'acord amb aquesta consideració l'article 8 CEDH, davant de tot un ampli ventall de situacions en la que es pot veure confrontat la persona en la seva vida habitual, ha de tenir el suport d'una aplicació extensiva i un desenvolupament jurisprudencial que permetin que aquest article s'adapti a tots els canvis que sorgeixen en la societat la qual es troba contínuament canviant.⁷⁹

⁷⁹ Casadevall Medrano, Josep. *El conveni Europeu...*, op.cit, pàg 289.

3. CONCEPTE DE VIDA FAMILIAR:

A diferència del concepte de vida privada, que conté notables similituds amb el concepte d'intimitat, el concepte de vida familiar, segons la jurisprudència, presenta un contingut clarament diferenciat en alguns aspectes respecte a el dret a la intimitat.⁸⁰

Per poder entendre aquest concepte relacionant-lo amb el concepte d'intimitat, és necessari que expliquem breument el "Cas Paquirri" la STC 231/1988:⁸¹

En el present cas, podem veure l'afectació que és produeix al dret a la intimitat personal i familiar i el dret a la pròpia imatge derivats de la dignitat de la persona:

"En lo que atañe a los derechos que se invocan de don Francisco Rivera, muerto a consecuencia de las heridas causadas por un toro en la plaza de Pozoblanco, deben tenerse en cuenta las consideraciones que siguen. Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la "dignidad de la persona", que reconoce el art. 10 de la C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo"⁸².

Dret a la intimitat personal i familiar:

En aquesta sentència podem veure que l'article 18.1 CE no reconeix sols el dret a la intimitat personal, sinó també el dret a la intimitat familiar. Pel que el reconeixem com un dret amb dues dimensions:

"... en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y

⁸⁰ García Roca , Javier. Santolaya, Pablo. *La Europa de los Derechos...*, op.cit, p.430.

⁸¹ STC 231/1988 de 2 de desembre de 1988.

⁸² STC 231/ 1988, de 2 de desembre de 1988. FJ.3er.

estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. ... no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno.”.⁸³

Lesió al dret a la intimitat per les imatges del torer a la infermeria:

"... No cabe pues dudar de que las imágenes en cuestión, y según lo arriba dicho inciden en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente, entonces esposa, y hoy viuda, del desaparecido señor rivera".⁸⁴

"... en ningún caso pueden considerarse públicos y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivada de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el art. 10 de la C.E."⁸⁵

Després de l'anàlisi d'aquest cas pràctic podem veure, que sembla possible afirmar que ens trobem davant d'aspectes d'un mateix bé jurídic: "el dret a viure la vida de cadascú amb un mínim d'interferència. Comprèn la vida privada, la família, la vida en el domicili, la integritat física i moral, l'honor i la reputació, evitar ser col·locat sota una falsa llum, la no revelació de fets irrellevants, la publicació no autoritzada de fotografies privades així com la protecció de la divulgació de la informació donada i rebuda pel l'individu de manera confidencial".⁸⁶ Per tant, hem de tenir en compte que

⁸³ STC Op. cit, FJ 4.

⁸⁴ *Ibidem*. FJ 6.

⁸⁵ *Ibidem* FJ.8.

⁸⁶ *Ibidem* .p.430.

el TEDH ha afirmat de manera expressa que “no considera possible ni necessari intentar definir de manera exhaustiva la noció de “vida privada” i “vida familiar” però que seria excessivament restrictiu intentar delimitar-la en un cercle íntim en què cadascú desenvolupi la seva vida personal”⁸⁷.

L'article 8 del conveni consagra l'existència d'un dret a la vida familiar que no pot ser equiparat al concepte de “dret a la intimitat familiar” que regula l'article 18 CE, com hem dit anteriorment aquest presenta una ampliació al concepte que tenim en l'ordenament espanyol. La doctrina del nostre TC tracta la intimitat familiar, com una dimensió del dret a la intimitat personal, dimensió del dret a la intimitat sumant-li un àmbit de família, que ens correspon a totes les persones, pel fet de ser persones, atorgant-li al concepte d'intimitat familiar l'especialitat de protecció concretament als aspectes més íntims de la família, i d'aquesta forma s'exclou el concepte generalitzat de família i tot el que pugui afectar-la, limitant el cercle en aquest aspecte tan íntim i que ha de ser respectat.⁸⁸

Ni Tribunal Europeu de Drets Humans, ni el TC realitzen cap distinció entre família legítima i il·legítima, el que comporta que el concepte de vida familiar no es limiti a les relacions constituïdes pel matrimoni, sinó que inclou altres formes de convivència que no són les constituïdes pel matrimoni.⁸⁹

Per tant, per saber si hi ha, o no hi ha, vida familiar entre certes persones, tal com indica el conveni, és una qüestió de fet, que depèn de l'existència real i efectiva dels lligams personals entre els subjectes, sense que sigui necessària una convivència com a condició essencial per a què sigui considerada una vida familiar. Ara bé, no es pot considerar que hi ha una vida familiar entre dues persones que tenen contactes esporàdics entre elles. En canvi, pel simple fet que es tingui un fill, aquest sí que entra directament a formar part del concepte de vida familiar. Tanmateix, sempre entre dins el concepte de vida familiar la relació que hi ha entre una mare i un fill independentment de l'estat civil en què es trobi la mare.⁹⁰

Per explicar més concretament el concepte de vida familiar és necessari veure quins són els arguments que dóna el TEDH referent a l'existència de vida familiar entre certes

⁸⁷ *Ibidem*.p.431.

⁸⁸ *Ibidem*.p.437.

⁸⁹ Casadevall Medrano, Josep.*El conveni Europeu ,op.cit,p.301.*

⁹⁰ *Ibidem*.pàg 301.

persones. Aquest focalitza més la vida familiar en la realitat social i el comportament quotidià de les persones interessades que no pas en la realitat biològica de tals subjectes, pel que ens condueix al raonament de què no es dóna tanta importància en els vincles de sang que puguin existir entre tals persones, sinó més aviat en com es comporten aquests subjectes per a què es pugui considerar constituït un vincle familiar. En sentit contrari, també pot ser que dos o més persones tinguin un vincle de sang entre elles, però que aquest vincle no sigui suficient per a poder parlar de vida familiar, ja que aquests no presenten un comportament adient per a què puguin ser considerats subjectes que posseeixen una vida familiar.⁹¹

El tribunal, es veu obligat a examinar per cada cas concret, i depenent de les circumstàncies, si realment es pot determinar la relació dels subjectes com a vida familiar (avis i néts, germans entre ells, nebots i oncles, pares i fills naturals, pares adoptius i fills adoptats, famílies trencades i famílies compostes...) com podem veure, estem davant d'una diversitat de casos en els quals es poden donar o no, les circumstàncies necessàries per a què siguin constitutius d'una vida familiar, per això diem que el tribunal ha d'analitzar cas per cas si constitueixen una vida familiar tals subjectes o pel contrari, no compleixen els requisits necessaris com per a ser-ho.⁹²

Per a què ens trobem emparats per l'article 8 del conveni Europeu de Drets Humans, és necessari que es compleixi el requisit de què es constitueixi una vida familiar entre certs individus. Ja que no ens trobaríem dins la protecció que ens ofereix l'article 8, quan ens trobéssim en la situació del dret a constituir una família que regula l'article 12 del conveni.⁹³

La constitució més evident referent als vincles personals i familiars és la constituïda per un infant nascut d'una unió matrimonial, el qual només pot ser trencat per circumstàncies excepcionals perquè l'infant *"s'insereix de ple dret en aquesta relació i des del primer instant pel sol fet del naixement que hi ha entre ell i els seus pares, el que crea un vincle constitutiu de vida familiar"*⁹⁴. Pel que, les intromissions il·legítimes que es puguin realitzar a la convivència, en les relacions familiars, o en el simple contacte entre pares i fills, és considerada una ingerència contrària a l'establert per

⁹¹ *Ibidem*.p. 302.

⁹² *Ibidem*.p. 302.

⁹³ *Ibidem*.p.302.

⁹⁴ Sentència Sen c. Holanda, del 21 de desembre de 2001, par. 28.

l'article 8 del conveni, pel que es crearia una vulneració al Conveni Europeu de Drets Humans. Un exemple de vulneració seria la sostracció d'un infant noutat de la seva mare, aquest estaria causant una violació a l'article 8 del conveni, pel que no seria tolerat a no ser que existissin certs motius que fossin de notable importància.⁹⁵

L'article 8 no concedeix cap dret a l'heretament, tot i així el TEDH ha admès en la seva jurisprudència que les qüestions de successió entre familiars directes ja siguin testades com intestades, entren dins de l'aplicació de tal article, ja que formen part d'un dels aspectes de la vida personal i familiar. Així també regulat pel conveni, que les relacions entre parents pròxims, concretament entre avis i néts i entre germans, també són constitutives de vida familiar.⁹⁶

Aquesta definició de vida familiar ha aportat importants conseqüències, com ara la possibilitat de considerar una vulneració a l'article 8 del conveni qualsevol discriminació entre fills matrimonials i no matrimonials, com també pel reconeixement del règim de visites amb els fills "extramatrimonials"⁹⁷ etc.

⁹⁵ Casadevall Medrano, Josep. *El conveni Europeu ...op.cit*, pàg 302.

⁹⁶ *Ibidem*.p. 303.

⁹⁷ García Roca , Javier. Santolaya, Pablo. *La Europa de los Derechos...* op.cit, .p.438.

IV. CAPÍTOL III: INTERVENCIONS CORPORALS, EN ESPECIAL ELS ESCORCOLLS:

1. INTERVENCIONS CORPORALS:

En aquest apartat entrarem a explicar detalladament una de les investigacions corporals que poden ser efectuades a un subjecte; l'escorcoll, on podrem veure tots els requisits necessaris per a la pràctica d'aquesta, els diferents llocs on es pot dur a terme, els diferents subjectes que la poden realitzar i als que se'ls hi pot aplicar, mitjançant també l'anàlisi de casos reals i les conseqüències que aquestes poden comportar a l'individu.

1.1. Concepte:

Resulta imprescindible, per la determinació del concepte d'escorcoll, la diferenciació d'aquest respecte les intervencions corporals, considerant que a conseqüència de les seves similituds és molt fàcil que es creï confusió entre aquests dos termes.⁹⁸

Tant la jurisprudència com la doctrina consideren les intervencions corporals actes d'investigació, els quals es realitzen en el procediment preliminar per descobrir els fets criminals que s'han produït i les circumstàncies, així com la persona o persones que les hagin pogut cometre.⁹⁹

Les intervencions corporals no es troben regulades en la LECrim, ja que els avenços científics que s'han realitzat des de l'aprovació d'aquesta llei han estat molt considerables, pel que és possible considerar que hi ha una manca de regulació en el nostre ordenament respecte a aquestes. A causa d'aquesta manca de regulació, no existeix una concepció legal que precisi el contingut d'intervenció corporal, pel que és necessari recórrer a la doctrina per a poder delimitar aquest concepte.¹⁰⁰

En poques paraules, utilitzant la definició realitzada per N. González- Cuéllar ¹⁰¹: “*todas aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de coacción física si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el*

⁹⁸ García Vila, Mónica. *Los cacheos: delimitación y clases*. Revista de actualidad penal, Sección Doctrina, 2000. Pàgs 299,pàg 2. tomo 1, Editorial La Ley.

⁹⁹ García Vila, Mónica. *Los cacheos: delimitación...,op.cit,p.2*.

¹⁰⁰ *Ibídem*. P. 2.

¹⁰¹ *Ibídem* p. 3. Segons García Vila, Mónica.

proceso en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él”¹⁰².

Per altra banda Díaz Cabiale ¹⁰³les defineix com: “*aquellas medidas de investigación que tienen por objeto el cuerpo de la persona y que tienden a buscar el cuerpo del delito o delimitan la salud física o mental de una persona*”¹⁰⁴.

En aquest cas, els actes que es realitzen, tant com per aconseguir la finalitat de buscar els cos del delictes, com per delimitar la salut física o mental d’una persona, són actes d’investigació que es realitzen en el cos del subjecte, però, tot i així, les dues no són considerades intervencions corporals, sinó que només ho és considerada la mesura d’investigació que té com a finalitat buscar el cos del delictes, atès que tals actuacions han d’anar encaminades al descobriment del tipus del delictes i no al tipus de conducta emprada pel subjecte.¹⁰⁵

Seguint una línia similar Asencio Mellado ¹⁰⁶es refereix a les intervencions corporals: “*la utilización del cuerpo del imputado mediante actos de intervención en él a los efectos de investigación y comprobación de los delitos*”¹⁰⁷.

Com podem observar, gairebé tots coincideixen en què les actuacions d’investigació recauen sobre el cos de la persona. Però podem veure divergències en si l’acte s’ha de realitzar sobre el cos de la persona que és imputada per un delictes o simplement poden recaure sobre qualsevol subjecte.¹⁰⁸

Tal com anteriorment s’ha exposat, no és possible realitzar una classificació estricta de què és considerat intervenció corporal i el que no, però sí que podem exposar les característiques que ha de reunir un acte d’investigació realitzat sobre el cos d’una persona perquè aquest sigui considerat una intervenció corporal:¹⁰⁹

¹⁰² Gil Hernández, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales* Edit Colex. Madrid, 1995. ISBN: 8478792333.P.37.

¹⁰³ Segons García Vila, Mónica.

¹⁰⁴ Gil Hernández, Ángel..op.cit. *Intervenciones corporales*...P. 37.

¹⁰⁵ García Vila, Mónica. *Los cacheos: delimitación*...op.cit,p.2.

¹⁰⁶ Segons García Vila, Mónica.

¹⁰⁷ García Vila, Mónica. *Los cacheos: delimitación*...op.cit,p.3

¹⁰⁸ *Ibidem*.p.3

¹⁰⁹ *Ibidem*.p.3

- a) Les mesures han de recaure sobre el cos viu de la persona, per tant, exclourem les autòpsies i totes les possibles intervencions que es puguin realitzar en el cos d'una persona quan aquesta ja sigui difunta.
- b) La finalitat d'aquesta mesura és que ens ha d'aportar fets i circumstàncies que siguin rellevants pel procediment i per la investigació.
- c) Mitjançant aquestes actuacions d'investigació es poden afectar o vulnerar drets fonamentals. És necessari que, per poder realitzar aquestes actuacions, el subjecte passiu tingui la condició d'investigat, i que per tant, s'exigeix que compleixi amb els indicis de criminalitat pertinents.
- d) Únicament podem considerar "intervencions corporals" aquelles en les que es produeix una tensió entre la intervenció i els drets fonamentals de la persona.
- e) Per tant, per què siguin considerades "intervencions corporals" és necessari que hi hagi aquesta tensió entre la pràctica de la intervenció i la protecció dels drets fonamentals, però sols en què existeixi, no és suficient perquè siguin considerades "intervencions corporals" sinó que s'exigeix que a més a més aquesta sigui intensa. Aquesta característica els hi manca als escorcolls en els quals la seva realització causa una certa tensió entre la realització d'aquests i els drets fonamentals, però no suficientment intensa com perquè podem considerar als escorcolls com una mesura d'intervenció corporal. Tanmateix, els escorcolls queden exclosos del concepte "intervenció corporal".
- f) Per finalitzar les característiques que integren aquest concepte, cal afirmar que les intervencions corporals consisteixen en l'extracció d'elements externs o interns del cos de la persona sospitosa, (com per exemple: ungles, cabells, sang...) pel seu anàlisi posterior. Aquí també podem veure clarament que en el supòsit de realització d'un escorcoll aquesta característica no es compleix, ja que en l'escorcoll com a continuació s'explicarà amb més precisió el que és pretén és buscar algun objecte alguna "cosa" que posseeixi el subjecte passiu, i no una

extracció d'algun element extern o intern del seu cos per la seva anàlisi. Com podem comprovar, estem parlant de dues actuacions diferents d'investigació.¹¹⁰

1.2 Afectació del dret a la intimitat en les intervencions corporals:

Podem parlar del dret a la intimitat projectat en una doble vessant, que ens permet entendre la seva limitació per una mesura d'intervenció corporal:¹¹¹

- La llibertat de viure cadascú la seva pròpia vida conforme als seus gustos o preferències, sense imposicions uniformadors del grup social, però de viure-la en societat, de tal manera que gaudir d'aquesta llibertat no vulneri els drets ni els interessos dels altres.
- El dret a la intimitat reconegut a l'article 18.1 CE, és un dels drets que de forma més freqüent i amb major gravetat pot veure's afectat en la pràctica d'una intervenció corporal, al recaure directament sobre el cos d'una persona i afectar, per tant, a la seva esfera més íntima.¹¹²

1.3 Limitacions al dret a la intimitat:

Podem afirmar que el dret que es vulnera principalment en una intervenció corporal és el dret a la intimitat, ja que partim de la premissa que en el supòsit en què es realitzi una intromissió il·legítima sobre el mateix cos, aquesta afecta directament al nostre dret a la intimitat. Tot i així la pregunta que ens podem realitzar és ¿quines limitacions tenen aquestes intromissions? I quan és considerada una intromissió il·legítima?

Doncs bé, no es veurà afectat el dret a la intimitat personal recollit en l'article 18 de la CE, encara que qualsevol reconeixement corporal sigui considerat una intromissió a tal dret quan aquesta sigui acordada mitjançant autorització judicial, ja que un dels límits al dret a la intimitat és l'exigència que emana de l'acció de justícia.¹¹³

També actuarà de conformitat en l'article 18, i per tant no realitzarà una vulneració al dret a la intimitat, quan la intromissió de l'autoritat estigui prevista en LO i constitueixi

¹¹⁰ *Ibídem*, p.3

¹¹¹ Introducción al derecho constitucional. Aut: Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, María Luisa Balaguer Callejón y José Antonio Antilla Martos. 2015. Ed: Tecnos (grupo ANAYA, S.A. ISBN: 978-84-309-6641-7. (pag 433-44 /345-355).

¹¹² Introducción al derecho constitucional. Aut: Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, María Luisa Balaguer Callejón y José Antonio Antilla Martos. Op.cit. p. 276.

¹¹³ Gil Hernández, Ángel.op. cit. *Intervenciones corporales...*, pàg 40.

una mesura necessària, precepte recollit en l'article 81.CE.¹¹⁴ Necessària en el sentit que l'autoritat actuant ha d'apreciar la posició o situació específica que requereix tal actuació, i també resulta necessària la proporcionalitat entre el sacrifici del dret i la situació en la qual es troba al que se l'hi imposa.

Per tant, podem dir que hi ha una afectació al dret a la intimitat quan aquestes intromissions siguin realitzades per l'autoritat de manera arbitrària o no estiguin previstes en LO.¹¹⁵

La STC 207/1996 de 16 de desembre enumera els requisits necessaris per poder afectar, restringir o limitar un dret fonamental:

- La mesura que limita un dret fonamental ha de presentar una finalitat constitucionalment legítima.¹¹⁶
- La mesura que limita un dret fonamental ha d'estar prevista per llei en els articles 53.1 CE i 81.1 CE.¹¹⁷
- La mesura que limita el dret fonamental ha de ser adoptada per un òrgan jurisdiccional.¹¹⁸
 - En aquest cas ens trobem amb certes discrepàncies, tenint en compte que hi ha drets fonamentals com són les entrades i registres en el domicili, que sí que exigeix la mateixa constitució que la mesura que limita tal dret sigui adoptada per un òrgan jurisdiccional, però en canvi, referent al tema de les intervencions corporals no consten de reserva absoluta de resolució judicial, per tant, poden ser autoritzades per un òrgan jurisdiccional, o en certs casos, quan la llei ho permeti, poden ser adoptades per la policia judicial a causa de la seva urgència i necessitat. Pel que comporta que en el cas de les intervencions corporals no resulti un requisit indispensable per la correcta realització d'aquestes.¹¹⁹

¹¹⁴ *Ibidem.* p 40.

¹¹⁵ *Ibidem.* p 40..

¹¹⁶ Tomás y Valiente Lanuza, Carmen. *La salud intimidad y libertades informativas*. Ed. Tirant lo Blanch. 2006. pàg 94. ISBN: 84-8456-590-4.

¹¹⁷ Tomás y Valiente Lanuza, Carmen. *La salud intimidad...op.cit.*, p.95.

¹¹⁸ *Ibidem.* p.95.

¹¹⁹ *Ibidem.* p. 96.

- La mesura que limita el dret fonamental sigui adoptada per resolució judicial motivada en els casos que sigui adoptada per un òrgan jurisdiccional.¹²⁰
- Que respecti els principis de proporcionalitat en el sentit ampli, és a dir, que aquesta mesura sigui idònia, necessària i proporcionada.¹²¹
 - Idoneïtat: “si la mesura és susceptible d’aconseguir l’objectiu proposat.
 - Necessitat: “si és necessària, en el sentit de que no existeixi un altre mesura més moderada per la consecució de tal propòsit amb la mateixa eficàcia.
 - Proporcionalitat: “si la mateixa és ponderada o equilibrada per derivar-se d’ella més beneficis o avantatges per l’interès general que perjudicis sobre els béns o valors en conflicte.

Per acabar, el dret a l’honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge també es configuren com a límits a altres drets com són el dret a la llibertat d’expressió i a la difusió del pensament, de tal manera, que serà l’òrgan jurisdiccional en cada cas concret el que realitzi una ponderació en el supòsit de conflicte o col·lisió entre aquests drets i els anteriorment nomenats. De manera que, des del meu punt de vista, s’haurien d’establir uns criteris de prevalença en cas de conflicte entre tals drets, considerant que la ponderació que realitzi el jutge en cada cas concret pot generar grans diferències en les resolucions considerant que l’autoritat judicial no s’ha d’ajustar a una regulació taxada pel que inevitablement, dit d’una manera una mica arriscada, “ho deixa al seu total arbitri”.¹²²

A continuació, entrarem a analitzar la STC 207/1996 en la que s’ordena la pràctica d’una intervenció corporal i la consegüent prova pericial sobre el cabell del recurrent, pel que podem observar, mitjançant un cas real, si és vulneren els drets de la integritat física i intimitat personal:

El demandant (Cap del grup de a policia judicial de la Guardia Civil de la localitat de Roquetes de Mar), se’l acusa de la protecció a diverses persones

¹²⁰ *Ibídem*.p. 97.

¹²¹ *Ibídem*.p. 98.

¹²² Tomás y Valiente Lanuza, Carmen. *La salud intimidad...op.cit*,p.100.

relacionades amb el món dels estupefaents a canvi de la percepció de cocaïna. L'investigat va negar els fets dels quals se'l imputava, i estava disposat a sotmetre's a una anàlisi per poder determinar si era consumidor o no.

Se li aplica la mesura de tallar-li una mica de cabell i que se li talli la totalitat del pèl que té a les axil·les. El tribunal justifica la seva mesura argumentant que el cabell i el pèl de les axil·les no vulnera el dret a la dignitat, integritat física i intimitat personal, constitucionalment protegits pels articles 10.1, 15 i 18.1, respectivament, ja que no són drets de caràcter absolut, i que en el present cas és indispensable tal intromissió per assegurar la defensa de l'interès públic i que donada la gravetat del cas, són justificades i proporcionals.

El demandant presenta un recurs, el qual se li desestima perquè, tal com al·lega el tribunal, el fet que a l'imputat se li talli una mica de cabell i que se li talli la totalitat de pel que té a les axil·les, no vulnera en absolut el dret a la intimitat, la pròpia imatge i la dignitat de la persona. Aquesta prova pericial va ser acordada considerant-se plenament necessària i vàlida per esbrinar els fets imputats, a més a més, el fet que l'imputat hagi estat Cap del grup de la policia judicial i sigui guarda civil, li atribueix un especial deure de col·laboració amb l'administració de Justícia.

El demandant presenta un altre recurs en el qual al·lega que la prova pericial que se li pretén aplicar no aportarà cap resposta als delictes dels quals l'acusen, ja que el consum d'estupefaents no és cap delictes, sinó un acte que s'engloba dins de la intimitat de la persona. Pel que al·lega que la diligència acordada suposaria una intromissió desmesurada i desproporcionada a la seva vida privada, ja que es pretén esbrinar si és consumidor no sols de cocaïna sinó també d'altres substàncies tòxiques o estupefaents, i des de quant, és a dir, en relació amb la seva vida anterior.

El tribunal considera que els requisits necessaris perquè es pugui acordar tal perícia no es compleixen, pel que les resolucions impugnades no justifiquen la rellevància de les causes del coneixement del consum d'altres drogues sense límit temporal. Per tant, la realització d'aquesta prova si que vulneraria el dret a la intimitat per falta de justificació suficient tant objectiva com temporal. Pel que es procediria a l'estimació parcial del recurs, en el sentit que la diligència

acordada es dugui a terme concretant-se quina substància tòxica ha de referir-se l'anàlisi i a quin període de temps el consum, a més a més de justificar les raons per les quals s'adopten tals proves pericials.

Finalment la decisió del Tribunal va ser declarar els drets del recurrent a la integritat física (art 15 CE) i el dret a la intimitat personal (art. 18.1 CE). El restabliment dels drets vulnerats, i el reconeixement del dret del recurrent a no sotmetre's a la intervenció corporal.

2. ELS ESCORCOLLS:

2.1. Concepte:

En la doctrina espanyola podem trobar-hi diferents concepcions sobre la definició d'escorcoll, tot i així la majoria d'autors consideren l'escorcoll com una modalitat d'intervenció corporal a conseqüència de que en els supòsits de realització d'un escorcoll es pretén el descobriment del cos del delictu, de la mateixa manera que com hem pogut veure anteriorment en les inspeccions corporals, però amb la variant que és realitza mitjançant un registre extern del cos i a la indumentària del subjecte.¹²³

És necessari precisar, tal com diu Gil Hernández, que a conseqüència que els escorcolls són realitzats amb molta freqüència, és necessari que els hi atorguem una especial rellevància. Aquests són definits com a acte de palpar superficialment el perfil corporal del sospitós d'haver comès un delictu amb la finalitat de detectar armes o altres instruments perillosos per la vida o la integritat física dels funcionaris intervinents en l'acte o de tercers, o amb la finalitat de detectar peces de convicció a efectes de la sospita d'una infracció penal, amb la peculiaritat de què aquests són realitzats per agents de l'autoritat i en un moment generalment previ al procediment penal. Per tant, si utilitzem l'expressió de l'autor Ángel Gil Hernández:

«acto de palpar superficialmente, el tacto manual, el perfil corporal del sospechoso de haber cometido un delito»

¹²³ García Vila, Mónica. *Los cacheos: delimitación...op.cit,p.7*

D'aquesta definició en podem extreure una de les diferències existents entre l'escorcoll i les intervencions corporals que més endavant seran explicades amb més precisió.¹²⁴

Per acabar, cal parlar que l'escorcoll es pot dur a terme en dos moments diferents; amb anterioritat o amb posterioritat a la comissió del delictes. Segons el moment en què es realitzi: 1. Tindrà una finalitat preventiva (quan sigui anterior al procediment penal), en els supòsits en què el seu objectiu sigui detectar drogues, armes o altres instruments que puguin estar prohibits o resultin perillosos per la resta de persones. 2. En canvi, si té una finalitat d'assegurament de possibles fonts de prova (aquest serà realitzat amb posterioritat a la comissió del delictes).¹²⁵

2.2.Diferències entre els escorcolls i les intervencions corporals:

Com hem pogut fer referència anteriorment, l'escorcoll és l'actuació que es practica després de la comissió del delictes que es converteix en un acte d'investigació, o diligència preventiva si és practicada per la Policia. Una diferència significativa entre les intervencions corporals i l'escorcoll és que en el cas de l'escorcoll estem parlant d'una actuació que es realitza superficialment sobre el cos del subjecte, en canvi quan parlem d' "intervencions corporals" fem referència a l'extracció i posterior examen dels elements extrets del cos, ja siguin interns com externs¹²⁶.

En la realització d'un escorcoll el que es pretén és que s'assegurin les fonts de prova, tal com ens diu l'article 284 de l LECrim, «*asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro*».¹²⁷

En el cas de les intervencions corporals l'afectació dels drets fonamentals és superior a l'afectació realitzada per un escorcoll, pel que no podem englobar els escorcolls dins de les intervencions corporals¹²⁸.

Un altra diferència que podem veure entre ells, és que en els supòsits de realització d'una intervenció corporal és necessària l'autorització d'un òrgan jurisdiccional o l'habilitació de tal mesura mitjançant LO, i sols en certs supòsits d'especial necessitat i urgència poden ser realitzats sense disposar d'aquestes, a diferència dels escorcolls; que

¹²⁴ *Ibidem*,p.7

¹²⁵ *Ibidem*,p.8

¹²⁶ *Ibidem*,p.9

¹²⁷ *Ibidem*,p.10.

¹²⁸ *Ibidem*,p.10.

en el cas dels preventius és evident que es realitzen sense autorització judicial, però tampoc és necessària en la classe d'escorcolls que es realitzen un cop comés el delictes.¹²⁹

Díaz Cabiale: “dos circunstancias permiten eludir la exigència de autorización judicial: la leve intromisión de los derechos fundamentales y la urgència en la adopción de las medida”¹³⁰

D'aquests raonaments, n'extraïem per tant, que les úniques similituds que tenen són la naturalesa jurídica d'acte d'investigació, i que ambdós són realitzats pels mateixos subjectes, és a dir, per la Policia, altres autoritats o funcionaris.¹³¹

Les diferències que podem veure entre l'escorcoll i les intervencions corporals s'accentuen quan es tracten d'escorcolls preventius, és a dir aquells realitzats amb anterioritat a la investigació, amb la finalitat, no de descobrir els fets criminals i els seus autors, sinó amb la finalitat de prevenir la comissió del delictes.¹³²

Un altra diferència és el grau d'indícis racionals de criminalitat, que en el cas de l'escorcoll en què hi hagi una mínima sospita sobre la possible comissió d'un delictes, ja sigui; present o futura, ja es pot dur a terme, a diferència de les intervencions corporals que necessiten un grau d'indícis de criminalitat molt més elevat, tant, que fins i tot crea una altra diferència que és la necessitat d'autorització judicial, LO o que hi hagi una necessitat d'urgència per a la realització d'una intervenció corporal.¹³³

2.3. Diferències entre les intervencions corporals pròpies i els registres corporals i les inspeccions:

No es pot englobar dins del concepte d'intervencions corporals tot el que suposi una intervenció en el cos d'una persona, sinó que hem de separar les intervencions corporals pròpiament dites de les que únicament suposin un mer registre corporal, en aquesta última classificació és on s'inclourien els escorcolls, les mostres obtingudes de les proves dactilars, entre d'altres, considerant, que no pel simple fet de que es realitzi un

¹²⁹ *Ibidem*, p.11.

¹³⁰ Soto Rodríguez, María Lourdes. *Las intervenciones corporales y vulneración de derechos fundamentales*. Actualidad penal, sección doctrina. 2014 N° 8392, edit. La ley. pàg 5.

¹³¹ García Vila, Mónica. *Los cacheos: delimitación...* op.cit. p.10.

¹³² *Ibidem*, p.11.

¹³³ *Ibidem*, p.11.

acte sobre el cos d'una persona aquest sigui considerat ja una intervenció, sinó que es diferenciï entre registres o inspeccions i intervencions.¹³⁴

Les intervencions corporals poden ser dutes en una fase pre-processal o en una investigació policial prèvia al procés, en el que el sospitós encara no és considerat investigat. Aquestes intervencions corporals, poden ser realitzades a altres subjectes i no únicament al presumpte sospitós de la comissió d'un acte delictiu.¹³⁵

Les principals diferències que podem veure entre elles són:¹³⁶

- a) En el cas de les inspeccions i registres corporals en aquestes generalment no es veu afectat el dret a la integritat física, però en canvi sí que es pot veure afectat el dret a la intimitat (art. 18 CE) si recauen sobre les parts íntimes d'una persona.
- b) Les intervencions corporals, són descrites com l'extracció d'elements externs o interns del cos d'una persona perquè puguin ser analitzats amb posterioritat. En aquest cas sí que es veu afectat el dret a la integritat física (art. 15 CE) a diferència de les inspeccions o registres corporals, ja que impliquen una lesió o menyspreu al cos de la persona.

Tot i així no estem parlant de requisits indispensables perquè es puguin diferenciar les inspeccions o registres corporals de les intervencions corporals, ja que en certs supòsits com és el cas d'una inspecció vaginal també hi podem veure afectat el dret a la integritat física (art. 15 CE) o en una intervenció corporal, també es pot veure afectat el dret a la intimitat (art. 18 CE). Per tant quan parlem de l'afectació dels DDFF per a distingir entre les inspeccions i les intervencions ho fem de forma aproximatòria, ja que en certs supòsits pot ser que també es vegin afectats altres DDFF.¹³⁷

Per tant, no podem utilitzar de forma genèrica el terme intervenció corporal, considerant que el mateix TC en la STC 204/1996 utilitza aquesta terminologia per referir-se a un determinat tipus de diligències.¹³⁸

És necessari puntualitzar que la mateixa LECrim en el seu article 363 ho diferencia:

¹³⁴ Soto Rodríguez, María Lourdes. Op.cit.*Las intervenciones corporales* pàg 5.

¹³⁵ *Ibidem*, pàg 6.

¹³⁶ Duart Albiol, Juan José. *Inspecciones, registros e intervenciones corporales, en el ámbito del proceso penal.* (Manuel Jesús Cachón Cadenas). Tesis doctoral, Universitat Autònoma, setembre de 2013. P.39

¹³⁷ Duart Albiol, Juan José. *Inspecciones, registros ..., op.cit.*, P.40

¹³⁸ *Ibidem* p.41.

“Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

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.”

Per consegüent seria molt més adequat utilitzar la terminologia “investigacions corporals” com a terme genèric que engloba les diligències que recauen sobre el cos de la persona.

Pel que tractaríem les inspeccions corporals com tots aquells actes que recauen sobre el cos de la persona (nua o semi nu) i en canvi considerariem els registres corporals tots aquells actes d’exploració interna o externa d’una persona, com és el cas de l’escorcoll, a diferència de les inspeccions corporals que consisteixen en l’extracció d’elements o de substàncies de l’interior del cos de l’individu o l’obtenció de mostres biològiques.¹³⁹

En definitiva, les diverses mesures que entren dins del terme investigació corporal presenten grans diferències entre si, atenent el seu objecte, els mitjans utilitzats, els diversos mètodes d’execució, els drets fonamentals que afecten, i la intensitat d’aquesta afectació. Però tot i així no s’estableix en el nostre ordenament un sistema taxat de què és considerat intervenció, inspecció o registre, per tant haurem d’analitzar en cada moment tots els elements per poder classificar davant de quin tipus d’investigació ens trobem.¹⁴⁰

2.4. Modalitat d’escorcoll: l’escorcoll preventiu:

Una vegada mostrada la diferència entre els escorcolls i les intervencions corporals i explicat el contingut de cada un, passarem a analitzar concretament l’escorcoll preventiu, modalitat d’escorcoll que presenta dificultats d’anàlisi tant per la doctrina

¹³⁹ *Ibidem* p.42.

¹⁴⁰ *Ibidem* p.38.

com per la jurisprudència, sobretot en relació amb la cobertura legal que se l'hi estableix i els requisits imprescindibles perquè es pugui dur a la pràctica.¹⁴¹

2.4.1 *Afectació als drets fonamentals:*

La finalitat d'estudi, per veure si realment en un acte d'escorcoll es vulnera algun dret fonamental, és primordial per poder concretar els requisits necessaris per a la realització d'aquest, considerant, tal i com hem explicat anteriorment, que si existeix una forta vulneració d'algun dret fonamental, seran necessaris certs requisits com; per exemple la necessitat d'autorització judicial entre d'altres, en canvi, si concloem que no existeix aquesta verdadera restricció dels drets fonamentals quan es realitza un escorcoll, els requisits necessaris seran uns altres, no tan restrictius.¹⁴²

2.4.1-1 Dret a la llibertat:

- a) L'escorcoll preventiu quan es practica en el lloc on es porta a terme la immobilització:

Cal determinar si es veu afectat el dret a la llibertat en el supòsit de realització d'un escorcoll. En els casos que es dugui a terme la pràctica de l'escorcoll, si el que s'està realitzant és una retenció del subjecte passiu, es vulnera el seu dret a la llibertat? Referent al tema de la retenció, el Tribunal Constitucional en la STC 107/1985¹⁴³ és on tracta per primera vegada aquesta figura, en la que es discuteix si en un control d'alcoholèmia s'estava realitzant verdaderament una detenció. Al respecte el Tribunal Constitucional determina: “ únicamente una persona està detenida cuando sufre una privación provisional de su libertad personal por haber cometido un ilícito penal y para ser puesto a disposición de la autoridad judicial”. Pel que es considerat pel Tribunal que: “no es ésta la situación de quién, conduciendo un vehículo a motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba de alcoholemia, porque ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración auto-incriminatoria del afectado¹⁴⁴”.

¹⁴¹ García Vila, Mónica. Op. Cit. *Los cacheos: delimitación...* p.12.

¹⁴² *Ibidem*, p.12

¹⁴³ STC 107/1985 de 17 d'octubre.

¹⁴⁴ García Vila, Mónica. Op. Cit. *Los cacheos: delimitación...* p.13.

Pel que podem extreure, que la detenció purament material, és a dir, la retenció, no constitueix una verdadera privació de llibertat, i que per tant, la retenció que es realitza en un supòsit d'actuació policial com és l'escorcoll, que és purament momentània, considerada una breu immobilització durant un període de temps necessari per a realitzar l'actuació, pel qual no comporta la privació al dret a la llibertat emparat per la Constitució espanyola Concretament en el seu article 17.¹⁴⁵

Per tant, el Tribunal Constitucional distingeix dos tipus de detencions: la purament material “retenció” que no constitueix una verdadera privació de la llibertat i la constitucionalment rellevant que és la “detenció preventiva” que ve determinada per la presumpta comissió d'un fet punible i la qual queda regulada per l'article 17 de la CE.¹⁴⁶

Una de les primeres sentències en què es determina que el dret a la llibertat no es veu afectat per la diligència d'escorcoll és la STS 3334/93¹⁴⁷ que ens diu :«el derecho a la libertad y la libre circulación no se ven afectados por las diligencias policiales de cacheo y de identificación aunque éstas comporten inevitablemente, la inmovilización durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía»¹⁴⁸

Per altra banda, podem veure en altres resolucions judicials que l'escorcoll sí que afecta el dret a la llibertat, tot i així, amb una intensitat menor si ho comparem en el supòsit de la detenció. Cal destacar la interlocutòria del Tribunal Suprem 1998/40 de 7 de gener de 1988, en el que ens diu que: «indudablemente la diligencia de cacheo implica una breve medida coactiva que afecta la libertad ambulatoria, però en este sentido se diferencia en forma especial de la detención, pues si efecto es cuantitativamente reducido. Y por esta razón las exigencias previstas en la ley para la detención no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo»¹⁴⁹

Com podem veure, el que determina el Tribunal es que no estem parlant d'una privació de llibertat, sinó d'una restricció d'aquesta en un moment puntual, i durant el temps necessari per poder dur a terme la mateixa. En segon lloc, el mateix Tribunal ens diu

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.13

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.14.

¹⁴⁷ STS 3334/93 del 15 d'abril del 1993.

¹⁴⁸ García Vila, Mónica. Op. Cit.*Los cacheos: delimitación...*p.14.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.14.

clarament que no podem aplicar la mateixa regulació per als supòsits de detenció que per les diligències d'escorcoll¹⁵⁰.

b) L'escorcoll preventiu realitzat a les dependències policials:

En aquest supòsit d'actuació de la policia ens trobem davant d'una verdadera privació de llibertat que no és considerada un supòsit de detenció preventiva regulat en els articles 17.2 i 3 de la CE, però no deixa de ser una privació de llibertat a conseqüència del desplaçament del detingut a les dependències policials.

En aquest sentit s'ha manifestat el Tribunal Constitucional en un supòsit molt similar al tipus de registre que estem analitzant, en aquest cas, es tractava de la identificació del subjecte practicada a les dependències policials STC 341/1993¹⁵¹.

Pel que entenem que el desplaçament que ha de realitzar el subjecte a les dependències policials, suposa per les circumstàncies de temps i lloc, una situació que va més enllà de la simple immobilització de la persona per a practicar-li la mesura, per tant es diferencia de l'escorcoll preventiu realitzat al lloc d'immobilització per aquestes dues circumstàncies que fan que sigui considerada una privació de llibertat en les que se l'hi aplicaran les úniques garanties de temps establint el temps màxim regulat en l'article 17.2 de què com a màxim aquesta immobilització pot produir-se durant 72 hores i la garantia de què ha de ser informat de les raons per les quals ha estat requerit per identificar-se, pel que la durada d'aquesta modalitat d'escorcoll serà realitzada durant el temps que sigui necessari per identificar-se, entre d'altres. Pel que és necessari el compliment de tals garanties pel seu correcte funcionament.

2.4.1-2 El dret a la intimitat

A diferència de les intervencions corporals en les quals es produeix una restricció del dret a la intimitat, que com recordem suposa una extracció d'elements externs o interns del cos d'una persona, en la realització d'un escorcoll en els supòsits en què l'agent de policia es limita únicament a palpar superficialment, per sobre la roba si la persona a la qual es realitza l'actuació és portadora d'alguna substància il·legal o algun tipus d'armament amb el qual pugui causar un dany a la resta dels ciutadans, pel que en aquest cas podem considerar que no es vulnera el dret a la intimitat corporal, ja que no

¹⁵⁰ *Ibidem*, p.15.

¹⁵¹ STC 341/1993 de 18 de novembre.

afecta el pudor del subjecte ni a les parts del cos involucrades, aquesta argumentació també seria aplicable en els supòsits de registres bucals, ja que es considera que la boca no és una part del cos en la que es pugui afectar el pudor de la persona i pel qual la jurisprudència l'ha classificat com un escorcoll. En la STS 15 de gener de 1993 el Tribunal Suprem ens determina que:

«no se ve afectado el derecho a la intimidad, al no alcanzar la transcendencia de un registro anal o vaginal ». El que ens comporta a planejar-nos que per tant tampoc es vulnera el dret a la intimitat quan es realitza un registre d'equipatge o algun objecte que la persona porti. Així doncs ho declara el Tribunal Suprem en la Sentencia de 28 de setembre de 1994 en la que ens diu: «En definitiva las bolsas registradas constituían simples objetos de investigación, por lo que la actuación policial, en nada afecta la esfera privada de la persona».¹⁵²

A continuació passarem a analitzar els fets transcorreguts que donen lloc a la STC 70/2002 i que tenen especial rellevància pel tema tractat: els fets produïts tenen el seu inici el dia 3 de juny del 1998, moment que arriben a l'aeroport de Barcelona, tres paquets procedents de Veneçuela, respecte dels quals la policia espanyola havia estat alertada que podien contenir substàncies estupefaents davant la qual es va concedir autorització per procedir a l'entrega controlada d'aquests. Posteriorment es procedeix a l'obertura dels paquets en presència dels detinguts i es comprova que en el seu interior contenien 4.200 grams de cocaïna que en el mercat negre hagués adquirit un valor de 42.420.000 pessetes.

El recurrent fonamenta la seva demanda en la lesió al dret a la intimitat (art 18.1 CE), en relació al secret de les comunicacions postals (art 18.3 CE); en el que al·lega que la carta intervinguda en el moment de la seva detenció en l'interior d'una agenda va ser oberta i llegida per la Guàrdia Civil sense la necessària autorització judicial, pel que es vulnera el dret al secret de les comunicacions postals i el seu dret a la intimitat, al tractar-se d'una comunicació interna i privada, que anava doblegada a l'interior d'una agenda, guardant el seu contingut a tercers. A més a més de ser obtinguda mitjançant la vulneració de

¹⁵² García Vila, Mónica. Op. Cit. *Los cacheos: delimitación...* p.12

drets fonamentals i per tant rebent la seva consideració d'il·lícita i per tant ha de ser declarada nul·la.

També al·legava la vulneració als següents drets fonamentals: El dret a un procés amb totes les garanties (art. 24.2CE), la vulneració al dret a la defensa i a utilitzar els medis de prova pertinents (art. 24.2CE), la vulneració al dret a la presumpció d'innocència (art.24.2 CE) i la vulneració al dret a la tutela judicial efectiva, per incongruència omissiva i falta de raonament de les resolucions judicials (art. 24.1 CE).

Tot i les diferents al·legacions que realitza la part recurrent, ens centrarem en el que fa referència a la vulneració al dret al secret de les comunicacions, en relació amb la intervenció i lectura de la carta sense autorització judicial. El tribunal entén que s'han de fixar quins són els límits temporals de la protecció de l'art 18.3 CE, afirmant que allò que protegeix és la comunicació i que la protecció es manté mentre la comunicació dura, i quan la comunicació ha finalitzat, s'acaba aquesta protecció. Podent quedar afectat el dret a la intimitat però com el recurrent no ho ha invocat, es tracta d'una protecció diferent de la de les comunicacions.

- Respecte a la protecció de la intimitat no hi ha exigència constitucional de jurisdiccionalitat, ja que es poden realitzar ingerències al dret a la intimitat sense autorització judicial, si existeix previsió legislativa, el que passa en el present cas. Pel que es conclou que no existeix vulneració al dret a la intimitat del recurrent. El tribunal va decidir denegar el recurs.

-

2.4.1-3 Dret a la dignitat:

En el supòsit anterior d'una possible vulneració al dret a la intimitat, hem fet referència a l'escorcoll com aquella actuació en què l'agent de policia es limita únicament a palpar per sobre la roba del subjecte. Atenent aquesta consideració d'escorcoll es pot veure clarament que no es realitza una vulneració al dret a la integritat física de la persona

com tampoc del dret a la intimitat, en el que ens suposa fàcil veure que amb la simple palpació externa no es vulneren ni és restringeixen tals drets.¹⁵³

2.4.1-4 El dret a no declarar contra si mateix:

Respecte al dret a no declarar contra si mateix el Tribunal Constitucional en la STC 103/1985¹⁵⁴ tracta la relació del test d'alcoholèmia que: el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y declarar contra si mismo y a no declararse culpable, no confesar, no obliga al sujeto a emitir una declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una».¹⁵⁵

És més el mateix TC estableix que: «las diligencias de indagación que recaigan sobre el propio cuerpo, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simplemente pericias de resultado incierto que no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse»¹⁵⁶

2.4.1-5 La presència d'un advocat en l'execució de l'escorcoll:

És considerat tant per la jurisprudència com per la doctrina que al no ser equiparat l'escorcoll a una detenció no és pot imposar aquesta garantia a diferència de les que anteriorment hem fet referència que si que són indispensables en el cas d'un subjecte detingut, però que no ho són per al supòsit de realització de la diligència d'escorcoll.¹⁵⁷

La finalitat preventiva d'aquesta mesura i la característica d'immediata que requereix són causes justificatives de que no és necessària la presència d'un advocat.¹⁵⁸

Així ho podem veure en una STC 8206/91¹⁵⁹ en la que s'estableix:

¹⁵³ *Ibidem*. P.13.

¹⁵⁴ STC 103/1985 de 4 d'octubre de 1985.

¹⁵⁵ García Vila, Mónica. Op. Cit. *Los cacheos: delimitación...* p.13.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.13.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.14.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.14.

¹⁵⁹ STC 8206/91 de 30 d'octubre de 1991

«La asistencia de Abogado en todas las diligencias policiales y judiciales no puede entenderse como una necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructores». ¹⁶⁰

Però en canvi, si es tracta d'un escorcoll que es realitza després d'una detenció, sí que són aplicables les garanties de la detenció i per tant, serà necessària l'assistència d'un advocat, i també, si encara no s'ha iniciat el procediment penal, se l' haurà d'informar de tots els drets que té el subjecte, entre els que podem trobar el dret a designar un advocat. ¹⁶¹

2.5.Requisits de l'escorcoll:

Els requisits perquè es dugui a la pràctica la diligència d'escorcoll i com s'ha de realitzar aquesta pràctica els trobem regulats a l'article 20 de la LO 4/2015 de 30, de març per a la protecció de la seguretat ciutadana:

“1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes:

a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia.

b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.

3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor

¹⁶⁰ STC de 30 d'octubre de 1991 (RJ 8206/91) .

¹⁶¹ García Vila, Mónica. *Los cacheos: delimitación...,op.cit,p.13.*

perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización.

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.^{162,}

Si analitzem l'article podem veure que els requisits són els següents:

Perquè la pràctica de l'escorcoll no esdevingui il·legítima s'han establert una sèrie de requisits establerts per la jurisprudència i recollits en l'article 20 de la present llei. En aquest apartat tractarem els requisits necessaris perquè es pugui executar la pràctica de l'escorcoll legítimament, per tant, estem parlant de pressupòsits habilitadors de la pràctica de l'escorcoll.¹⁶³

Un dels principals requisits es que l'actuació judicial ha d'estar justificada, en el sentit de què l'elecció de la persona en la què se li realitzarà l'actuació per part de l'agent de policia no sigui elegida de manera arbitrària ni indiscriminada.¹⁶⁴

Un altre requisit que s'ha de complir és que sigui proporcional, és a dir que s'han de complir els requisits d'arbitrarietat i de proporcionalitat. Això implica que l'agent ha de tenir motius racionals suficients per a poder considerar que una persona oculta entre la seva roba elements que puguin servir com a prova d'un delicte.¹⁶⁵

A més a més la proporcionalitat que imposa és que es tracti d'un delicte que el legislador consideri d'una certa gravetat. Dins d'aquests delictes greus, s'inclouen els causants d'alarma social, en el que la jurisprudència inclou el tràfic de drogues. La sospita no serà arbitrària quan perduri l'existència d'un objectiu que permeti mantenir tal actuació.¹⁶⁶

Podem distingir dos tipus d'escorcoll en funció de l'actuació policial en què es desenvolupen:

¹⁶³ Lombardero Expósito, Luis Miguel. *La actuación policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal*. Revista de estudios Jurídicos nº12. 2012.pàg 25.

¹⁶⁴ Lombardero Expósito, Luis Miguel. *La actuación policial...op.cit*, p.25.

¹⁶⁵ *Ibidem*. P.25.

¹⁶⁶ *Ibidem*. P.26.

1. Si es desenvolupen en controls: són considerats i justificats com a mesura general. Sols poden ser realitzats sobre els objectes personals del subjecte, excepte si aquest registre ens condueix a què sigui necessari un registre més exhaustiu. Segons els objectes o les circumstàncies detectades en aquest control policial expandirem la cerca o no.
2. Quan no hi hagi constituït un previ control: per tant parlem dels registres que es realitzen sobre certs subjectes, perquè és sospita que ha comès un fet punible, l'elecció d'aquest subjecte, no pot ser il·lògica, irracional o arbitrària.¹⁶⁷

a) Requisits de la pràctica del escorcoll:

Aquests requisits son els mateixos que els necessaris per a que es dugui a terme la pràctica de l'escorcoll entre els que podem incloure els requisits de proporcionalitat, raonabilitat etc.¹⁶⁸

També és necessari que perquè no es produeixi una vulneració o restricció del dret a la intimitat, la pràctica de l'escorcoll sigui realitzada en un espai reservat, i procurant que no es realitzin postures o situacions degradants o humiliants.¹⁶⁹

També és necessari que segons l'article 5.2 de la LO 2/86 de 13 de març de Forces i cossos de seguretat, aquests hagin d'impedir qualsevol pràctica abusiva, arbitrària o discriminatòria que introdueixi violència física o moral, així com que totes les intervencions tinguin alguna finalitat, algun objectiu. Per tant, si la policia ha d'impedir que es dugui a terme qualsevol pràctica abusiva, arbitrària o discriminatòria, no pot ser que aquestes les protagonitzi ella mateixa.¹⁷⁰

Respecte a la duració de la mesura, és necessari explicitar que aquesta durarà el temps imprescindible, que siguin realitzats de manera que causin el mínim perjudici a la intimitat i a la dignitat de la persona afectada en què és imprescindible que l'abans possible se l'informi del perquè se'l hi està realitzant aquesta actuació.¹⁷¹

¹⁶⁷ *Ibidem*. P.25.

¹⁶⁸ *Ibidem*. P.26..

¹⁶⁹ *Ibidem*. P.27..

¹⁷⁰ *Ibidem*. P.27.

¹⁷¹ *Ibidem*. P.28.

Aquests requisits dels que estem parlant, poden ser duts a terme contra la voluntat de l'afectat, sempre i quan respectin els requisits de proporcionalitat, idoneïtat i proporcionalitat.¹⁷²

Ara bé, els registres seran realitzats per un agent del mateix sexe que la persona sobre la qual es practiqui la diligència, a no ser que existeixi una situació d'urgència que impedeixi que sigui realitzada de tal forma, aquest és un requisit de compliment necessari.¹⁷³

Per altra banda, també suposa un requisit de la pràctica de l'escorcoll que un cop realitzat aquest, es deixi constància de la diligència realitzada, de les seves causes i de la identitat de l'agent que l'ha dut a la pràctica.¹⁷⁴

El CGE s'ha pronunciat sobre la LO 4/2015 i per tant resulta necessari explicar breument el dictamen 7/ 2015 que tracta sobre la constitucionalitat de l'article 20 de la LO 4/2015, i que en el seu Fj 2 podem veure el tractament d'aquest article:

En resum, en el dictamen, concretament en l'apartat que fa referència a l'article 20 LOPSC ens diu que tal article no s'ajusta a la doctrina establerta pel TC i pel TEDH per poder-la considerar com a legítima, considerant que la definició de la finalitat que es pretén assolir amb la seva aplicació és imprecisa, en la mesura que permet una actuació excessivament discrecional dels agents de l'autoritat, basada en meres suposicions personals i subjectives. Tanmateix, aquesta actuació pot anar dirigida a trobar una categoria amplíssima d'objectes, que no s'especifiquen ni per la seva naturalesa, ni per la seva perillositat. Així com també el precepte que és objecte del dictamen, manca d'elements que la jurisprudència constitucional exigeix per delimitar aquesta mena d'intervencions, com ara que siguin excepcionals o es puguin dur a terme de forma individualitzada, segons les circumstàncies de cada cas. Per acabar, cal també mencionar que ambdós apartats de l'article 20, presenten una total indeterminació respecte a el grau d'afectació sobre la intimitat personal que permeten els registres corporals, tot i que es qualifiquen d'extern i superficials, poden comportar un nu parcial de la persona. Com podem veure, la conclusió en

¹⁷² *Ibidem.* P.28.

¹⁷³ *Ibidem.* P.28

¹⁷⁴ *Ibidem.* P.28.

la qual arriba aquest dictamen és que podem trobar certs vicis d'inconstitucionalitat en l'article 20 LOPSC i que per tant és produeix una vulneració de l'art.18.1 CE.

2.6. Subjectes de la pràctica de l'escorcoll:

2.6.1 subjectes actius:

Els subjectes actius són les persones que poden realitzar una investigació corporal, que poden ser diferents persones, segons si parlem d'intervenció, inspecció o registre:

En el cas d'una intervenció corporal:

S'haurà de realitzar per personal sanitari tal com diu la STC 207/1996¹⁷⁵, i en els casos de les intervencions greus per personal mèdic especialitzat, tal com diu la STC 7/1994¹⁷⁶.

Però ni totes les intervencions corporals han d'estar realitzades per un metge, ni sols les intervencions corporals exigeixen la presència d'un metge. En canvi, hi ha supòsits com és el cas d'una extracció de sang o una mostra de saliva o de cabell, que no requereixen la presència d'un metge, sinó que amb què les realitzi una persona que tingui la qualificació necessària, com pot ser un auxiliar d'infermeria¹⁷⁷.

Per tant, cal remarcar, que no es pot donar una regla general d'obligatorietat de qui han de ser els subjectes actius en una intervenció, pel que comporta que haguem d'analitzar cas per cas si serà necessària l'assistència mèdica o no és un requisit indispensable perquè es realitzi tal intervenció.¹⁷⁸

Tanmateix en el cas d'una inspecció corporal, no és necessària l'assistència mèdica, ni tan sols quan recaigui sobre les parts més íntimes de la persona, pot assistir-hi un metge, però no és un requisit indispensable, sinó que aquesta pot ser practicada inclòs per persones que no tinguin cap tipus de coneixement mèdic. A diferència dels registres anals i vaginals en què si que és exigible que siguin realitzats per un metge per les possibles lesions que es podrien causar a la persona.¹⁷⁹

¹⁷⁵ STC 207/1996 de 16 de desembre.

¹⁷⁶ STC 207/1994 Fj 4.

¹⁷⁷ Duart Albiol, Juan José. *Inspecciones, registros e intervenciones corporales, en el ámbito del proceso penal.* (Manuel Jesús Cachón Cadenas). Tesis doctoral, Universitat Autònoma, setembre de 2013. P.102

¹⁷⁸¹⁷⁸ Duart Albiol, Juan José. *Inspecciones, registros...op.cit.*, P.103.

¹⁷⁹ *Ibidem* p. 104.

També es preveu per als registres corporals, que aquests poden ser realitzats per agents de la policia, aquí no caldrà cap intervenció mèdica, tot i que si en algun moment s'han de deixar a la vista o palpar el cos d'una persona, referint-nos a les seves parts més íntimes, aquestes hauran de ser practicades per un agent del mateix sexe i en un lloc reservat¹⁸⁰.

En canvi, l'examen radiològic d'alguna de les parts íntimes, l'exploració o observació de les cavitats bucals, anals, etc. Si que hauran de ser realitzades per metges especialitzats pel risc que comporten a la persona.¹⁸¹

En definitiva, que en la pràctica hi hagi d'intervenir un metge o no, dependrà de la ingerència i de la gravetat de la intervenció, sense que es pugui establir a priori una regla general.¹⁸²

Cal dir, que en els supòsits en què s'ha d'intervenir per urgència o risc per la investigació es portarà a terme per les autoritats competents, sempre i quan es tracti d'una mesura que per la naturalesa de la ingerència no sigui necessari que sigui realitzada per personal mèdic, i sigui caracteritzada com a lleu.¹⁸³

En els supòsits dels escorcolls aquests seran practicats pels agents de les forces i cossos de seguretat. Igualment les proves per detectar drogues, estupefaents i altres substàncies psicotròpiques als conductors de vehicles a motor i ciclomotors seran realitzades per agents de la Policia Judicial amb formació específica i subjectes a les previsions de les normes de la seguretat viària.¹⁸⁴

En canvi les proves pel reconeixement de substàncies estupefaents o psicotròpiques, estimulants entre d'altres, en les que s'ha de practicar el reconeixement mèdic de la persona i anàlisis clínics, seran realitzats per metges forenses o d'altre personal titulat del centre sanitari on sigui traslladat el subjecte afectat per la mesura.¹⁸⁵

¹⁸⁰ *Ibidem* p. 105.

¹⁸¹ *Ibidem* p. 106.

¹⁸² *Ibidem* p. 107.

¹⁸³ *Ibidem* p. 109.

¹⁸⁴ *Ibidem* p. 110

¹⁸⁵ *Ibidem* p. 111.

Així doncs no es pot considerar un requisit indispensable l'assistència de personal mèdic per a que és realitzi una investigació corporal, per tant haurem de veure les circumstàncies de cada cas per saber sí serà exigible o no.¹⁸⁶

El subjecte actiu d'un escorcoll pot ser evidentment un policia, en aquest terme, s'engloba tant la policia judicial com qualsevol membre de les Forces de Seguretat (cos nacional de policia, "Guarida Civil", policies autonòmics i locals) cada un d'ells actuarà segons les seves respectives competències i quan tinguin les funcions d'esbrinar el delicte i el delinqüent.¹⁸⁷

En el supòsit dels vigilants de seguretat i els particulars, aquests sols podran detenir al presumpte delinqüent quan aquest sigui descobert "in fraganti". Això pel que fa a la detenció, és necessari explicitar que els vigilants de seguretat són equiparats als particulars enfront d'una possible pràctica d'escorcoll. Es pot considerar en aquest cas que el particular pot dur a terme la pràctica d'un registre? La resposta és negativa, el particular l'únic que pot dur a terme és posar a disposició dels funcionaris de la policia Judicial la persona que ha estat descoberta "in fraganti", i un cop posat a disposició de l'autoritat, serà aquesta mateixa autoritat la que procedirà a realitzar si és necessari el registre, considerant que el particular no té regulada cap actuació que pugui emprar quan una persona ja es detinguda, i menys encara existeix cap supòsit en què s'habiliti al particular a realitzar actuacions posteriors a la detenció, és a dir, que aquest no pot realitzar cap mesura d'investigació.¹⁸⁸

Ara bé, se'ns plantegen dos grans dubtes en el cas que el subjecte actiu sigui un particular:

¿pot el particular un cop ja avisada la policia, i mentre aquesta no apareix, realitzar un registre per veure si el subjecte passiu porta algun tipus d'armament amb el qual pugui realitzar un dany al subjecte actiu, en aquest cas un particular o a qualsevol ciutadà?

¿En el supòsit en què el subjecte passiu hagi comès un delicte flagrant , pot el subjecte actiu realitzar un registre per evitar que desapareguin les proves en el període de temps

¹⁸⁶ *Ibidem* p. 112.

¹⁸⁷ *Ibidem*. P.14.

¹⁸⁸ Lombardero Expósito, Luis Miguel. *La actuación policial...op.cit*, P.14.

des de la comissió del delict fins que arriba la Policia en el lloc de comissió del delict?

Bé, tractarem de donar resposta a aquestes qüestions que queden en dubte a conseqüència d'una falta d'expressa regulació.

En la primera pregunta plantejada, el vigilant de seguretat (particular) té l'obligació segons la llei 32/1992 de 30 de juny de Seguretat privada de “ poner inmediatamente a disposición de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes con el objeto de su protección, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquellos”¹⁸⁹

Per tant, la detenció és una facultat del particular, i en canvi posar-lo a disposició dels CFS és una obligació legal.

Respecte al següent dubte que se'ns ha plantejat, en el mateix article ens diu : “ *poner inmediatamente a disposición de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos no pudiendo proceder al interrogatorio de aquellos*”¹⁹⁰

És a dir, que els vigilants de seguretat, quan trobin proves sobre la comissió del delict en el lloc on s'ha realitzat aquest, també es troben obligats a posar-les a disposició de l'autoritat, però en canvi, què succeeix si es troben entre la roba del subjecte que se l'ha trobat “in fraganti” en la comissió d'un delict? En la STS ens diu que si es tracta de mesures de prevenció, que sens dubte, compleixen amb els requisits de necessitat i de proporcionalitat, entenent-les en el supòsit de la sentència en què el vigilant sols realitza un registre superficial, pel que ens porta a pensar que un vigilant sí que pot efectuar un registre superficial a un subjecte en el cas de què se'l pogués detenir, perquè compleix amb els requisits necessaris de la detenció.¹⁹¹

Per tant, el subjecte actiu, en aquest cas el particular, si que pot realitzar un registre superficial i per les robes del subjecte passiu, considerant, que el particular adopta una posició de garant respecta el detingut, a més a de poder evitar que el detingut utilitzi qualsevol objecte o arma en contra seva. Tot i així és imprescindible que es compleixin

¹⁹¹ *Ibídem*. P.15.

els requisits de necessitat i proporcionalitat, i que es garanteixi que no es vulnera cap dret fonamental del detingut.¹⁹²

2.6.2 Subjectes passius:

El subjecte passiu, amb caràcter general, és el sospitós d'haver comès un delictes. Però en l'article 18 de la LO 4/2015 de 30 de març ens diu:

“Los agentes de la autoridad podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes y vehículos que sean necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana, cuando tengan indicios de su eventual presencia en dichos lugares, procediendo, en su caso, a su intervención. A tal fin, los ciudadanos tienen el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.”^{193,}

Per tant, com podem veure, sí que es poden dur a terme registres per la policia sense que hi hagi hagut una prèvia comissió d'un delictes sols pel fet que aquestes es fan amb caràcter preventiu, per a protegir la seguretat ciutadana i d'aquesta manera evitar que es pugui fer un mal ús d'aquestes.¹⁹⁴

És necessari considerar, que per molt que la persona tenedora d'una arma atorgui el seu consentiment perquè se l'hi practiqui un registre, ja que aquesta podria no col·laborar, no suposa un atenuant, per molt que es pugui equiparar a una confessió, sinó que seria, a sensu contrari, constitutiu d'una infracció la negativa a què se l'hi practiqui un registre, ja que el sotmetiment a un registre està regulat per llei, i preveu l'obligatorietat de sotmetre's a un registre corporal quan la policia t'ho exigeixi, tot i que aquesta ha de complir amb els requisits indispensables en la pràctica d'aquesta.¹⁹⁵

Diferents subjectes:

¹⁹² *Ibidem*. P.16.

¹⁹⁴ *Ibidem*. P.17.

¹⁹⁵ *Ibidem*. P.18.

- Investigat:

Un dels principals subjectes en el que se l'hi pot realitzar una investigació corporal és la persona sotmesa a una investigació o a un procés penal. Estigui en la fase que estigui del procediment, ja sigui (acusat, investigat, condemnat, etc.).

També cal dir, que encara que la llei no ho reguli, la jurisprudència sí que ha consentit que es porti a terme una investigació corporal encara que el subjecte passiu no sigui considerat imputat, sinó que el que es pretén amb aquesta mesura és que se l'imputi.

- Sospitós:

Aquest terme és conflictiu, ja que és necessària l'existència, perquè se l'hi pugui practicar una investigació corporal, que existeixin indicis raonables perquè se li puguin atribuir la realització del fet punible objecte d'investigació. Considerant, que unes meres sospites no són suficientment motiu, com per poder ser un fonament per a realitzar a un subjecte una investigació corporal.

- Tercers:

Els tercers també poden formar part d'una intervenció corporal, quan l'execució de la mesura, sigui indispensable per la comprovació dels fets, tot i que en aquest supòsit resulta molt fàcil qüestionar la mesura, ja que s'ha de tenir en consideració el principi de proporcionalitat, entre d'altres, ja que s'han de ponderar els drets fonamentals en els quals es pot produir una intromissió. A més a més quan parlem de tercers, hem de tenir en compte que les investigacions corporals han de ser les més lleus, considerant que no tenim cap sospita fundada contra l'individu, però que aquesta investigació corporal pot ser de gran ajuda per a poder imputar a un sospitós.

2.7. Els escorcolls en l'àmbit penitenciari:

El tipus d'escorcoll que se'ls hi aplica als interns a un centre penitenciari és una mesura de seguretat interior que consisteix a registrar-los de manera exhaustiva amb la finalitat de trobar objectes o substàncies prohibides que puguin amagar en la seva persona o entre les seves robes. Aquesta modalitat d'escorcoll és una forma habitual de control de seguretat interior dels centres penitenciaris, prevista a l'article 68 del Reglament

penitenciari, i no és necessari que existeixi una necessitat de motivació específica per la realització d'aquests.¹⁹⁶

Els escorcolls realitzats en establiments penitenciaris s'han portat a terme en les presons espanyoles al llarg del temps, la seva finalitat és trobar objectes prohibits, i sols poden realitzar-se per raons de seguretat amb motius concrets i fonamentats, els quals exclouen els motius sistemàtics, generals i arbitraris. Per molt que s'hagin presentat recursos per part dels interns respecte a els escorcolls realitzats a les presons, aquests esdevenen improcedents si es realitzen de forma legal; informant a l'intern de la forma i circumstàncies en què es realitzarà i amb la firma del subjecte en el corresponent paper, pel que no pot ser considerat dut a terme de forma arbitrària ni sistemàtica.¹⁹⁷

En l'àmbit penitenciari l'escorcoll es troba regulat en l'article 23 de la LO General Penitenciària¹⁹⁸:

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.

Realment, aquest article només ens diu que els registres s'hauran d'efectuar amb totes les garanties i requisits regulats en el reglament, pel que habilita al reglament a regular amb més concreció els requisits que s'han de dur a terme en la pràctica d'un registre corporal, pel que entrarem a analitzar més concretament l'article 68 del Reglament penitenciari:

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

¹⁹⁶ De Vicente Martínez, Rosario. *Registros y cacheos en el ámbito penitenciario. Revista de derecho y proceso penal*, ISSN 1575-4022 N° 22. 2009. pàg.38

¹⁹⁷. De Vicente Martínez, Rosario. *Registros y cacheos...*, op.cot.p.38..

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.

Com podem veure, en l'article 68 del Reglament Penitenciari¹⁹⁹ a més a més de contenir unes regles generals per a portar a la pràctica un escorcoll preveu també la possibilitat que es pugui realitzar una modalitat d'escorcoll anomenada "desnudo integral", aquest és dut a terme per motius de seguretat concrets i específics, quan existeixin raons individuals i contrastades que ens portin a pensar que l'intern té en possessió algun objecte perillós o algun tipus de substància susceptible de causar algun dany o alterar la seguretat o la convivència de l'establiment penitenciari, una particularitat d'aquesta mesura, és que matisa que sigui adoptada en el cas de sospita de tinença d'algun objecte o substància, però que es cregui que aquesta pot estar amagada en el seu cos, per aquest motiu l'aplicació d'aquesta mesura que no deixa de ser més agressiva pel subjecte en el qual se l'hi realitza. Per la realització d'aquesta, a més a més de l'exposat en aquest mateix paràgraf, també és un requisit "sine qua non" tenir l'autorització del Superior de Serveis i a més a més que es tingui constància escrita d'aquesta.²⁰⁰

L'escorcoll realitzat en centres penitenciaris, és per tant, una mesura que s'aplica als interns i que com hem dit, necessita unes raons específiques i concretes, però bé resulta que aquesta mesura també pot ser duta a terme per raons generals, com seria preservar la seguretat i el bon funcionament intern del centre penitenciari, i també per preveure el

²⁰⁰ *Ibidem*. P.38.

tràfic de substàncies psicotròpiques, tòxiques o substàncies estupefaents entre els interns.²⁰¹

En la STS del 13 de novembre de 1998, el TS ens diu: “sobre la legitimidad del cacheo, llevada a cabo por los funcionarios o miembros de Seguridad de las prisiones, siempre y en todo caso cuando actúan, legalment, dentro de las funciones propias de su Trabajo”.²⁰²

Amb aquesta sentència podem comprovar encara més, que si són els mateixos funcionaris dels establiments penitenciaris els legitimats a realitzar els escorcolls, d'aquí també en podem extreure l'obligatorietat del sotmetiment a un escorcoll quan aquests t'ho imposin. Tal com ho podem veure regulat en la llei i el reglament penitenciar, el seu caràcter impositiu el podem extreure concretament de l'article 65 del Reglament 190/1996²⁰³ en el que ens nomena l'escorcoll com una mesura de seguretat interior que es durà a terme en els centres penitenciaris.²⁰⁴

Sobre el nombre de vegades que es realitzaran escorcolls en els centres penitenciaris el Reglament 190/1996 no ens diu res al respecte, en canvi, sí que ho fa en la modalitat de vida en departaments especials regulat en l'article 92.2 del mateix reglament, establint una pràctica diària, i modalitat que també s'estén en els casos de la pràctica del “desnudo integral” realitzat en els interns dels departaments especials, tal i com ho reconeix l'Auto recorregut en el Tribunal de vigilància Penitenciària del 13 de gener de 2004.²⁰⁵

a) Classificació dels escorcolls, segons Vicente Martínez, realitzats en un centre penitenciar:

1. Escorcoll ordinari: el funcionari procedeix a extreure de les butxaques de l'intern tot el que porti, registra la roba passant les mans, i palpa al llarg dels braços, tronc i cames. Pel que podem dir que l'escorcoll ordinari es du a terme

²⁰¹ *Ibidem*. P.39.

²⁰² El TS en la sentència 13 de novembre de 1998.

²⁰⁴ De Vicente Martínez, Rosario. *Registros y cacheos...., op.cit* P.39.

²⁰⁵ *Ibidem*. P.39.

sense necessitat de què l'intern es tregui la roba, es realitza mitjançant meres palpacions superficials.²⁰⁶

2. Escorcoll d'urgència: la seva finalitat és trobar un objecte determinat. En aquest tipus el funcionari es limita a palpar superficialment les extremitats de l'intern. És un escorcoll superficial sobre les extremitats.²⁰⁷
3. Escorcoll amb "desnudo integral": es practica quan es donin les circumstàncies previstes en l'article 68.2 del Reglament:

Article 68.2:

1. 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.²⁰⁸

En aquesta pràctica el funcionari col·loca a l'intern cara la paret, l'hi treu tot el que porti a les butxaques, procedeix al registre de tota la seva roba i una vegada despullat comprova que no amagui res entre les cames, dits, cabell, orelles o boca.²⁰⁹

A continuació analitzarem el cas que dóna lloc a la STC 204/2000: els fets produïts tenen el dia 7 de juny de 1997, després d'haver mantingut el sol·licitant una comunicació íntima, se l'hi va ordenar sotmetre's a un escorcoll en el que s'havia de despullar completament en una sala separat de la resta dels interns per un biombo; en el que el recurrent es va negar reiteradament a complir les ordres dels funcionaris d'abaixar-se els calçotets. Donada la resistència que presentava els funcionaris es van veure obligats a treure-li la peça. La comissió del centre penitenciari de Daroca va considerar que els fets eren constitutius de dues faltes greus. El presoner va interposar un recurs davant la resolució del Jutjat de Vigilància Penitenciària, al·legant bàsicament que l'escorcoll amb nu integral

²⁰⁶ *Ibídem*. P.40.

²⁰⁷ *Ibídem*. P.40.

²⁰⁹ *Ibídem*. P.41.

després d'una comunicació vis a vis era una pràctica normal en el centre penitenciari, tot i que el reclus havia exigit que li facilitessin una bata, com així ho exigien diverses interlocutòries fermes del Jutjat.

Al·legava la vulneració a dret a la intimitat personal i a la dignitat humana en atenció a la doctrina del TC.

En el recurs indicava que els fets havien succeït de forma diferent i que amb motiu de diverses querelles que havia formulat contra funcionaris de presons patia persecucions i amenaces. El Jutjat de Vigilància Penitenciària va desestimar el recurs formulat per reclus.

El reclus va tornar a interposar un recurs, en el que al·legava que el jutjat havia canviat el seu criteri anterior, conforme el qual l'escorcoll amb nu integral havia de ser excepcional, motivat, i amb oferiment d'una bata per realitzar-lo, però se l'hi va tornar a desestimar el recurs.

Finalment el Tribunal reconeix els drets a la integritat moral i a la intimitat personal, considerant que han resultat vulnerats a l'haver estat imposat l'escorcoll amb nu integral de forma desproporcionada, sense una motivació específica, doncs no estava justificada amb raons de custòdia o seguretat (STC 129/1995). La mesura de l' escorcoll amb nu integral practicada després de les comunicacions íntimes sols podia justificar-se si concorria una situació excepcional d'amenaça per la seguretat de l'establiment (en el que en el present cas no succeeix) o si en ocasions anteriors se li hagués trobat al recurrent algun objecte (el que tampoc és el cas). Per arribar a la mateixa finalitat existeixen també d'altres mecanismes de control més respectuosos amb la dignitat humana (art 10.1 CE).

Finalment s'estima el recurs, i en conseqüència es reconeix al recurrent que se l'hi ha vulnerat el dret fonamental a la intimitat personal.

2.8.Els escorcolls, la seva pràctica als visitants d'un establiment penitenciari:

Per aquest apartat és molt important explicar breument la STEDH de 26 de setembre de 2006, *Wainright v. United Kingdom* [12350/04]:

El que va succeir en el cas és que van escorcollar a unes persones que anaven de visitants a la presó d'un familiar, i se'ls va escorcollar de tal manera que s'havien de treure la roba perquè se l'hi practiqués un escorcoll integral, però sols eren visitants de la presó, i per tant tractarem els articles 3 i 8 CEDH.

Els dos subjectes als quals se'ls realitza l'escorcoll són Mare i fill. Aquest últim tenia un problema cerebral, un cas greu d'interacció amb la societat i també una manca de desenvolupament intel·lectual, i per tant tenia una manca de capacitat per aportar o defensar-se en els procediments legals, pel que la seva tutora legal va ser la mare la que actua com a demandant per tots dos.

Partrick O'neill el primer fill de la demandant, va ser arrestat amb sospites d'homicidi i condemnat a pena de presó . Era vigilat per un oficial de la presó amb les sospites que el Sr. O'neill estava involucrat amb la subministració i ús de drogues dins de la presó, pel que el dia 23 de desembre del 96, el governador va ordenar que els visitants del Sr. O'neill se'ls hi apliqués l'escorcoll integral abans de realitzar la visita.

Ambdós familiars van acudir a la presó d'Arley per visitar al Sr. O'neill, cap dels dos havia estat a la presó, i al presentar els papers de la visita, els van demanar de posar-se a la cua per passar per l'escàner de seguretat. Posteriorment van ser escorcollats i els hi van passar un detector de metall pel cos. Seguidament, un nombre d'oficials de la presó es van apropar i els hi van demanar als demandants que els seguisin, quan van arribar a la porta nord, un dels oficials els va informar que tenien raons per creure que el demandant estava fent tràfic de drogues, posteriorment van ser informats que se'ls hi realitzaria un escorcoll integral i que si s'hi negaven se'ls hi denegaria la visita al Sr. O'neill, així que tot seguit van ser duts a diferents habitacions perquè se'ls hi realitzés un "escorcoll integral".

L'escorcoll de la primera demandant:

Aquesta va ser acompanyada per dues dones oficials de la presó, i portada a una habitació amb dues finestres al costat del bloc d'administració, a fora era fosc, però a dins l'habitació hi havia molta llum a dins. Encara que hi havia persianes, aquestes no estaven baixades.

Aquesta s'havia de treure el jersei i la samarreta, una de les oficials li va escorcollar la roba, mentrestant l'altre examinava el seu cos nu de dalt, seguidament se li va indicar que és treies les sabates els mitjons i els pantalons.

Estava dreta nueta sols amb les calcetes posades, quan ho va demanar li van tornar la camiseta i li van permetre de tornar-s'ho a posar, li van dir que es baixés les calcetes, que obrís les cames amb les calcetes abaixades, i com no les podia obrir bé li van fer treure una cama de les calcetes perquè les pogués obrir bé. Seguidament, li van dir d'inclinar-se cap al davant i els seus òrgans sexuals van ser observats ocularment. L' oficial que estava mirant el seu cos li va dir que es pugés la samarreta més amunt i més, fins que estigués per damunt dels seus pits, ella va dir si era necessari si ja havien inspeccionat la seva part superior, però l'oficial la va ignorar, i anava mirant el seu cos, li van dir que es posés la roba. Quan va acabar l'escorcoll, la primera demandant estava tremolant i estressada, ella creia que tothom qui estava fora de la presó mirant cap dins per les finestres podia haver-ho vist tot. En aquell moment estava preocupada per si per protestar massa no li deixarien visitar al Sr. O'Neill, també estava preocupada pel que li estava passant al segon demandant. Després d'haver-se tornat a posar la roba, un dels oficials es va aproximar a la primera demandant dient-li de firmar el formulari de consentiment a un "escorcoll integral". Afegit al full de consentiment, hi havia un resum del procediment, la primera demandant li va dir als oficials que quin remei de firmar, ja que ja ho havien fet. I ho va fer sense ni llegir-ho.

L'escorcoll del segon demandant:

Dos oficials masculins van acompanyar al segon demandant a una habitació separada. Primer va negar-se a entrar a l'habitació però li van dir que no podria veure al seu germà si no hi estava d'acord. Una vegada a l'habitació, un dels oficials es va posar uns guants de goma. Tal com li van demanar es va treure la roba de la part superior del seu cos i va ser escorcollat. Els oficials de presó li van dir de treure's la roba de la part inferior del seu cos, però es va negar de treure's els bòxers, estava plorant i tremolant en aquest punt. Amb desganes es va treure els bòxers i va obrir les cames, a causa de la seva discapacitat física havia de posar una mà a la paret per mantenir l'equilibri, un oficial va mirar el seu cos nuet, va aixecar el seu penis i li va retirar el prepuci, posteriorment li van permetre vestir-se, després d'això un oficial de presó va marxar de l'habitació retornant més tard amb un formulari de consentiment, el segon demandant va explicar que no sabia llegir i que volia a la seva mare perquè l'hi llegís, i els oficials li van dir; que si no firmava el formulari, no li seria possible visitar al seu germà.

Els demandants van ser portats a la presó per fer la seva visita.

ART 8 CEDH:

No hi ha dubte que el requeriment de sotmetre's a un escorcoll integral realment constitueix una influència sota el primer paràgraf de l'art 8 i requereix ser justificat dins dels paràmetres del segon paràgraf del mateix article. És a dir, ha de ser "d'acord amb la llei" i ser necessari en una societat democràtica. Aquí parlen un altra vegada de què és una mesura necessària perquè està justificada per llei, ja que aquesta interferència és necessària per a la situació social en particular que proporciona la meta llegítima perseguida: han d'escorcollar a la gent, ja que la presó estava plena de drogues. El tribunal anota que els demandants van de visita a la presó amb la intenció d'utilitzar els seus drets sota l'art 8 CEDH de visitar un familiar proper, no hi havia cap testimoni directe que pogués connectar el tràfic de drogues que hi havia a la presó amb els familiars que venien com a visitants, en particular perquè era la primera vegada que ells visitaven la presó. Però les autoritats de la presó tenien sospites que el familiar

dels demandants havia pres drogues, en aquestes circumstàncies la cerca en els familiars podia ser considerada una cerca preventiva.

En el cas dels demandants s'ha trobat en els tribunals que els oficials de la presó quan van fer l'escorcoll van fallar de complir amb les seves pròpies regles i van demostrar incompetència, en particular, sembla que els oficials de la presó no van donar als demandants una còpia del formulari abans de l'escorcoll pel qual els havien advertit que havien d'esperar i donar el consentiment. També van demanar al segon demandant de despullar-se completament i la primera demandant en un instant també va estar nueta. També sembla que la primera demandant estava visible a través d'una finestra la qual és una infracció del paràgraf 1.2.7 del procediment aplicable, el govern no ha contradit res en aquest supòsit, ja que ella podria haver dit que es tanqués la persiana, però no era el visitant, sinó que eren les autoritats les que haurien d'haver fet un procediment decent.

La lamentable falta de cortesia, no consta però d'abús verbal dels oficials de la presó, i tampoc els van tocar de manera inapropiada, però en el cas del segon demandant sí, i per tant, aquesta falta va ser considerada pel tribunal fora de la legalitat; la segona demandant no va ser víctima d'aquest element i està exclosa de l'avaluació del tribunal. El tractament que va rebre sens dubte va causar patiment a la demandant però en vista del tribunal no va arribar al nivell suficient, en canvi sí que hi va arribar el segon demandant, que sí que arriba en aquest nivell en el tocamet. El tribunal diu que entra dins la protecció de l'art 8 CEDH, el qual requereix justificació sota el segon paràgraf de l'art 8 CEDH.

Perquè “sigui d'acord amb la llei” és necessari que sigui legal, el tribunal no és convençut pels demandants que hi hagi res il·legal “menys el maltractament del nen”.

En conseqüència el tribunal troba que els escorcolls realitzats als demandants no poden ser vistos com a “necessaris” en una societat democràtica dins de l'art 8 paràgraf 2 del CEDH. Per tant hi ha una infracció de l'art 8 de la convenció en aquest aspecte.

Els oficials de la presó ho van fer legítimament, però ho van fer malament.

Unànimement el tribunal decideix que no hi ha cap violació a l'art 3 del CEDH, que hi ha una violació a l'art 8 CEDH i també de l'art 13, així com el tribunal entén que l'estat ha de pagar als afectats certes quantitats.

V. CONCLUSIONS:

Primera.- Pel que fa al dret a la intimitat, podem concloure que el dret a la intimitat personal no és un dret absolut tot i estar regulat com a DDFF i recollit en la CE, considerant que hi ha certes actuacions que poden afectar a l'àmbit protegit de la intimitat personal i que aquest dret pot arribar a cedir en certs casos davant de les exigències públiques. Per tant, un dels principals problemes és que sigui un dret reconegut en la CE, regulat com a DDFF i que no s'hagi expressat en el mateix articulat la reserva absoluta a l'autoritat jurisdiccional a diferència dels apartats 2 i 3 del mateix article 18 CE. Tot i així, considero que també crea una inseguretat jurídica el fet que ens trobem davant d'un dret que pot entrar en conflicte amb altres drets, i com que no hi ha regulats uns criteris de prevalença es deixi en mans de l'autoritat actuant la valoració de realitzar una intervenció corporal segons la situació en què es trobi el subjecte, sinó que hi haurien d'haver uns supòsits taxats, per tal que creés en enfront de la societat una seguretat jurídica basada en uns fonaments legals que evitarien aquesta incertesa de preguntar-nos fins a quin punt l'autoritat pot arribar a interposar-se en la nostra intimitat personal garantida a la CE.

Així doncs, considerem que hi ha una **insuficient regulació en els supòsits d'intromissions al dret a la intimitat** de tal manera que seria necessari que es creés una nova llei que regules amb més precisió els supòsits en els quals es pogués veure afectat tal dret a més a més d'establir uns criteris taxats per llei de la proporcionalitat en què es pot veure afectat per a l'interès públic o per la defensa d'altres drets. També caldria remarcar, la incoherència que per garantir el dret a la inviolabilitat del domicili hi hagi una reserva legal a l'autoritat judicial, i en canvi per a la realització d'una intervenció corporal no existeixi tal reserva, quan estem entrant a l'esfera més íntima i

privada de l'individu, i la pràctica d'aquesta produeix una intromissió a un dret fonamental tan important com és el dret a la intimitat.

Segona- Per altra banda, podem veure que el CEDH regula el respecte a la vida personal i familiar, i si entrem a considerar l'article 8.2 CEDH, observem que la pràctica d'aquesta mesura ha d'estar regulada per llei, ja que estem tractant un DDFE, i que per tant és necessari perquè aquesta ingerència sigui considerada legítima, que compleixi amb els preceptes legalment establerts. El que comporta que **no sigui el CEDH el que reguli els aspectes i requisits d'aquesta mesura, sinó que sols reconeix aquest dret**, ampliant el concepte de vida personal a la vida familiar, i cobrint per tant a un major nombre de subjectes que tenen un vincle familiar amb el subjecte passiu.

Tercera- La concreta realització de la pràctica dels escorcolls, no la trobem ni a la CE ni al CEDH, que simplement ho reconeixen, sinó a la LO 4/2015, concretament a l'article 20 de la LO 4/2015 és on la podem trobar regulada la pràctica de tal mesura, i com hem de realitzar aquesta perquè no esdevingui il·legítima, pel que s'han establert una sèrie de requisits, és a dir, de pressupòsits habilitadors per a la seva pràctica. Els més importants són la prohibició d'arbitrarietat i l'aplicació del principi de proporcionalitat, pel que parlem que és necessari per poder aplicar la mesura, tenir motius racionals suficients per a poder considerar que una persona ha de ser sotmesa a un registre corporal, ja que pot amagar algun objecte que serveixi com a prova d'un delictes.

Ara bé, aquest article ha rebut moltes crítiques, s'ha emès un dictamen i fins i tot s'ha presentat un recurs d'inconstitucionalitat, el que ens fa pensar que actualment es qüestiona la possible inconstitucionalitat de l'article 20 LOPSC.

Una de les principals crítiques que rep aquest article és; que la definició de la finalitat que es pretén assolir amb la seva aplicació és imprecisa, en la mesura que permet una actuació excessivament discrecional dels agents de l'autoritat, basada en meres suposicions personals i subjectives. Tanmateix, aquesta actuació pot anar dirigida a trobar una categoria amplíssima d'objectes, que no s'especifiquen ni per la seva

naturalesa, ni per la seva perillositat. .

També mencionar que ambdós apartats de l'article 20, presenten una total indeterminació respecte al grau d'afectació sobre la intimitat personal que permeten els registres corporals, tot i que es qualifiquen d'externs i superficials, poden comportar un nu parcial de la persona. Per tant, podem concloure de l'anàlisi realitzat, que podem trobar certs **vicis d'inconstitucionalitat en l'article 20 LOPSC que conseqüentment produeixen una vulneració a l'art.18.1 CE.**

Quarta-. Un altre aspecte important, en el que cal redirigir-nos per donar una conclusió final a l'apartat d'aquesta matèria és el cas de l'escorcoll realitzat en centres penitenciaris, en aquest cas, parlem d'una mesura de seguretat interior que consisteix a escorcollar-los de manera exhaustiva amb la finalitat de trobar objectes o substàncies prohibides que pugui amagar en la seva persona o entre les seves robes.

Aquesta modalitat d'escorcoll és una forma habitual de control de seguretat interior dels centres penitenciaris, prevista a l'article 68 del Reglament penitenciari, i no és necessari que existeixi una necessitat de motivació específica per la realització d'aquests.

Aquesta modalitat de registre, la trobem regulada en l'article 23 de la LO general Penitenciària, que concretament només ens diu que aquesta modalitat pot ser realitzada en els centres penitenciaris i que les seves garanties i periodicitat seran regulades mitjançant reglament, pel que passarem a l'article 68 del reglament penitenciari que és el que més detalladament ens regula aquesta matèria, i en ell podem veure les regles generals per a la pràctica d'aquesta. L'escorcoll realitzat en centres penitenciaris, és per tant, una mesura que s'aplica als interns i que com hem dit, **necessita unes raons específiques i concretes, però bé resulta que aquesta mesura també pot ser duta a terme per raons generals**, com seria preservar la seguretat i el bon funcionament intern del centre penitenciari, així com per preveure el tràfic de substàncies psicotròpiques, tòxiques o substàncies estupefaents entre els interns.

Per tant, podem observar que hi ha una falta de concreció per poder determinar amb total precisió quan una persona pot ser exposada a un escorcoll, donant a entendre per part de l'articulat, que per molt que ens parli de la no arbitrarietat o dels indicis i de la proporcionalitat entre d'altres, aquestes no poden deixar de ser arbitràries, si realment

és el subjecte actiu el que valora si en aquell moment considera necessari que aquella persona se l'hi apliqui un registre corporal basant-se en la seva pròpia opinió, perquè no podem parlar en cap moment de supòsits o circumstàncies taxades.

Cinquena-. De manera que la conclusió final que podem extreure de tota aquesta investigació, seria la imprecisió de la regulació, que fa que inevitablement es contradigui la seva pròpia regla de no arbitrarietat, i es creï una manca de precisió sobre la finalitat, l'objecte i les circumstàncies que fan que realment es plantegi el recurs d'inconstitucionalitat anteriorment nomenat a conseqüència de la **contradicció que podem trobar entre la regulació de l'articulat i l'aplicació pràctica de tal mesura.**

VI. BIBLIOGRAFIA

- Arzoz Santiesteban, Javier. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Ed. 2014. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2014.
- Balaguer Callejón, Francisco, Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar, María Luisa Balaguer Callejón y José Antonio Montilla Martos. *Manual de Derecho Constitucional, volumen II, Derechos y llibertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores, Instituciones y órganos constitucionales*. 10ª ed. TECNOS .2015.
- Casadevall Medrano, Josep. *El conveni Europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*. Ed: Bosch editor, 2007.
- De Vicente Martínez, Rosario. *Registros y cacheos en el ámbito penitenciario*. *Revista de derecho y proceso penal*, Nª 22. 2009.
- Duart Albiol, Juan José. *Inspecciones, registros e intervenciones corporales, en el ámbito del proceso penal*. (Manuel Jesús Cachón Cadenas). Tesis doctoral, Universitat Autònoma, setembre de 2013.

- Fernández Acebo, M^a Dolores. *La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad Física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano*. Dra. Sonia García Vázquez. Tesis doctoral inédita. Universidad de A Coruña, Facultad de derecho. La Coruña, 2013.
- García Roca , Javier. Santolaya, Pablo. *La Europa de los Derechos (el convenio Europeo de derechos Humanos)* . 3ra edició. Edit .Centro de estudios políticos y constitucionales. 2014
- García Vila, Mónica. *Los cacheos: delimitación y clases*. Revista de actualidad penal, Sección Doctrina, 2000. tomo 1, Editorial La Ley.
- Gil Hernández, Ángel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. 1^a Edició. Madrid (Espanya) : Editorial COLEX, 1995.
- Iglesias Bárez. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la constitución española de 1978*. 1^a Edició. Salamanca (Espanya) : Ediciones Universidad de Salamanca, 2010.
- Introducción al derecho constitucional. Aut: Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, María Luisa Balaguer Callejón y José Antonio Antilla Martos. 2015. Ed: Tecnos (grupo ANAYA, S.A).
- Lasagabaster herrarte, Iñaki. *El convenio Europeo de derechos humanos*. Ed. Thomson civitas. 2004. 1^a edición. Ed. Aranzadi S.A. Madrid, España.
- Lombardero Expósito, Luis Miguel. *La actuación policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervencions corporales en el proceso penal*. Revista de estudios Jurídicos nº12. Any 2012.

- Soto Rodríguez, María Lourdes. *Las intervencions corporales y vulneración de derechos fundamentales*. Actualidad penal, sección doctrina. 2014 N° 8392, edit. La ley.
- Tomás y Valiente Lanuza, Carmen. *La salud intimidad y llibertades informatives*. Ed. Tirant lo Blanch. 2006.

VII. JURISPRUDÈNCIA:

- Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 d'octubre de 1987 FJ. 3
- Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995 de 8 de maig de 1995, FJ 5è.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996 de 28 de març de 1996, FJ 3r.
- Sentencia del Tribunal Suprem de 28 d'octubre de 1968 FJ 6è.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988 de 2 de desembre de 1988 FJ 4rt.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013 de 4 de novembre de 2013. FJ. 3er.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999 de 5 d'abril de 1999. FJ 7è
- Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 d'abril del 1981. FJ. 5.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995 de 8 de maig de 1995, FJ 5è.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996 de 28 de març de 1996, FJ 3r.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 d'abril de 1981, FJ. 5.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982 de 15 d'octubre de 1982 FJ 5.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1889 de 17 de febrer de 1889, FJ8.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988 de 2 de desembre de 1988.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985 de 17 d'octubre de 1985.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993 de 18 de novembre de 1993.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1985 de 4 d'octubre de 1985.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 8206/91 de 30 d'octubre de 1991.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 8206/91 de 30 d'octubre de 1991.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996 de 16 de desembre de 1996.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1994 de 11 de juliol de 1994. Fj 4.
- Sentencia del Tribunal Europeu de Drets Humans cas Niemietz c. Alemanya, del 16 de diciembre de 1992, par.29.
- Sentencia del Tribunal Europeu de Drets Humans de 16 d'octubre de 2007, Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria [74336/01]
- Sentencia del Tribunal Europeu de Drets Humans de 12 de gener de 2010 Gillan and Quinton v. The United Kingdom [4158/05]
- Sentencia del Tribunal Europeu de Drets Humans del 10 de febrer de 2012, Milka v. Poland [14322/12]

- Sentencia del Tribunal Europeu de Drets Humans ,Szafranski v. Poland de 15 de desembre de [2015 17249/12]
- Sentencia del Tribunal Europeu de Drets Humans ,Sentència Sen c. Holanda, del 21 de desembre de 2001, par. 28.